

**WYROK**

z dnia 26 września 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2017 r. **przez odwołującego:** G.S.I. sp. z o.o. (...) w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Komenda Główna Straży Granicznej 02-514 Warszawa; Al. Niepodległości 100

**przy udziale:**

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:** Konsorcjum spółek C. Sp. z o.o. Spółka Komandytowa (lider konsorcjum) (...); T. Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) (...); I. Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum), (...) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie odwołującego;**
- B. **wykonawcy:** S. Sp. z o.o., (...) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

**orzeka**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża G.S.I. sp. z o.o. (...) i
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez G.S.I. sp. z o.o. (...) tytułem wpisu od odwołania

i

3.1. zasądza od G.S.I. sp. z o.o. (...) kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Komenda Główna Straży Granicznej 02-514 Warszawa; Al. Niepodległości 100 stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Na podstawie art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jednolity tekst Dz. U. z 2017r., poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” odwołanie wniosła spółka G.S.I. sp. z o.o. z siedzibą w Z.zwana dalej „odwołującym” lub „G.”

Odwołanie wniesiono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 135.000 euro przez Komendanta Komendy Głównej Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie zwanego dalej „Zamawiającym” lub „KGSG”.

Przedmiotem prowadzonego postępowania jest dostawa stanowisk końcowych na potrzeby platformy teleinformatycznej, oznaczona wewnętrznym numerem zamawiającego: 32/BF/BŁil/174.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 3 czerwca 2017r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 211958-2017.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: 1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki S. Sp. z o.o. z siedzibą w Tanowie zwanej dalej przystępującym po stronie zamawiającego lub ”S.” w części 2 postępowania pomimo tego, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, 2. art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp w związku z art. 36b Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania spółki S. sp. z o.o. pomimo tego, że wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia, co do samodzielnej realizacji zamówienia bez podwykonawców, 3. Art. 7 ust.1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

III. W ocenie odwołującego, zgodnie z art. 187 ust. 1 odwołanie podlega rozpoznaniu, gdyż wpis od odwołania został uiszczony a odwołanie nie zawiera braków formalnych. W szczególności: 1. Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania w dniu 25 sierpnia 2017r. (pismo KG-fi-ZP-1363/17) a zatem niniejsze odwołanie jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp.

2. Odwołujący przesłał KGSG kopię odwołania, zgodnie z dyspozycją art.180 ust. 5 ustawy.

3. Brak - w ocenie Odwołującego - innych przesłanek wymienionych w art. 189 ust. 2 Pzp i skutkujących odrzuceniem odwołania.

IV. Odwołujący posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. G. ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na udzielenie zamówienia, a zatem (o ile Krajowa Izba Odwoławcza potwierdzi postawione zarzuty) odwołanie - zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp - winno być uwzględnione.

1. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

a. Zgodnie z art. 179 składający odwołanie musi posiadać interes we wniesieniu tego środka odwoławczego. Pojęcie „interesu” należy rozumieć szeroko i jest wystarczające posiadanie interesu faktycznego we wniesieniu odwołania, b. Oferta Odwołującej spółki w rankingu ofert plasuje się na drugiej pozycji, w wyniku zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty spółki S. sp. z o.o., G. traci możliwość uzyskania zamówienia. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta spółki G. zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

2. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, a szkoda będzie polegać na tym, iż G. pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w Postępowaniu „przegrała” z wykonawcą, którego oferta winna być odrzucona w Postępowaniu, a Zamawiający tego nie uczynił.

Co do związłego przedstawienia zarzutów:

#### UZASADNIENIE

I. Zamawiający, zgodnie z treścią części IV SIWZ podzielił przedmiot zamówienia na dwie części. Część druga, której dotyczy niniejsze odwołanie obejmuje dostawę 4.600 kpl komputerów stacjonarnych typu A. z czego w ramach zamówienia podstawowego zostanie dostarczonych 3100 kpl, a w ramach zamówienia objętego prawem opcji do 1500 kpl komputerów.

II. Odwołująca spółka G. stoi na stanowisku, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez spółkę S. w części 2 postępowania.

III. Zaniechanie odrzucenia oferty S. ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ (naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 PZP).

1. Wykonawca S. zaoferował w części 2 postępowania komputer stacjonarny: (...). Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, Załącznik nr 1 Opis przedmiotu zamówienia 2.2. część II komputer stacjonarny Zamawiający określając parametry minimalne sprzętu wskazał na następujące wymaganie: „wbudowane porty”: min. 6xUSB wyprowadzonych na zewnątrz obudowy, min. 2 z boku obudowy. Zgodnie ze specyfikacją zamieszczoną na stronie internetowej producenta wszystkie porty USB w zaoferowanym przez spółkę S. sp. z o.o. komputerze stacjonarnym znajdują się z tyłu albo od spodu urządzenia. Dowód: specyfikacja techniczna komputera stacjonarnego. Tym samym

parametr minimalny nie jest zachowany przez zaoferowane urządzenie. Stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W orzecnictwie, wskazuje się, iż „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.”(wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2009r., sygn. akt KIO/UZP 1567/09 i wskazane tam orzecznictwo: wyroki z 26 marca 2008r., sygn. akt: KIO/UZP 218/08; 1 lutego 2005r. sygn. akt UZP/ZO/O-102/05, z dnia 14 marca 2005r., sygn. akt UZP/ZO/0-423/05, z dnia 18 stycznia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-4/06, z 28 lipca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-1428/06, z dnia 5 września 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2424/06.). W doktrynie (por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck 2009) podkreśla się, że oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 2010-07-30 w sprawie o sygn. akt. KIO 1484/10 wskazano: „Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to 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” (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08).” Zgodnie z art. 29 ust 1 i 2 ustawy PZP Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Czynność dokonania opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Z tej przyczyny przepisy ustawy wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. „Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien

pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. WoltersKluwers). Wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 ustawy, „Zamawiający odrzuca ofertę (...)” wynika, iż czynność odrzucenia oferty w przypadku, gdy istnieją ku temu jednoznaczne przesłanki, nie jest zależna od uznania zamawiającego, lecz skutek w postaci konieczności podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wynika wprost z przepisu ustawy PZP. W tej kwestii wypowiedział się skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 3 sierpnia 2009 r. sprawie o sygn. akt KIO/UZP 907/09; KIO/UZP 915/09: „Zamawiający na każdym etapie badania oferty - bez względu, czy jest to ocena składanych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów (w zakresie przedmiotu zamówienia - ocena przedmiotowa), czy też jest to ocena oferowanego rozwiązania na etapie przeprowadzania testów - ma możliwość i wręcz obowiązek, w przypadku powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących możliwość zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., do odrzucenia oferty wykonawcy, który takiemu przepisowi podlega”. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podnosi, iż w przedmiotowej sytuacji z uwagi na faktyczne niezgodności ofert złożonych w Postępowaniu przez wszystkich wskazanych w odwołaniu Wykonawców, Zamawiający powinien działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP odrzucić oferty, jako niezgodną z treścią SIWZ. Na koniec tylko Odwołujący pragnie zacytować orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: „Zamawiający, po wpisaniu do specyfikacji wymogu wykazania przez wykonawcę szczegółowych cech oferowanego przedmiotu, jest obowiązany sprawdzić spełnienie szczegółowych wymagań przez wykonawcę. Zamawiający podczas badania nie może poprzestać na ogólnym stwierdzeniu wykonawcy zawartym w formularzu oferty (...) Zamawiający jest obowiązany do zbadania oferty z należytą starannością, zwłaszcza, gdy inny wykonawca zarzuca, że czynność ta została dokonana bez zareagowania na choćby najmniejsze odstępstwa oferty od specyfikacji”.(wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 3 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt. KIO/UZP 907/09; KIO/UZP 915/09) „Zamawiający badając ofertę ma obowiązek stosować się do przepisów Prawa zamówień publicznych i nie może nie reagować na jakiegokolwiek odstępstwa poczynione przez wykonawcę od swoich postanowień postawionych w specyfikacji”. Mając na uwadze powyższe Zamawiający winien był odrzucić ofertę spółki S..

IV. Zaniechanie wykluczenia S. pomimo tego, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ

na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (naruszenie art. 24 ust 1 pkt 17 PZP i art. 89 ust 1 pkt 2 SIWZ). W odniesieniu do zarzutu dot. zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawcy S. na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Odwołujący wskazuje, co następuje: W części IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - opis przedmiotu zamówienia pkt 9 Zamawiający wskazał, że Wykonawca jest zobowiązany do wskazania w ofercie części zamówienia, której (ych) wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom w ramach realizacji przedmiotu zamówienia (art. 36b ust 1 ustawy Pzp) oraz musi podać w ofercie firmę (y) podwykonawcy (ów). Jeżeli Wykonawca nie zamieścił w ofercie ww. informacji Zamawiający uzna, że Wykonawca zrealizuje zamówienie bez udziału podwykonawców. W przypadku powierzenia realizacji części przedmiotu zamówienia podwykonawcy Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania podwykonawcy jak za własne. W załączniku nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, część 4 wymagania gwarancyjne i serwisowe wskazane zostało: Zamawiający wymaga, aby oferowany przedmiot zamówienia (za wyjątkiem licencji) objęty był gwarancją Wykonawcy na min. 24 miesiące od dnia podpisania przez strony protokołu odbioru dostawy dostarczanych urządzeń. Zamawiający wymaga aby serwis przedmiotu umowy był realizowany przez Producenta oferowanego sprzętu lub autoryzowanego partnera serwisowego Producenta sprzętu. W ofercie spółki S. sp. z o.o. dot. 2 części postępowania znalazło się oświadczenie, iż spółka nie zamierza powierzyć podwykonawcy realizacji zamówienia (strona 3 oferty). Mając na uwadze zapisy SIWZ oraz Opisu przedmiotu zamówienia aby złożyć oświadczenie takiej treści spółka S. musi być autoryzowanym serwisem Producenta sprzętu. Z informacji posiadanych przez Odwołującą spółkę wynika, iż S. sp. z o.o. nie jest autoryzowanym serwisem Producenta. Zawsze zatem powinien wskazać, że w tym zakresie będzie korzystał z usług podwykonawcy. Zdaniem Odwołującej nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia przez S. sp. z o.o. bez udziału podwykonawcy. Zdaniem Odwołującej spółki złożone oświadczenie jest oświadczeniem wprowadzającym w błąd zamawiającego, a jednocześnie oświadczenie to może wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż ustawa nie wymaga aby przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd było świadome lub celowe - przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przewiduje, że wykluczenie powinno nastąpić w każdym przypadku podania informacji wprowadzających w błąd, nawet jeśli było to efektem lekkomyślności lub niedbalstwa zatem może to być zatem wina najłżejszego rodzaju. Niedbalstwo to zwyczajnie brak zachowania należytej staranności w działaniu a wskazanie przez S. sp. z o.o., że wykona przedmiot zamówienia samodzielnie jest co najmniej właśnie brakiem zachowania należytej staranności, ponieważ S., jako podmiot profesjonalny, posiada wiedzę o tym, że nie może samodzielnie świadczyć usług serwisu w zakresie wskazanym w SIWZ. Wpływ złożonego oświadczenia na działania Zamawiającego jest oczywisty bowiem doszło do wyboru, jako najkorzystniejszej oferty

spółki S. sp. z o.o. W tym stanie sprawy podkreślenia wymaga, że treść oferty spółki S. sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ i zaniechanie odrzucenia oferty spółki S. na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp jest rażącym naruszeniem przepisów. Skoro bowiem S. sp. z o.o. nie jest autoryzowanym partnerem serwisowym producenta sprzętu, a w ofercie złożył oświadczenie, iż samodzielnie zrealizuje zamówienie w całości to sposób realizacji będzie sprzeczny z SIWZ. Sformułowane przez zamawiającego warunki realizacji zamówienia skutkują koniecznością zatrudnienia podwykonawcy przez każdego wykonawcę, który nie Producentem sprzętu bądź autoryzowanym partnerem serwisowym Producenta sprzętu. Argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania. Wnoszę o uwzględnienie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

#### **Izba ustaliła**

Na podstawie przeprowadzonego przez Izbę postępowania dowodowego, z dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego, przekazanej do akt sprawy i zawnioskowanych z niej dowodów oraz z dokumentów przedstawionych przez strony oraz uczestnika i przeprowadzonych z nich dowodów na rozprawie, Izba ustaliła jak poniżej.

Odwołujący załączył do odwołania nie potwierdzoną oryginalnie (odwołanie wraz z załącznikami przesłane drogą elektroniczną na E- puap UZP) kserokopię dokumentu o nazwie Karta produktu Komputer H. E. (...)All-in-One z ekranem nietoptykowym o przekątnej 60,4 cm(23,8") gdzie na jego stronie ósmej w pozycji Porty i złącza widnieje, Izba stwierdza, że o ograniczonej widoczności z uwagi na jakość przesłanej kopii, zapis: Spód 2 porty USB 3.1 Type A oraz 1 port USB 3.1 Type C. Powyższy dowód odwołujący wnioskował na rozprawie jako brak spełnienia warunku, iż porty nie znajdują się na bokach komputera zgodnie z wymaganiami SIWZ. Powyższy dowód miał stanowić o okoliczności niezgodności treści oferty przystępującego S. z treścią SIWZ co do wymogu znajdowania się portów USB na boku obudowy komputera. Izba przyjęła powyższy dowód w poczet materiału dowodowego ale nie jako potwierdzającego zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 pzp przez zamawiającego.



Izba przeprowadziła na rozprawie wnioskowane dowody przez strony i uczestnika, z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, dokonując następujących ustaleń:

Na podstawie SIWZ ustalono co następuje. W punkcie IV. Opis Przedmiotu Zamówienia zamawiający postanowił w pkt 9: Wykonawca jest zobowiązany do wskazania w ofercie części zamówienia, której(ych) wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom w ramach realizacji przedmiotu zamówienia (art. 36b ust.1 ustawy Pzp) oraz musi podać w ofercie firmę (y) podwykonawcy(ów). Jeżeli wykonawca nie zamieści w ofercie ww. informacji wówczas Zamawiający uzna, że Wykonawca zrealizuje zamówienie bez udziału podwykonawców. W przypadku powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy, Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania podwykonawcy jak za własne.

Z powyższego wynika, że zamawiający postawił zgodnie z brzmieniem art.36 b ust.1 pzp, wymóg wskazania w ofercie podwykonawcy wraz z podaniem nazwy i części jaką ten podwykonawca wykona. Jak poniżej ustalono oferta przystępującego S. nie zawiera oświadczenia o podwykonawstwie, co należy rozumieć, że S. samodzielnie wykona zamówienie.

W części VIII SIWZ. Wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu jakich muszą dostarczyć wykonawcy. W pkt 2." Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia: 2) dokumentów na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w niniejszej SIWZ tj: karty produktów oferowanych komputerów lub innego dokumentu wystawionego przez ich producenta potwierdzającego, że oferowane przez Wykonawcę komputery spełniają wymagane warunki techniczne".

Z powyższego wynika jak również z poniżej przedstawionej treści formularza ofert, że dopiero po wezwaniu zamawiającego skierowanego do wykonawcy najwyżej ocenionego, czyli w trybie art.26 ust.1 pzp, wykonawca składa karty producenta lub inne dokumenty wystawione przez producenta na okoliczność, że zaoferowane komputery odpowiadają postawionym wymaganiom technicznym zgodnie z SIWZ.

Z Załącznika nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia 2.2. Część II – Komputer stacjonarny (...) w Tabeli minimalne parametry w pozycji Wbudowane porty znajdują się postanowienia: - min 6xUSB wyprowadzonych na zewnątrz obudowy min. 2 z boku obudowy.

Z powyższego wynika, że minimum dwa (2) porty USB z minimum 6 portów USB wyprowadzonych na zewnątrz komputera ma znajdować się z boku obudowy.

Pkt 4 . Wymagania gwarancyjne i serwisowe 1. Zamawiający wymaga, aby oferowany przedmiot zamówienia (za wyjątkiem licencji) objęty był gwarancją Wykonawcy przez minimum 24 miesiące od dnia podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Dostawy dostarczonych urządzeń.

2.Zamawiający wymaga, aby serwis przedmiotu umowy był realizowany przez Producenta oferowanego sprzętu lub autoryzowanego partnera serwisowego Producenta sprzętu.

19. W przypadku, gdy wadą objęte będą urządzenia, sprzęt teleinformatyczny posiadający nośnik pamięci (np. dysk twardy ), nośnik ten zostanie wymontowany przed przekazaniem wadliwego urządzenia, sprzętu teleinformatycznego Wykonawcy do naprawy.

Z powyższego wynika, że serwis gwarancyjny ma wykonywać producent komputera lub autoryzowany przez niego serwisant, który zapewni pozostanie dysku twardego u zamawiającego na czas naprawy komputera.

Załącznik Nr 2 do SIWZ Oferta. Między innymi z jej treści wynika, w zakresie Części nr 2 zamówienia tj. na dostawę komputerów stacjonarnych typu (...) ..... w tym miejscu należy podać: nazwę producenta i model oferowanego komputera.

Z oferty odwołującego G. wynika, że oferuje: Część nr 2 Zamówienia: (...).

Z oferty przystępującego S. wynika, że oferuje: Część nr 2 Zamówienia: (...).

Powyższe stanowi o tym, że na etapie składania ofert zamawiający wymagał jedynie podania nazwy producenta i modelu komputera a dopiero wykonawca, którego ofertę oceniono najwyżej składał karty katalogowe, wystawione przez producenta na okoliczność potwierdzenia parametrów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, w tym postępowaniu ustalonych w Załączniku nr 1 do SIWZ p.n. Opis Przedmiotu Zamówienia.

Pismem z dnia 24.08.2017 roku zamawiający wezwał wykonawcę wybranego do złożenia między innymi następujących dokumentów: karty produktów oferowanych komputerów lub innego dokumentu wystawionego przez producenta potwierdzającego, że oferowane przez Wykonawcę komputery spełniają wymagane warunki techniczne. Powyższe dokumenty mają

być złożone na potwierdzenie, że oferowane komputery odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ.

Powyższe stanowi o wyczerpaniu przez zamawiającego obowiązującej procedury w SIWZ wzywania do wykazania parametrów technicznych oferowanych komputerów w trybie art.26 ust.1 pzp.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2017 roku S. w odpowiedzi na pismo z dnia 24.08.2017 roku złożył oświadczenie producenta oferowanego sprzętu H. I. oraz certyfikat T. E. dla H. E. (...) potwierdzające, że oferowane przez Wykonawcę komputery spełniają wymagane warunki techniczne na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ. Do pisma przewodniego załączono dokument wystawiony przez H. I. P. sp. z o.o. (...) w którym w imieniu przedstawiciela producenta sprzętu komputerowego marki H. – oświadczone, że zaoferowany przez naszego partnera S. Sp. z o.o. Komputer A. – H. E. (...) w części 2 w/w postępowania przetargowego, spełnia wymagane warunki techniczne wskazane w SIWZ przez Zamawiającego. W Tabeli znajdującej się poniżej złożonego oświadczenia przedstawiającej parametry techniczne zaoferowanego sprzętu znajdują się między innymi dane na temat: Wbudowane porty: - 7 x USB wyprowadzone na zewnątrz obudowy, 3 z boku obudowy; Obudowa : m.i. podstawa urządzenia umożliwia regulację wysokości, regulację kąta nachylenia ekranu oraz obrót o 90 stopni. – Obudowa umożliwiając bez narzędziowa wymianę /wyjście dysku twardego.

Ze złożonego, przywołanego powyżej, dokumentu wystawionego w dniu 28.08.2017 roku przez przedstawiciela producenta H. wynika, że oferowane komputery stacjonarne typu (...) są komputerami posiadającymi opcje tzw. PIVOT (obróć góra – dół o 90 stopni), regulację wysokości na podstawie komputera oraz wyprowadzone dwa porty z boku komputera, co wypełnia wymogi SIWZ w zakresie kwestionowanym przez odwołującego.

Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń co do naruszenia przez zamawiającego zarówno art.89 ust.1 pkt 2 pzp jak i art.24 ust.1 pkt 17 pzp w zw. z art.36 b ust.1 pzp oraz art.7 ust.1 pzp oprócz dowodu, przywołanego powyżej a załączonego do odwołania, wskazującego, że porty USB wyprowadzone są nie z boku komputera tylko od spodu, na rozprawie zgłosił kolejne dowody:

1.Przedstawia Wydruk ze strony internetowej PWN w zakresie definicji słowa „bok”. Z treści przedstawionego dowodu wynika, że bok jest tłumaczony jako:

1. „prawa lub lewa strona tułowia człowieka lub zwierzęcia”
2. „prawa albo lewa strona przedmiotu lub określonej przestrzeni.”

3. (matematyka) „odcinek łączący dwa sąsiednie wierzchołki wielokąta”

2. Przedstawia w wersji anglojęzycznej 174 strony dokumentu dla H. E. D. (...) and H. E. One (...) B. D. P. oraz tłumaczenie kilku stron tego dokumentu wykonane przez wykonawcę we własnym zakresie; dokument ten dotyczy specyfikacji technicznej tego komputera dla partnerów H. na której są dostępne wszystkie Specyfikacje Techniczne produktów oferowanych; tłumaczenie obejmuje 6 stron. Odwołujący dokonując tłumaczenia wskazuje na zwrot „zdjęcie komputera z prawego i lewego boku”. Podnosi, że urządzenie ma zawsze dwa boki. Pełnomocnik przystępującego kwestionuje tłumaczenie podając, że nie ma mowy we wskazanym miejscu na tłumaczenie jak dokonał tego odwołujący to jest nie ma zwrotów: „lewy” czy „prawy” bok w wersji anglojęzycznej tekstu.

3. Korespondencja mail z dn.11.09.2017 r. przedstawiciela producenta pomiędzy Prezesem zarządu G. Pan Jacek Michalski a Panem Stanisławem Kern pracownikiem spółki H., który zajmuje się nadzorowaniem i autoryzacją podmiotów, które mają autoryzacje serwisową na terenie Polski. Z treści e-mail przekazanego spółce G. wynika, że w aktualnej liście partnerów P.F.S.D. nie ma firmy przystępującego. Powyższe w ocenie składającego dowód ma świadczyć o tym, że przystępujący nie jest partnerem H. co spowoduje niemożliwość realizacji umowy w zakresie serwisu gwarancyjnego wymaganego w postanowieniach SIWZ. Powyższa okoliczność ma zasadnicze znaczenie w związku z tym, że w formularzu ofertowym przystępujący nie wskazał podwykonawcy a w związku z tym nie jest w stanie samodzielnie wykonać obowiązków wynikających z umowy.

4. Kolejny dowód to jest Dokument, jaki powinien posiadać autoryzowany serwisant H. a którego według wiedzy odwołującego, nie posiada wykonawca wybrany. Dokument przedstawiono w wersji anglojęzycznej i w tłumaczeniu na język polski wykonanej przez odwołującego. Tytuł tego dokumentu to H. S.D.C.(...) dla G. S.I. Sp. z o.o. P. V. D. 31 st October 2017 ” Z tłumaczenia wykonanego przez odwołującego wynika, że ten dokument potwierdza Certyfikat uczestnictwa (...) dla G.S.I. Sp. z o.o. P. jest uczestnikiem programu H. Partner First i posiada status H. P. F. P. P.. Podpisał P. J. G. M. and V. P.. Jest to kolejny dowód zgłoszony przez odwołującego na okoliczność, że tylko partner H. może sam wykonać obowiązki serwisu i gwarancji bez udziału podwykonawcy. W związku z tym według twierdzenia odwołującego w sytuacji przystępującego musi wystąpić podwykonawca a taki nie został zgłoszony w formularzu ofertowym.

5. Kolejny dowód przedstawiony przez odwołującego to informacja o konieczności rozszerzenia pakietu gwarancyjnego do komputera H. A. (...). Korespondencja mail z dn.

25.09.2017 r. z dystrybutorami sprzętu H. z którego wywodzi odwołujący również konieczność podwykonawcy a nie zgłoszonego przez przystępującego dla realizacji obowiązków gwarancyjnych. Powyższy e-mail dotyczy spełnienia obowiązku pozostawienia dysku twardego u klienta i konieczności dokupienia pakietu serwisowego na 3 lata aby dysk był objęty dodatkową usługą pozostawienia u klienta tegoż dysku na czas naprawy komputera poza siedzibą klienta. Korespondencja odwołującego jest prowadzona z dystrybutorami sprzętu H. takimi jak: T.D.; A..

Przystępujący przywołał na rozprawie następujące dowody

1.Specyfikacja Techniczna pobrana ze strony producenta H., stron 5 w języku polskim. z zaznaczeniem w pozycji Funkcje rozszerzeń; Porty; przód (...); Tył między innymi wymienia się 4 porty USB 3.1 Type- A; Lewa strona: m.i. 1 złącze słuchawkowe; Prawa strona m.i. 2 porty USB 3.1 Type- A, 1 port USB 3.1 Type- C. Powyższe przystępujący powołuje na okoliczność, że z boku jak wymaga SIWZ porty USB są ulokowane w boku komputera.

2.Zdjęcia zaoferowanego komputera, jego obudowa, na stronach trzech z zaznaczeniem, że przystępujący posiada komputer do okazania czyli zaprezentowania Izbie. Z prezentowanego komputera wynika, że komputer posiada pozycję pivot co oznacza możliwość zmiany pozycji komputera góra – dół. Wówczas kwestionowane porty wyprowadzone na zewnątrz komputera nie znajdują się od spodu (dołu) ale znajdują się na prawym boku komputera (na lewym boku komputera znajdują się złącza słuchawkowe).

3.Oświadczenie z dn. 25.09.2017 r. przedstawiciela H. I. D. J. T. C. H. I. P. Sp. z o.o. (...). Z treści jego wynika, że zaoferowany komputer do przedmiotowego postępowania spełnia postawione wymagania SIWZ opisane powyżej.

Izba również na rozprawie dopuściła dowód z oględzin komputera okazanego zarówno przez przystępującego jak i odwołującego.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów w sprawie Izba zważyła jak poniżej.

**Izba zważyła**

Na podstawie powyżej przedstawionych ustaleń, na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego oraz załączonych do odwołania dokumentów jak i dokumentów przekazanych w trakcie posiedzenia oraz rozpoznanych na rozprawie a powyżej przedstawionych wraz z ustaleniami z nich wynikającymi Izba zważyła jak poniżej.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przeprowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe z udziałem odwołującego G. jak i przystępującego S. w tym zamawiającego KGSG nie wykazało, że wykonawca wybrany (przystępujący po stronie zamawiającego) S. złożył ofertę sprzeczną z treścią SIWZ w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę na rozprawie wynika, że oferowany komputer przez S. ma funkcje zmiany położenia ekranu z góry na dół o 90 stopni tzw. funkcja PIVOT co powoduje, że zmianie ulegają boki komputera rozumiane według pojęcia sprecyzowanego na rozprawie według słownika PWN jako prawy lub lewy. Oferowany komputer ma nie tylko właściwość obrotu o 90 stopni (funkcja PIVOT) ale również funkcję przechyłu ekranu (do przodu i do tyłu) jak również funkcję przesuwania ekranu z góry na dół i z dołu do góry na zamontowanej do komputera podstawie. W zaistniałej sytuacji Izba nie podzieliła definicji pojęcia boku przedstawionego przez odwołującego według słownika PWN czyli bok może być tylko i wyłącznie albo prawy albo lewy. W szczególności w związku z funkcją PIVOT ekranu komputera. W sytuacji ruchomej funkcji ekranu komputera co do jego góry czy dołu pojęcie boku należy odnieść każdorazowo do ułożenia ekranu, gdzie ułożenie boku jest zmienny a trudno ustalić, która pozycja ekranu komputera jest podstawowa a która jest pozycja dodatkową. Powyższe zależy od predyspozycji użytkownika warunkowanych jego potrzebami użytkowymi. W ocenie Izby w takiej sytuacji nie można ustalić, która z pozycji ułożenia ekranu jest pozycją standardową a która pozycja ekranu jest pozycją dodatkową i w efekcie nie można ustalić właściwość boku czy to lewego, czy to prawego. W takiej sytuacji korzystając z definicji boku zaprezentowanej przez odwołującego G. ze słownika elektronicznego PWN należy stwierdzić, że definicja boku sprowadza się do formuły trzeciej tej definicji to jest (matematyka) „odcinek łączący dwa sąsiednie wierzchołki wielokąta”

Reasumując powstałe zagadnienie sporu co do znaczenia pojęcia, iż porty USB mają być umiejscowione na boku komputera, należy rozstrzygnąć uwzględniając okoliczność, że oferta przystępującego zawiera element opisany powyżej to jest PIVOT. Powyższe funkcja PIVOT wynika z treści karty przekazanej przez przedstawiciela producenta na wezwanie zamawiającego w trybie art.26 ust.1 w dniu 28.08.2017 roku przedstawiona powyżej w

ustaleniach Izby.( W Tabeli znajdującej się poniżej złożonego oświadczenia przedstawiającej parametry techniczne zaoferowanego sprzętu znajdują się między innymi dane na temat: Wbudowane porty: - 7 x USB wyprowadzone na zewnątrz obudowy, 3 z boku obudowy; Obudowa : m.i. podstawa urządzenia umożliwia regulację wysokości, regulację kąta nachylenia ekranu oraz obrót o 90 stopni. – Obudowa umożliwiając bez narzędziowa wymianę /wyjście dysku twardego.

Ze złożonego, przywołanego powyżej, dokumentu wystawionego w dniu 28.08.2017 roku przez przedstawiciela producenta H. wynika, że oferowane komputery stacjonarne typu (...) są komputerami posiadającymi opcje tzw. PIVOT (obróć góra – dół o 90 stopni), regulację wysokości na podstawie komputera oraz wyprowadzone dwa porty z boku komputera, co wypełnia wymogi SIWZ w zakresie kwestionowanym przez odwołującego).

Ponadto jak wyjaśnili przedstawiciele zamawiającego na rozprawie sformułowanie, iż port USB ma być zlokalizowany z boku komputera mieli na uwadze przede wszystkim zapewnienie funkcjonalności to jest dostępności użytkownika do portu. Przez funkcjonalność dostępu do portu USB przedstawiciele zamawiającego rozumieli łatwy dostęp do ulokowania czy to telefonu komórkowego, czy to pen drive lub innych urządzeń, które podłącza się do komputera tymczasowo czyli nie na stałe. W związku z tym postawiono wymóg dostępu tych portów tak aby nie były umieszczone np. z tyłu komputera co utrudnia podłączenie urządzenia do komputera tymczasowo. Jak wyjaśniali wszelkie kable na stałe podłączone do komputera bez przeszkód można podłączyć od tyłu komputera, ponieważ czyni się to z reguły na stałe jego użytkowania. Należy również mieć na uwadze, że zgodnie z zasadami BH. ekran komputera musi znajdować się na odpowiedniej wysokości od powierzchni na którym się znajduje to jest aby był na odpowiedniej wysokości w stosunku do wzroku użytkownika. Tak więc również nie można uznać za utrudnienie, jak wskazywał pełnomocnik zamawiającego na rozprawie, podłączenie urządzenia gdy porty USB mają położenie na dole ekranu.

W ocenie Izby rozważając całość zgromadzonego materiału w sprawie, postawiony wymóg możliwości podłączania urządzeń do portu USB ulokowanego w boku obudowy komputera należy rozumieć funkcjonalnie to jest w każdym z boku obudowy, który jest dostępny bez utrudnień. Tak więc bokiem może być również przysłowiowy bok prawy czy też lewy jak podaje w tradycyjnej definicji elektroniczny słownik PWN ale również spód(dół) ekranu komputera uwzględniając, że komputer jest zamontowany na regulowanej podstawie a ekran ma też funkcję powyżej opisaną to jest PIVOT. W zaistniałej sytuacji Izba nie stwierdza sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w związku z umiejscowieniem portów w oferowanym komputerze S..

W związku z powyższym zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 pzp w związku z art.7 ust.1 pzp nie został przez G. wykazany.

Co do drugiego zarzutu odnoszącego się do naruszenia przepisów ustawy w zakresie art.24 ust.1 pkt 17 pzp w związku z art.36 b pzp to przez samą okoliczność nie wskazania w formularzu oferty podwykonawstwa nie oznacza, że wykonawca nie wypełni zobowiązania wynikającego z treści SIWZ co do zapewnienia serwisu przedmiotu umowy przez producenta oferowanego sprzętu lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta sprzętu. Z załącznika nr 1 do SIWZ to jest Opisu przedmiotu Zamówienia (OPZ) „zakup stanowisk końcowych na potrzeby platformy informatycznej” z jej punktu 4 wymagania gwarancyjne i serwisowe strona 8 wynika między innymi, że zamawiający wymaga aby przedmiot zamówienia był objęty gwarancją Wykonawcy przez okres minimum 24 miesiące od daty podpisania protokołu odbioru sprzętu. W punkcie drugim wymagań gwarancyjnych stwierdza się, że zamawiający wymaga, aby serwis przedmiotu umowy był realizowany przez Producenta oferowanego sprzętu lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta sprzętu. Odwołujący powołując się na niespełnienie przez wykonawcę wybranego to jest S. postawionego warunku, co do serwisu producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta, wskazywał również na jeden z istotnych w jego ocenie obowiązków, których S. nie jest w stanie zagwarantować. Dotyczy powyższy wymóg punktu 19 to jest zgodnie z którym, „W przypadku gdy wadą objęte będą urządzenia, sprzęt teleinformatyczny posiadający nośnik pamięci (np. dysk twardy), nośnik ten zostanie wymontowany przed przekazaniem wadliwego urządzenia, sprzętu teleinformatycznego Wykonawcy do naprawy”. W ocenie odwołującego wymaga to dodatkowych uprawnień dla serwisanta, których przystępujący nie posiada na co złożył przywołane powyżej dowody (maile z T. i E.). Izba nie uznała, że dowody wykazują brak po stronie S. czy to uprawnień serwisanta upoważnionego przez producenta czy to uprawnienia do wymontowania i pozostawienia dysku twardego zamawiającemu na czas naprawy komputera. Wskazane dowody są korespondencją na te okoliczności ale nie dowodzą wywodzonych z tej korespondencji wniosków odwołania G. co do naruszenia art.24 ust.1 pkt 17 w związku z art.36 b ust.1 pzp z powodu nie zaznaczenia w formularzu S. podwykonawstwa. Należy mieć na uwadze, że zgodnie z paragrafem 7 umowy pn. Gwarancja i Serwis ust.1 wykonawca udziela gwarancji na wszystkie dostarczone urządzenia począwszy od dnia podpisania Protokołu odbioru dostawy. Z kolei z ust.4 wynika, że szczegółowe warunki gwarancji i serwisu zostały określone w Dziale 4 OPZ. W związku z powyższym na gruncie ustalonych zasad SIWZ Izba nie znajduje podstaw aby przeprowadzać w tym zakresie ustalenia czy na dzień składania oferty przystępujący posiada autoryzację producenta co do serwisu na przedmiot dostawy. Tym bardziej, że taki wymóg to jest posiadania na dzień składania oferty upoważnienia od producenta



prowadzenia serwisu gwarancyjnego nie został ustalony. Brak wymogu w SIWZ aby składający ofertę miał obowiązek wykazać na dzień składania oferty czy jest autoryzowanym serwisantem producenta, powoduje zarzut co do nie wskazania w formularzu ofertowym podwykonawstwa za nieuprawniony. Na rozprawie przystępujący oświadczył, że jest na etapie załatwiania autoryzacji serwisu u producenta i jest to kwestia najbliższego czasu aby takie uprawnienia pozyskał.

Izba oceniając istniejący stan rzeczy zarzut naruszenia przez zamawiającego art.24 ust.1 pkt 17 w zw. z art.36 b ust.1 w zw. z art.7 ust.1 uznaje za nie wykazany.

Reasumując Izba na podstawie art.192 ust.2 pzp wobec nie potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu, co do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego, odwołania nie uwzględnia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego na rzecz przystępującego kwotę 3 600,00 zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

**Przewodniczący:** .....