

WYROK

Warszawa, dnia 8 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Apex.IT Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Porty Lotnicze S.A.

z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Polskie Porty Lotnicze S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest: „Dostawa 14 serwerów z przestrzenią dyskową”.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 sierpnia 2023 r., pod numerem 2023/S 163-512682.

W dniu 20 grudnia 2023 r. wykonawca - Apex.IT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie części 2 postępowania, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia,

2) art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 2 zamówienia,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części 2 zamówienia, w tym ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 Pzp,

3) uchylenia czynności unieważnienia aukcji przeprowadzonej w dniu 10 listopada 2023 r.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący na wstępie wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 13 grudnia 2023 r. unieważnił swoją poprzednią czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia (za jaką została uznana oferta Odwołującego), tj. decyzję z dnia 17 listopada 2023 r. oraz dokonał odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał, że zaoferowany przez Odwołującego procesor Intel Xeon-Gold 6426Y nie znajdował się na liście CPU benchmark na dzień 1 czerwca 2023 r., co było wymaganiem Zamawiającego określonym w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wymaga jednoznacznego ustalenia, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia (nie spełnia wymogów SWZ). Tzn. odrzucenie oferty jest dopuszczalne jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia jej treści i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z warunkami zamówienia (na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp) lub dokonania dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 223 ust. 2 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że jak wynikało z Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) w zakresie części 2, procesor serwera musiał spełniać wymagania minimalne „minimum CPU benchmark – 29000 (na dzień 1 czerwca 2023)”. Przy czym w dniu 25 października 2023 roku Zamawiający opublikował poniższe pytanie nr 6 dotyczące OPZ oraz odpowiedź na nie: Pytanie: „Czy Zamawiający zaakceptuje zaoferowanie serwera wyposażonego w procesor Intel Xeon Gold 6438M, który spełnia wszystkie wymagania techniczne postawione w OPZ przez Zamawiającego, ale nie jest notowany w teście „CPU benchmark”?

Odpowiedź: „Zamawiający nie zaakceptuje serwerów z procesorem niezgodnym z Opisem Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający wymaga w przypadku rozwiązań alternatywnych umieszczenia procesora w teście „CPU benchmark”.

Wobec tego Zamawiający, który został zapytany przez wykonawców o możliwość rezygnacji z warunku dot. testu CPU benchmark, potwierdził, że aktualny jest warunek dotyczący umieszczenia procesora w teście CPU benchmark. Zamawiający nie potwierdził jednak wcześniejszego wymogu dotyczącego daty tego testu (na dzień 1 czerwca 2023 r.). W powyższej odpowiedzi Zamawiający wyraźnie pominął datę publikacji testu, co oznacza, iż Zamawiający odstąpił od pierwotnego wymagania, aby test był publikowany najpóźniej na dzień 1 czerwca 2023 roku. W przeciwnym wypadku Zamawiający wyraźnie powtórzyłby wymóg, aby test został opublikowany przed datą 1 czerwca 2023 roku. O słuszności przekonania Odwołującego co do skutku wyżej powołanej odpowiedzi na zadane pytanie przemawia okoliczność, iż Zamawiający dokonał po ocenie oferty Odwołującego jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej bez skierowania do Odwołującego jakichkolwiek żądań wyjaśnień. Zamawiający przechodząc do porządku dziennego wobec braku publikacji wyniku testu zaoferowanego przez Odwołującego procesora przed dniem 1 czerwca 2023 roku potwierdził, iż jego intencją było uchylenie wymagania co do daty publikacji testu. Skoro Zamawiający w odpowiedzi na pytanie potwierdził tylko, że wymaga umieszczenia procesora w teście „CPU benchmark”, bez potwierdzenia wymogu daty testu 1 czerwca 2023 r., to wykonawcy mogli to zinterpretować w taki sposób, że Zamawiający odstąpił od wymogu dotyczącego daty testu. Jeżeli Zamawiający nie chciał rezygnować z wymogu dotyczącego daty publikacji testu, to w takim przypadku odpowiedź na zadane pytanie jest myląca i mogła wprowadzić w błąd wykonawców co do rzeczywistych intencji Zamawiającego, co jednak nie może działać na niekorzyść wykonawców, w tym Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że powyższa niejednoznaczna i mogąca wprowadzić w błąd odpowiedź Zamawiającego na pytanie wynikała z przyczyn dotyczących Zamawiającego i doprowadziła do sytuacji, że Odwołujący zrozumiał ją jako rezygnację z wymogu dotyczącego daty testu. Tymczasem wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne działają w zaufaniu do Zamawiającego i składają oferty m.in. zgodnie z informacjami uzyskanymi od Zamawiającego, które często stanowią modyfikację bądź uzupełnienie SWZ. Zamawiający nie miał zatem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z SWZ, tj. z uwagi, że zaoferowany przez Odwołującego procesor Intel Xeon Gold 6426Y nie znajdował się na liście CPU benchmark na dzień 01.06.2023 r.

Nieuzasadnione jest przy tym twierdzenie Zamawiającego, że testu procesora nie było na liście CPU benchmark. Test procesora znajdował się na liście, zatem został spełniony wymóg dotyczący umieszczenia procesora w teście „CPU benchmark”. Przeprowadzony test nie pozwala jednak na ustalenie daty publikacji.

/dowód: wydruk testu CPU benchmark – na okoliczność spełnienia przez Odwołującego wymogu dot. umieszczenia procesora w teście „CPU benchmark”/

Zaoferowane urządzenia posiadają zatem wszystkie parametry wymagane przez Zamawiającego, w tym w szczególności oczekiwany przez Zamawiającego wymóg dotyczący znajdowania się procesora na liście CPU benchmark.

Nie sposób przy tym uznać, aby pierwotne wymaganie Zamawiającego, aby test został opublikowany najpóźniej w dacie 1 czerwca 2023 roku było wymaganiem racjonalnym, skoro data publikacji testu nie ma wpływu na wyniki testu. Test wykonany 10 maja 2023 roku i test wykonany 10 sierpnia 2023 roku mają jednolitą wartość poznawczą co do osiągnięć procesora.

W opinii Odwołującego Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty przed jej odrzuceniem. Skoro Zamawiający udzielił niejasnej odpowiedzi na pytanie, która mogła prowadzić w błąd to Zamawiający powinien przeprowadzić wyjaśnienia w zakresie dot. spełnienia ww. wymogu. Tzn. Zamawiający obowiązany był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp i na ich podstawie ostatecznie stwierdzić, czy treść oferty odpowiada treści SWZ. Zamawiający zaniechał jednak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie testu CPU benchmark, naruszając tym samym przepis art. 223. ust. 1 Pzp. W tej sytuacji odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność tej oferty z SWZ było bezpodstawne, a co najmniej przedwczesne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 stycznia 2024 r. wniósł o jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał, że odpowiedź na pytanie nr 6 z dnia 25 października 2023 r., na którą powołuje się Odwołujący, dotyczyła części 1 zamówienia (dostawa 4 sztuk serwerów) i w żaden sposób nie zmieniała pierwotnych wymagań opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym posiadania CPU benchmark - 29 000 (na dzień 1 czerwca 2023) dla części 2 zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, że zastosowanie dyspozycji ww. przepisu jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ. Ponadto konieczne jest aby możliwe było wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków zamówienia, w tym poprzez udzielanie wyjaśnień w odpowiedziach na pytania wykonawców, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba stwierdziła po analizie akt postępowania przetargowego oraz złożonych w postępowaniu odwoławczym dowodów i zaprezentowanych stanowisk, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, a więc nie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 25 października 2023 r. w odpowiedzi na pytanie nr 6 dotyczące „OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, Część 1, parametr „Procesor”: Czy Zamawiający zaakceptuje zaoferowanie serwa wyposażonego w procesor Intel Xeon Gold 6438M, który spełnia wszystkie wymagania techniczne postawione w OPZ przez Zamawiającego, ale nie jest notowany w teście „CPU benchmark”? Odpowiedział: „Zamawiający nie zaakceptuje serwerów z procesorem niezgodnym z Opisem Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający wymaga w przypadku rozwiązań alternatywnych umieszczenia procesora w teście „CPU benchmark”.

Izba stwierdziła, że z udzielonego pytania wprost wynikało, że pytanie to dotyczyło tylko i wyłącznie Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie części 1 zamówienia. Nie można więc uznać, że odpowiedź ta w jakimkolwiek zakresie zmieniała OPZ części 2 zamówienia. Fakt, że opis wymagań w zakresie procesora został - jak wskazywał Odwołujący - opisany przez Zamawiającego początkowo w sposób „bliźniaczy”, nie powoduje, że dokonana zmiana w sposób wyraźny odnosząca się do części 1 zamówienia, automatycznie rozciągała się na część 2 zamówienia. Podkreślić należy, że wymogi SWZ należy interpretować ściśle i niedopuszczalna jest interpretacja niezgodna z literalnym brzmieniem tego dokumentu. Skoro więc odpowiedź wpływająca na treść OPZ dotyczyła tylko części 1 zamówienia, to OPZ dotyczący części 2 pozostawał bez zmian, w konsekwencji obowiązkiem wykonawców było zaoferowanie serwera, który spełniał wymagania postawione w OPZ i był notowany w teście CPU benchmark na dzień 1 czerwca 2023 r. W konsekwencji, skoro jak sam przyznał Odwołujący w odwołaniu, zaoferowany przez niego procesor nie posiadał „publikacji wyniku testu zaoferowanego przez Odwołującego procesora przed dniem 1 czerwca 2023 roku” uznać należało, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

Podkreślić należy, że Odwołujący nie przedłożył także dowodu potwierdzającego, że zaoferowany przez niego procesor był notowany w teście CPU benchmark na dzień 1 czerwca 2023 r. Okoliczność, że Zamawiający nie wskazał publikatora, w którym wyniki testów miały zostać opublikowane, w żaden sposób nie wyłączała obowiązku wykazania, że oferowany procesor był notowany w teście CPU benchmark na dzień 1 czerwca 2023 r. Okoliczność braku wskazania miejsca publikacji wyników testu, umożliwiała natomiast wykonawcy – jak wyjaśnił Zamawiający - wykazanie spełnienia ww. wymogu OPZ poprzez odwołanie się do dowolnego dokumentu, z którego wynikałaby okoliczność przeprowadzenia testów procesora na dzień 1 czerwca 2023r. Takiego dowodu jednak Odwołujący nie przedłożył, pomimo obciążającego go ciężaru dowodowego wynikającego z art. 534 ust. 1 Pzp. Jak natomiast wynika z dowodów złożonych przez Przystępującego przy piśmie procesowym z dnia 4 stycznia 2024r. i Zamawiającego złożonego na rozprawie (dowód nr 4) zaoferowany przez Odwołującego procesor nie był notowany w teście CPU benchmark na dzień 1 czerwca 2023 r.

W konsekwencji Odwołujący nie wykazał, że odrzucenie jego oferty naruszało przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż brak jest podstaw do spełnienia wymogu dotyczącego notowania zaoferowanego procesora na dzień 1 czerwca

2023 r. w teście CPU benchmark.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnień w ww. postępowaniu w zakresie treści złożonej przez niego oferty. Wskazać należy, że zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

W ocenie Izby, w rozpoznawanym stanie faktycznym nie zaistniały jakiegokolwiek wątpliwości co do treści OPZ i wynikających z niego wymogów w zakresie części 2 zamówienia. Opis ten był jasny i precyzyjnie formułował wymagania techniczne zarówno w części 1 jak i 2 zamówienia co do oferowanego procesora. Odwołujący nie wykazał, aby po stronie Zamawiającego istniały jakiegokolwiek wątpliwości, czy na dzień 1 czerwca 2023 r. procesor oferowany przez Odwołującego był notowany w teście CPU benchmark. Co więcej Izba stwierdziła, że Zamawiający słusznie uznał, że taka notyfikacja na ten dzień nie miała miejsca, a Odwołujący okoliczności tej nie podważył.

Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego w postaci odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 3528/23 (dowód nr 1) z uwagi na fakt, że działania Zamawiającego w tamtejszym postępowaniu nie miały znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy. Zauważyć należy, że Zamawiający na każdym etapie postępowania przetargowego może zweryfikować wcześniej podjęte czynności i w sytuacji uznania ich za naruszające przepisy Pzp czy postanowienia SWZ dokonać ich unieważnienia oraz zmiany, co też miało miejsce w niniejszym postępowaniu przetargowym. Izba oddaliła również dowód stanowiący wydruk ze strony www.passmark.com (dowód nr 2) powołany na okoliczność wykazania źródeł pochodzenia testów publikowanych na stronach cpubenchmark.net. Dowód ten pozostawał bez wpływu na ustalenie faktu notowania zaoferowanego procesora przez Odwołującego w teście CPU benchmark na dzień 1 czerwca 2023r. Oddaleniu podlegał również dowód z wydruku ze strony (dowód nr 3) złożony na okoliczność wykazania, że procesor zaoferowany przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu uzyskał wydajność wyższą od procesora wzorcowego stwierdzając, że dowód ten nie miał znaczenia w niniejszej sprawie. Podkreślić należy, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie zakwestionował wydajności procesorów, a jedynie fakt, że procesor ten nie był notowany w teście CPU benchmark na dzień 1 czerwca 2023 r.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 Pzp.

Przewodnicząca: