

Sygn. akt: KIO 3023/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza

w składzie:

Przewodnicząca:

Katarzyna Odrzywolska

Protokolantka:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

1. wykonawcy Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Warszawie
2. wykonawcy PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania;
3. zasądza od wykonawcy Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie na rzecz wykonawcy Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3023/24

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa Pzp”, którego przedmiotem jest zakup i dostawa laptopów, znak sprawy:

993200.271.9.2024 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Postępowanie zostało podzielone na trzy części: część A - zakup i dostawa 4000 sztuk laptopów z wyposażeniem dodatkowym, część B - zakup i dostawa 840 sztuk laptopów, część C - zakup i dostawa 50 sztuk laptopów z wyposażeniem dodatkowym. Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego podjętych w części B zamówienia.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 25 marca 2024 r., pod numerem 176201-2024.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej jako: „odwołujący” lub „Suntar”), wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. (dalej „Computex”) oraz odrzucenia oferty odwołującego w części B zamówienia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo, że jest ona zgodna z warunkami zamówienia.

Wobec postawionych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu aby dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego a także, dokonał ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, odwołujący w pierwszej kolejności przypomniał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę,

jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dalej przywołał wyrok z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13, w którym Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię treści oferty: „oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Na gruncie przepisów ustawy Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2011 r., KIO 2345/11)”.

Odwołujący wskazał, że treść jego oferty jest zgodna z wymaganiami, jakie zamawiający postawił. Przypomniał podstawę odrzucenia oferty, którą wskazał zamawiający w piśmie informującym go o odrzuceniu jego oferty podnosząc, iż w ocenie odwołującego wskazane uzasadnienie jest wadliwe. Na wstępie wskazał, że na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej każda z części prowadzonego postępowania należy traktować indywidualnie. Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania automatyzmów w postępowaniu i rozciągania wyroków na inne części postępowania, w szczególności mając na uwadze, iż orzeczenie wydane przez Krajową Izbę Odwoławczą jest nieprawomocne, zaś odwołujący od wyroku w sprawie KIO 2094/24 złożył skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie. W ocenie odwołującego jedyną wskazaną podstawą odrzucenia jego oferty w części B jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2094/24. Mając na uwadze, iż wyrok ten jest nieprawomocny, już tylko z tego powodu czynność zamawiającego uznać należy za wadliwą.

Jednocześnie z ostrożności procesowej odwołujący w dalszej części odniósł się do fragmentów cytowanego przez zamawiającego stanowiska oraz twierdzeń Izby w sprawie KIO 2094/24. W pierwszej kolejności wskazał, że poza jakimkolwiek sporem pozostaje, że zamawiający w toku prowadzonego postępowania przetargowego postawił następujące wymagania: „pamięć masowa SSD: 1) min. 480 GB SSD, 2) prędkość odczytu: min. 2000 ME, prędkość zapisu: min. 1000 MB/s, 3) MTBF - min 1 mln h”. Wskazał, że wskaźniki MTTF i MTBF są wskaźnikami odrębnymi. Nie można jednak bezrefleksyjnie przyjąć, że MTTF to wskaźnik dotyczący jedynie produktów, których nie da się naprawić, zaś wskaźnik MTBF dotyczy produktu, które można naprawić.

Zauważył, że MTBF (ang. Mean Time Between Failures) określa czas między awariami, a nie jak ustaliła Izba w wydanym wyroku jedynie czas do pierwszej awarii. Na czas między awariami składają się dwa czynniki: Czas do wystąpienia awarii MTTF (ang. Mean Time To Failure) oraz czas naprawy awarii MTTR (ang. Mean Time To Repair). Obliczenie MTBF następuje z wykorzystaniem prostego wzoru: $MTBF = MTTF + MTTR$, przy czym

w przypadku prostych napraw oraz określania wskaźników w jednostce miary godzinowej wskaźnik MTTR jest pomijalny.

Wywodził dalej, że z samego faktu braku określania przez danego producenta w kartach katalogowych wskaźnika MTBF nie można wywodzić, że zaoferowany dysk nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego. Sam fakt braku możliwości potwierdzenia przez zamawiającego wartości wskaźnika MTBF nie może być podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Podstawą odrzucenia mogłoby być jedynie stwierdzenie, że w ramach parametru MTBF, który może być z łatwością obliczony zaoferowany dysk nie oferuje wymaganej liczby godzin pracy.

W ocenie odwołującego Izba w wyroku KIO 2094/24 w sposób całkowicie dowolny uznała, że treść korespondencji mailowej stanowi oświadczenie „suportu” producenta dysku, który miałby potwierdzać, że dla oferowanego przez odwołującego dysku twardego wskaźnik MTBF jest niższy od wymaganego poziomu 1 mln h. Z treści przedłożonej

korrespondencji mailowej można wywieść jedynie wniosek, iż producent z uwagi na realia biznesowe używa w materiałach promocyjnych wskaźnika MTTF. Z treści złożonego oświadczenia nie można zgodnie z zasadami logiki ustalić, jak dokonała tego Izba w wyroku KIO 2094/24, a za nią obecnie zamawiający, że: a) Dyski SSD stanowią urządzenia, które nie podlegają naprawie; b) Dla dysków SSD nie można określić wskaźnika MTBF; c) Zaoferowany przez odwołującego dysk twardy nie spełnia wymagania MTBF na poziomie co najmniej 1 mln h.

Z treści korespondencji mailowej powołanej w sprawie KIO 2094/24 w żaden sposób nie wynika, że dyski SSD stanowią urządzenia, które nie podlegają naprawie. Treść korespondencji wskazuje jedynie, że „zazwyczaj nie ma to zastosowania w przypadku dysków twardych”, jednak mogą występować sytuacje, kiedy do dysków możliwość naprawy będzie miała zastosowanie. Uwzględniając, iż inni wykonawcy zaoferowali komputery, dla których producenci dysku twardego określają w materiałach promocyjnych wskaźnik MTBF wskazuje, że urządzenia takie jak dysk twardy w określonych przypadkach podlegają naprawie. W innym przypadku każda oferta złożona w postępowaniu przetargowym winna podlegać odrzuceniu. Brak jest jakiegokolwiek dowodu, że oferowany przez odwołującego dysk nie spełnia wymagania 1 mln h we wskaźniku MTBF.

Sam fakt, iż dany producent nie określa wskaźnika MTBF w materiałach promocyjnych nie oznacza, że wskaźnika takiego nie da się określić. Wskaźnik ten może być wyliczony dla dowolnego urządzenia, dla którego możliwe jest jego określenie. Okoliczność, iż dla dysku SSD możliwe jest obliczenie wskaźnika MTBF potwierdza chociażby oferta wybranego wykonawcy, gdzie dany producent dysku określa w materiałach promocyjnych wskaźnik MTBF.

Brak określania w materiałach promocyjnych producenta wskaźnika MTBF nie może oznaczać automatycznie, iż wskaźnik taki nie jest spełniony przez oferowany dysk twardy. Żaden dowód złożony na etapie postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2094/24 nie wykazał, że wskaźnik MTBF dla oferowanego dysku twardego jest poniżej poziomu 1 mln h. Brak wyliczenia (określenia) takiego wskaźnika w materiałach promocyjnych nie może oznaczać, iż wskaźnik taki spada poniżej poziomu 1 mln h.

Zamawiający w ramach dokumentacji postępowania nie sprecyzował w SWZ sposobu potwierdzenia wartości MTBF, w szczególności nie wskazał wymaganego do złożenia przedmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego konkretnie parametr MTBF. Potwierdzenie parametru MTBF w postępowaniu opierało się jedynie na deklaracji wykonawcy, poprzez skreślenie wartości TAK lub NIE w tabeli w załączniku nr 8 do SWZ. Złożone przez odwołującego oświadczenie potwierdza zgodność oferty z warunkami zamówienia.

Jednocześnie dla rozwiania wszelkich wątpliwości, odwołujący zwrócił się do producenta oferowanego sprzętu o potwierdzenie parametru wskazywanego przez odwołującego. Oświadczenie producenta stanowi załącznik nr 2 do pisma procesowego (składany jako dowód na okoliczność spełnienia przez zaoferowany dysk NVMe Kioxia parametru MTBF).

Odnosząc się dodatkowo do zasad przygotowania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący wskazał, że z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE wynika, iż zasada proporcjonalności oznacza, że zamawiający ma obowiązek wyważenia proporcji pomiędzy koniecznością zapewnienia rękami określonych działań a interesem potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w przetargu.

W wyroku z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Trybunał Sprawiedliwości zauważył, że „zgodnie z zasadą proporcjonalności, która jest ogólną zasadą prawa wspólnotowego, tego rodzaju środki nie mogą wykroczyć poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu”. Ponadto w wyroku z 10 grudnia 2002 r. w sprawie The Queen p. Secretary of State for Health, ex

parte British American Tobacco (C-491/01) Trybunał wskazał, że poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga odpowiedzi na dwa zasadnicze pytania: „1. Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji? 2. Czy środek nie wykrocza poza to, co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu?”. W ocenie odwołującego, mając na uwadze całokształt okoliczności odpowiedź na oba pytania winna wskazywać

na naruszenie zasady proporcjonalności w zakresie odrzucenia oferty, mając na uwadze, iż oświadczenie woli odwołującego potwierdza zgodność oferty z warunkami zamówienia, ewentualnie zaś zamawiający miał możliwość poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego, uwzględniając zaoferowanie przez drugiego z wykonawców dokładnie tej samej centrali telefonicznej.

Zamawiający w złożonym do akt sprawy piśmie procesowym z 29 sierpnia 2024 r. oświadczył, iż uwzględnia zarzuty zawarte w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia ww. odwołania, po stronie zamawiającego, przystąpili wykonawcy: (1) Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Warszawie; (2) PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu (dalej „PRZP”).

Przystępujący Computex, wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu oświadczył w piśmie z 2 września 2024 r., że wnosi sprzeciw wobec

uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Suntar.

W piśmie procesowym z 3 września 2024 r. przystępujący Computex wniósł o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów, na okoliczności przez niego wskazane:

1. pismo informujące o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup i dostawę laptopów” (numer postępowania: 993200.271.9.2024) - część A zamówienia z dnia 9 sierpnia 2024 r. - w celu wykazania, że w zakresie Części A postępowania gdzie odwołujący Sutar zaoferował tożsamy dysk i takie same były wymagania SWZ, zamawiający dokonał odrzucenia oferty Sutar za uzasadnieniem zbieżnym z aktualnym postępowaniem w Części B (dowód D1);
2. korespondencja przystępującego PRZP z producentem dysków zaoferowanych przez Sutar Kioxia (wraz z tłumaczeniem na j. polski) - dowody złożone przez PRZP w postępowaniu przed Izbą w sprawie KIO 2094/24 - stanowiąca podstawę

do uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 2094/24 i w konsekwencji odrzucenia oferty Sutar w Części A i B postępowania (dowód D2);

3. Korespondencja Computex ze wsparciem technicznym producenta dysków Kioxia (wraz z tłumaczeniem), w której producent potwierdza, że nie podaje dla zaoferowane przez Sutar dysku parametru MTBF oraz, że dokumentacja dostępna na stronie internetowej producenta pod wskazanym w korespondencji adresem internetowym to oficjalna dokumentacja techniczna produktu a nie broszura promocyjna (dowód D3);
4. Dokumentacja produktowa dysku zaoferowanego przez Sutar pobrana z linku zawartego w korespondencji z dowodu opisanego w pkt 3 (raz z tłumaczeniem) -potwierdza,

że producent nie podaje/ nie zapewnia tym samym jakiegokolwiek wartości parametru MTBF objętego wymogiem SWZ (dowód D4);

5. Wydruk ze strony internetowej producenta Kioxia w zakresie listy oficjalnych dystrybutorów producenta - w celu wykazania, że w Polsce dystrybutorem dysków Kioxia jest Wilk Elektronik SA (dowód D5);
6. Oświadczenie dystrybutora na Polskę dysków Kioxia Wilk Elektronik SA - potwierdza, że niezawodność dysków zaoferowanych przez Sutar jest mierzona przez producenta wyłącznie w parametrze MTTF a nie MTBF (dokument stanowi załącznik do odpowiedzi PRZP na skargę Sutar do Sądu Okręgowego na orzeczenie KIO 2094/24, otrzymany wraz z odpisem przez Computex także w Części A (dowód D6);
7. Karta katalogowa dysku SK Hynix zaoferowanego w przetargu przez Computex (wraz z tłumaczeniem) - dokument wprost potwierdza zarówno sam parametr MTBF jak i jego wartość - przy czym nie zawiera danych parametru MTTF (dowód D7);
8. Definicje wskaźników efektywności dysków - MTTF, MTBF wraz z wzorami dla ich ustalenia - w celu wykazania, że oba wskaźniki są samodzielne i odrębne i wyliczane są w inny sposób przez producenta (dowód D8);
9. Karta katalogowa dysku Kioxia innego niż zaoferowany typu zawierająca informacje nt. parametru MTBF (wraz z tłumaczeniem) - w celu potwierdzenia, że w przypadku gdy producent zaoferowanych przez Sutar dysków dla określonej kategorii dysków podaje parametr niezawodności mierzony przez producenta w parametrze MTBF, dane takie znajdują się w dokumentacji producenta. Dodatkowo w takim przypadku producent nie przedstawia już parametru niezawodności MTTF i nie traktuje obu parametrów zamiennie (dowód D9).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu

się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, w części B zamówienia. Zamawiający odrzucił złożoną przez niego ofertę, wskutek czego pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby zamawiający dokonał wszystkich żądanych w odwołaniu czynności, to oferta odwołującego, która posiada najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert, mogła by zostać uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji działań zamawiającego odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego i przystępującego Computex, załączone do odwołania oraz załączone do pisma procesowego Computex, na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w SWZ jest zakup i dostawa laptopów z podziałem na 3 części: Część A: zakup i dostawa 4000 sztuk laptopów z wyposażeniem dodatkowym; Część B: zakup i dostawa 840 sztuk laptopów; Część C: zakup i dostawa 50 sztuk laptopów z wyposażeniem dodatkowym.

W załączniku nr 8 zostały postawione m. in. następujące wymagania wobec poszczególnych podzespołów: pamięć masowa SSD: 1) min. 480 GB SSD, 2) prędkość odczytu: min. 2000 MB/s, prędkość zapisu: min. 1000 MB/s, 3) MTBF - min 1 mln h; wymagania dodatkowe (wymagania nie mogą być spełnione poprzez zastosowanie adapterów): Komplet sterowników do systemu operacyjnego zainstalowanego na laptopie dla wszystkich elementów wymagających sterowników, wchodzących w skład urządzenia ma

być dostępny poprzez stronę internetową dostawcy lub producenta (wymagane wskazanie linku do strony internetowej) oraz dołączony na nośniku optycznym lub nośniku typu pendrive (1 nośnik na całą dostawę, dostarczony do Centrali ZUS). Sterowniki powinny być kompatybilne z platformą Windows 11 64-bit.

Wykonawca Suntar, wypełniając ww. załącznik oświadczył, że oferowany przez niego sprzęt spełnia postawione wymagania. Wykonawca ten nie wskazał linku do strony internetowej, na której znajdują się sterowniki.

W dniu 7 czerwca 2024 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Suntar.

Wybór ten zaskarżył wykonawca PRZP dla części A zamówienia wskazując między innymi, że oferta Suntar jest sprzeczna z SWZ w zakresie, w jakim zamawiający postawił wymagania dotyczące pamięci masowej SSD, określone dla części A zamówienia w pkt 3 załącznika nr 8 do SWZ (specyfikacja techniczna), a co za tym idzie oferta Suntar powinna zostać odrzucona.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 lipca 2024 r., sygn. akt KIO 2094/24 uwzględniła odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu dotyczącego wymogów dotyczących pamięci masowej SSD i nakazała zamawiającemu w zakresie części A zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy Suntar na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający, wykonując powyższy wyrok KIO, powtórzył czynności w postępowaniu, w tym także w zakresie części B zamówienia. Wybierając w tej części, jako najkorzystniejszą, ofertę wykonawcy Computex, jednocześnie poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Suntar na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że w części A zamówienia, gdzie zamawiający określił tożsame, jak dla części B, warunki zamówienia, Suntar zaoferował te same laptopy, wyposażone w takie same elementy, w tym pamięć masową SSD producenta Kioxia - model: KBG50ZNV512G. Wobec wniesionego odwołania w części A zamówienia, na zaniechanie odrzucenia oferty Suntar jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w odniesieniu do zaoferowanych w Laptopach dysków KIOXIA, Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z dnia 9 lipca 2024 r. (sygn. akt: KIO 2094/24) stwierdziła, iż, cyt.: „Za wiarygodne Izba uznała oświadczenie suportu firmy KIOXIA, z którego bezspornie wynika, że dla dysków tego producenta w ogóle nie jest określony parametr MTBF, a co za tym idzie, nie ma możliwości by taki dysk spełniał wymaganie określone przez Zamawiającego. (...) Powyższe nakazuje uznać, że oferta Wykonawcy

Suntar Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.”. Wobec wskazanego wyżej wyroku KIO wydanego w części A zamówienia, a także mając na względzie tożsame okoliczności w sprawie (tj. wymagania zamawiającego zawarte w SWZ i zaoferowane laptopy przez wykonawcę Suntar) w części B zamówienia - zamawiający, po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonaniu ponownego badania i oceny ofert, odrzucił ofertę Suntar w związku z niespełnieniem wymagania SWZ odnoszącego się do parametru MTBF. Zamawiający wobec powyższego nie mógł pominąć treści wyroku KIO wydanego dla części A zamówienia, skoro taka sama okoliczność ma miejsce w części B zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oferta Suntar nie spełnia wymagań zamawiającego w części A zamówienia, to wobec tożsamych wymagań (zarówno w zakresie żądanych dokumentów i oświadczeń oraz opisu przedmiotu zamówienia tj. wymaganego sprzętu) zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty uznając, że skoro nie ma możliwości potwierdzenia wartości wskaźnika MTBF w oferowanym sprzęcie, to oferta nie spełnia warunków zamówienia.

Z powyższym stanowiskiem nie zgodził się wykonawca Suntar, składając w dniu 19 sierpnia 2024 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba przytoczy przepisy ustawy Pzp, których naruszenie zarzucał odwołujący, a które były podstawą orzekania w niniejszej sprawie.

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W myśl art. 253 ust. 1 zamawiający, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, informuje równocześnie

wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, (2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Mając na uwadze treść przywołanych wyżej przepisów, jak też argumentację i dowody przedłożone przez stronę i uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności nie sposób zgodzić się z odwołującym który twierdzi, że jedyną podstawą odrzucenia jego oferty w części B jest orzeczenie KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2094/24.

Z treści przekazanego przez zamawiającego uzasadnienia (Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w części B zamówienia oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone) z dnia 9 sierpnia 2024 r. wynika po pierwsze, że zamawiający wziął pod uwagę, że dla części A i części B ustalił tożsame wymagania, zaś odwołujący w obu częściach zaoferował te same laptopy, wyposażone w takie same elementy, w tym pamięć masową SSD producenta Kioxia – model KBG50ZNV512G. Po drugie zacytował tezy zawarte w wyroku KIO, który dotyczył wymagań dla części A postępowania, wskazując następnie, że nie mógł pominąć zapadłego w sprawie KIO 2094/24 wyroku, w konsekwencji zobowiązany był do odrzucenia oferty odwołującego „uznając, że skoro nie ma możliwości potwierdzenia wartości wskaźnika MTBF w oferowanym sprzęcie, to oferta nie spełnia warunków zamówienia”.

Powyższe świadczy o tym, że zamawiający zaakceptował stanowisko Izby, zgodził się z wnioskami w nim zawartymi i uzasadnieniem, czemu dał jednoznaczny wyraz w treści informacji o odrzuceniu oferty odwołującego. Nie budzi także wątpliwości Izby, że stanowisko wyrażone w wyroku KIO 2094/24 zamawiający przyjął jako własne, o czym świadczy ostatnie, cytowane wyżej zdanie.

Dostrzec należy także, że odwołujący nie sformułował w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie twierdził także, że przekazane mu uzasadnienie prawne czy faktyczne było niejednoznaczne, czy też niezrozumiałe dla niego. Na marginesie zatem jedynie Izba wskazuje, że cytowany wyżej przepis nie został naruszony, gdyż odwołujący w zawiadomieniu o wyborze oferty otrzymał wyczerpującą i zrozumiałą informację o powodach odrzucenia jego oferty. Świadczy też o tym niezbiecie fakt, że na podstawie otrzymanych informacji był w stanie sformułować zarzuty i wnieść odwołanie w niniejszej sprawie, będącej przedmiotem rozpoznania przed Izbą.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym ten odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia - w ocenie Izby, mając na uwadze całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w szczególności dowody przedłożone przez Computex, zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Nie budzi wątpliwości, że wymagania opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) sformułowane dla dysku twardego dla części B są następujące (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla poszczególnych części zamówienia zawarty został w Załączniku nr 11 do SWZ) - pamięć masowa SSD: 1) min. 480 GB SSD, 2) prędkość odczytu: min. 2000 MB/s, prędkość zapisu: min. 1000 MB/s, 3) MTBF - min 1 min h.

Odwołujący z kolei zaoferował w postępowaniu w zakresie tej części komputery z następującymi modelami dysku: pamięć masowa SSD producenta Kioxia - model: KBG50ZNV512G.

Powtórzyć należy, że analogiczne wymagania dotyczyły także części A zamówienia, której to części dotyczy orzeczenie KIO 2094/24. Bez znaczenia przy tym jest fakt, że wyrok w sprawie KIO 2094/24 jest nieprawomocny, a już z całą mocą należy podkreślić, iż fakt złożenia skargi na cytowane wyżej orzeczenia nie wpływa na to, iż czynność zamawiającego dokonana w tym samym postępowaniu, w innej części, z tego powodu miałyby być wadliwa.

Tym samym zarzut odwołującego, który wywodzi, że zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania automatyzmów w postępowaniu i rozciągania wyroków na inne części, jest nieuprawniony. Za w pełni racjonalne należy uznać decyzje podjęte przez zamawiającego w postępowaniu, który wobec uwzględnienia przez Izbę odwołania wykonawcy PRZP w postępowaniu w części A i wobec odrzucenia w tej części oferty odwołującego, w analogicznej sytuacji, dokonał również czynności odrzucenia oferty odwołującego w części B. Zamawiający nie złożył skargi na orzeczenie KIO 2094/24, tym samym wykonując to orzeczenie zasadnie uznał, wobec tożsamości stanu faktycznego i wymagań postawionych dla obu części postępowania (ustalony w toku postępowania odwoławczego dotyczącego części A stan faktyczny sprawy w pełni uzasadniał podstawę odrzucenia ofert odwołującego, a w konsekwencji analogicznie zamawiający postąpił w odniesieniu do Części B postępowania), że oferta odwołującego w tej części podlega odrzuceniu.

Trafnie zauważył odwołujący wnosząc odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w części B, iż na gruncie przepisów ustawy Pzp, każdą z części prowadzonego postępowania należy traktować odrębnie. Z tych właśnie powodów zamawiający przekazał odrębną decyzję w zakresie wyboru oferty dla obu części zamówienia (dowód D1 przystępującego). Zamawiający nie mógł jednak pominąć, że w obu częściach zamówienia postawił analogiczne wymagania w zakresie spornego parametru. Nie mógł też nie wziąć pod uwagę, że w sprawie KIO 2094/24 zapadł wyrok, w którym Izba wypowiedziała się już w tym zakresie.

Odwołujący z kolei, wnosząc przedmiotowe odwołanie, dąży w istocie do tego, aby inny skład orzekający dokonał weryfikacji prawidłowości zapadłego orzeczenia. Oczekuje bowiem, wbrew stanowisku Izby wyrażonym w wyroku KIO 2094/24, potwierdzenia, że zaoferowany komputer wyposażony w dysk twardy uznany za niezgodny z OPZ w części A

(co stanowiło podstawę odrzucenia jego oferty przez zamawiającego w tej części), w części B może być uznany za zgodny z OPZ, pomimo identycznych wymagań SWZ oraz faktu zaoferowania tego samego modelu dysku twardego.

Mając na względzie powyższe tj. biorąc pod uwagę, że stan faktyczny w niniejszej sprawie jest analogiczny do ustalonego przez Izbę w sprawie KIO 2094/24, Izba odniesie się między innymi do ustaleń i stanowiska w nim zawartego jako, że w pełni je podziela.

Również postępowanie dowodowe przeprowadzone w niniejszej sprawie prowadzi do wniosku, iż zamawiający trafnie doszedł do przekonania, że dysk oferowany przez wykonawcę Suntar nie spełnia wymagań postawionych w SWZ w zakresie spełniania parametru MTBF.

W pierwszej kolejności nie budzi wątpliwości, iż dysk twardy, montowany w komputerze zaoferowanym przez Suntar, nie posiada określonego parametru MTBF (fakt przyznany przez odwołującego w treści odwołania). Nie jest także sporne, że dla pamięci masowej Kioxia model KBG50ZNV512G został określony wyłącznie parametr MTTF.

Co jednak istotne, występują zasadnicze różnice w rozumieniu parametrów MTBF a MTTF, a wskaźniki te dotyczą odmiennych aspektów produktu. Wskaźnik MTTF określa średni czas do wystąpienia awarii, w przypadku produktów, których nie da się naprawić. Z kolei wskaźnik MTBF określa średni czas bezawaryjnej pracy (czas między awariami) produktu, który można naprawić. Powyższe wynika z treści dowodu D8 przedłożonego przez Computex - Definicje wskaźników efektywności dysków.

Sam odwołujący, dostrzegając odrębność wyżej opisanych wskaźników twierdzi jednak, że możliwe jest obliczenie MTBF z wykorzystaniem podanego przez niego wzoru tj. $MTBF = MTTF + MTTR$. Okoliczność ta nie została jednak przez odwołującego w żaden sposób wykazana. Treść dowodu D8 wskazuje z kolei, że oba wskaźniki są odrębne, samodzielne, ale też, że brak jest bezpośredniej między nimi zbieżności i wyliczane są w inny sposób przez producenta. Stąd nie sposób zgodzić się z odwołującym, że występuje pomiędzy nimi prosta zależność, jak wywodzi on w treści odwołania.

Odwołujący w niniejszej sprawie powołuje się na ten sam dowód, jaki przedłożony został w sprawie KIO 2094/24 (Dowód odwołującego - oświadczenie producenta komputera). Wobec powyższego w tym miejscu Izba jedynie przywoła trafne stanowisko wyrażone w cytowanym wyroku, przyjmując je za własne w zakresie, w jakim Izba oceniła przedłożony w postępowaniu dowód w postaci oświadczenia przedstawiciela firmy HP. Izba trafnie doszła do przekonania, że należy odmówić wiarygodności temu dowodowi stwierdzając: „Po pierwsze oświadczenie to złożone jest przez firmę, która nie jest bezpośrednim producentem oferowanego sprzętu. Po drugie zostało ono złożone w sposób nieprecyzyjny z użyciem konstrukcji językowej wskazującej raczej na chęć wzbudzenia dodatkowych wątpliwości co do spełniania parametru MTBF niż klarownego wyjaśnienia sprawy. Po trzecie firma HP jest

bezpośrednio zainteresowana w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy odwoławczej, gdyż w razie jej pozytywnego zakończenia sprzęt przez nią oferowany zostałby w znacznej ilości sprzedany zamawiającemu”. Dodać jedynie w tym miejscu należy, że w ocenie składu rozpoznającego niniejsze odwołanie trafnie skład orzekający w sprawie KIO 2094/24 odmówił wiarygodności temu dowodowi. Należy zauważyć, że HP jako producent komputera nie posiada pełnej informacji na temat uzyskiwanych parametrów dysku twardego, ponieważ to nie HP produkuje oferowany dysk twardy, a tylko wykorzystuje go w swoich produktach jako podzespół.

Trafnie zatem Izba w wyroku KIO 2094/24 uznała, że uzyskana od producenta dysku informacja o parametrach produkowanego przez niego asortymentu posiada najwyższą moc dowodową. Skład orzekający w niniejszej sprawie ocenę tę podziela. Z powyższych powodów wzięte zostały pod uwagę dowody przedłożone przez Computex w postaci korespondencji ze wsparciem technicznym producenta dysków Kioxia, który potwierdza, że dla dysków tego producenta w ogóle nie jest określany parametr MTBF, a co za tym idzie, nie ma możliwości by taki dysk spełniał wymaganie określone przez zamawiającego (dowód D3). Z jego treści wynika ponadto, że dokumentacja dostępna na stronie internetowej producenta, pod wskazanym w korespondencji adresem internetowym, to oficjalna dokumentacja techniczna produktu.

Z kolei w złożonej jako dowód D4 karcie produktu producent podaje wszystkie dane, wśród których brak jest wartości parametru MTBF, objętego wymaganiami SWZ. Producent opisuje także co rozumie pod pojęciem MTTF, w słowniczku zamieszczonym na końcu dokumentacji produktowej. Brak jest w opisywanej karcie w ogóle definicji wskaźnika MTBF, co świadczy o tym, że dla wskazanego produktu w ogóle nie jest on badany.

Nie budzi też wątpliwości Izby treść oświadczenia dystrybutora na Polskę dysków Kioxia - Wilk Elektronik S.A. (43-173 Łaziska Górne) ul. Mikołowska 42 - dalej „Wilk Elektronik” (dowód D6), z treści którego wynika, że niezawodność oferowanego w postępowaniu dysku mierzona jest wyłącznie w MTTF. Dystrybutor dodaje, że niezawodność tego dysku w ogóle nie jest deklarowana w MTBF. Powyższe wskazuje z jednej strony na odrębność tych wskaźników, przeczy też tezie o tym, że wskaźniki te można traktować zamiennie, czy też w prosty sposób, jak chce tego odwołujący, wyliczyć wskaźnik MTBF. Do złożonego oświadczenia Wilk Elektronik załącza kartę katalogową dla dysku SSD KIOXIA KBG50ZNV512G (dowód D7), w której potwierdzono parametr MTBF i jego wartość dla tego dysku, przy tym nie wskazano w tym przypadku na parametr MTTF.

Nie budzi też, w ocenie Izby wątpliwości, gdyż wynika to z treści dowodu D9 - Karta katalogowa dysku Kioxia, innego niż zaoferowany, że w przypadku, gdy producent zaoferowanych przez Suntar dysków, dla określonej ich kategorii, podaje parametr

niezawodności mierzony przez producenta w parametrze MTBF, dane takie znajdują się w dokumentacji producenta.

Dodatkowo w takim przypadku producent nie przedstawia już parametru niezawodności MTTF. Powyższe dowodzi także, że trafna jest teza sformułowana przez Computex, iż producent nie traktuje obu parametrów zamiennie, ale określa jeden z nich.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że przystępujący w sposób nie budzący wątpliwości wykazał, że dla dysków producenta KIOXIA oferowanych w postępowaniu w ogóle nie jest określany parametr MTBF, a co za tym idzie nie ma możliwości by taki dysk spełniał wymagania określone przez zamawiającego. Powyższe nakazuje uznać, że trafnie zamawiający uznał, że oferta wykonawcy Suntar jest niezgodna z warunkami zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Należy też wskazać, iż bez wpływu na powyższe ma okoliczność, którą odwołujący podnosi, że w ramach dokumentacji postępowania zamawiający nie sprecyzował sposobu potwierdzenia wartości MTBF, w szczególności nie wskazał wymaganego do złożenia przedmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego ten konkretny parametr. To, że w powyższym zakresie wykonawca składał jedynie deklarację w tabeli w załączniku nr 8 do SWZ, nie zwalnia zamawiającego z możliwości, czy wręcz obowiązku zbadania (jeśli takie wątpliwości się pojawią w toku prowadzonego postępowania) czy złożone przez wykonawcę oświadczenie, w zakresie zgodności treści oferty z SWZ, jest zgodne z rzeczywistością.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: