

Sygn. akt: KIO 2693/15

## WYROK

z dnia 29 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Towarzystwo Handlowe ALPLAST Sp. z o.o. Sp. K., ul. Śliwkowa 1, 78-100 Niekanin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Slash Sp. z o.o., ul. Przyczółkowa 124, 02-968 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Towarzystwo Handlowe ALPLAST Sp. z o.o. Sp. K., ul. Śliwkowa 1, 78-100 Niekanin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Towarzystwo Handlowe ALPLAST Sp. z o.o. Sp. K., ul. Śliwkowa 1, 78-100 Niekanin** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) 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**

Postępowanie o udzielenie zamówienia na „dostawę i wyposażenie dla potrzeb Szpitala Pediatrycznego WUM w sprzęt informatyczny z podziałem na pakiety, prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Warszawski Uniwersytet Medyczny. Wykonawca - Towarzystwo Handlowe Alplast Sp. z o.o. Sp. k. z Niekanina [Odwołujący] wniósł w tym postępowaniu odwołanie od niezgodnej – jego zdaniem - z przepisami ustawy Pzp czynności, polegającej na: odrzuceniu w zakresie Pakietu 1: Dostawa komputerów stacjonarnych – jego oferty. Odwołujący zarzucił naruszenie w tym postępowaniu następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Alplast do złożenia wyjaśnień;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy PZP z uwagi na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego; (3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; oraz (4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Stwierdził ponadto, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ w wyniku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą ofertę. W kryterium cenowym oferta Alplast znajduje się na drugiej pozycji i tylko nieznacznie przegrywa z ofertą Slash sp. z o.o., tj. o 1, 84 pkt. Natomiast w kryterium „Gwarancja” oferta Odwołującego zdobyłaby o 5 pkt więcej niż oferta Slash sp. z o.o., ponieważ Odwołujący zaproponował 72 miesięczny okres gwarancji, tj. o 12 m-cy dłuższy od zaoferowanego przez tego wykonawcę (i najdłuższy spośród wszystkich złożonych ofert), a Zamawiający przyznawał 5 pkt za każde pełne 12 m-cy okresu gwarancji powyżej 48 m-cy. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego się. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Reasumując stwierdził, że powyższe czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania. W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów, stwierdził, co następuje:

## 1. Pozycja 5 Formularza 2.1. - BIOS

Alplast w poz. 5 Formularza wymaganych warunków technicznych (Załącznik nr 2.1) zaferował BIOS 9095x64. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie niektórych funkcjonalności BIOSu, argumentując, że zgodnie z jego wiedzą wymagane funkcjonalności nie zostaną spełnione. W odpowiedzi Wykonawca oświadczył, że BIOS zostanie przygotowany przez producenta na specjalne zamówienie i będzie spełniał funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podniósł, że oferowany BIOS 9095x64 nie spełnia wymagań, a modyfikacja tego oprogramowania, jego zdaniem, jest nierealna, bowiem żaden z producentów BIOS-ów (Award, AMi, Phénix) nie opracowuje wersji BIOS-u pod konkretne zamówienia, bowiem projektowanie/uaktualnianie BIOS-u, (któremu nadawane jest określone oznaczenie) jest procesem długotrwałym, wymagającym testowania, sprawdzania pod kątem błędów, który ma zapewnić optymalną obsługę podzespołów komputerowych, a także stabilność procesów wykonywanych przez jednostkę centralną oraz zapewnianie poprawnej pracy. Ponadto wskazał, że Wykonawca nie uprawdopodobnił możliwości modyfikacji BIOS-u przez producenta. Zamawiający nie uargumentował skąd czerpie wiedzę, że Odwołujący nie mógłby uzyskać BIOSu przystosowanego do wymagań niniejszego Postępowania. Istotny jest natomiast fakt, że ustalenia Zamawiającego są sprzeczne ze stanem faktycznym. Odwołujący wielokrotnie otrzymywał zmodyfikowane (spersonalizowane) na jego zamówienie wersje BIOS od producentów płyt głównych, m.in. ASUS, Gigabyte czy MSI. Jest to normalna praktyka rynkowa. Ponadto warto podkreślić, że zmodyfikowane wersje BIOS są przez producenta testowane pod kątem błędów i optymalnej obsługi podzespołów komputerowych, a także stabilności i poprawności działania. Alplast wielokrotnie dostarczał klientom komputery z płytami głównymi, których BIOS został zmodyfikowany przez producenta płyty głównej i nie odnotował żadnych problemów z poprawnością czy stabilnością pracy. Dlatego też twierdzenie Zamawiającego, że modyfikacja BIOS przez producenta na zamówienie Odwołującego jest nierealna, należy uznać za nieprawdziwe i nieuprawnione. Wyjaśnił – jego zdaniem - w sposób niebudzący wątpliwości, że spełni wymagania Zamawiającego w zakresie BIOSu. Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby wyjaśnienia te zdyskwalifikować. Zwłaszcza, że przystosowywanie urządzeń pod kątem wymagań konkretnych postępowań o udzielenie zamówienia na dostawę sprzętu komputerowego jest powszechną praktyką. Ilość parametrów i ich różnorodność wymusza na producentach elastyczne podejście do realizacji indywidualnych zleceń. Stwierdził ponadto, że podobna kwestia była przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku KIO 904/15 w uzasadnieniu, którego: „Izba uznała za rzeczowy argument, że odnośnie funkcjonalności BIOSU to decydujące jest stanowisko producenta,

gdyż ten podmiot może "ustawić" BIOS i dokonać wymaganej modyfikacji dla konkretnego sprzętu konfigurowanego dla danego postępowania. Skoro, w tym postępowaniu, producent urządzenia oświadcza, że oferowany przez Przystępujących sprzęt jest sprzętem posiadającym wszystkie kwestionowane przez Odwołującego funkcjonalności, to jest to dowód mający, w ocenie Izby, znaczenie przesądzające dla sprawy." Reasumując wnioskuję o przeprowadzenie dowodu z oświadczenia producenta (załącznik nr 6), na okoliczność spełniania przez zaoferowany BIOS wymagań Zamawiającego.

#### 2) Pozycja 11 Formularza 2.1. - PORT RS 232

Zamawiający wymagał, aby oferowany komputer posiadał min. 1 port RS232. W poz. 11 Formularza wymaganych warunków technicznych (Załącznik nr 2.1), jak również w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Odwołujący potwierdził, że zaoferowana płyta główna ASUS Q87M-E posiada port RS232, który jest wyprowadzony na tylny panel obudowy. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podniósł, że ze specyfikacji technicznej producenta ww. płyty wynika, że płyta ta nie posiada wymaganego portu, i w świetle powyższego spełnienie tego warunku może być osiągnięte wyłącznie w wyniku zastosowania konwerterów, przejściówek, adapterów itp., których użycia Zamawiający nie dopuścił. Zdaniem wykonawcy, twierdzenia Zamawiającego są bezzasadne, ponieważ płyta ASUS Q87M-E posiada dwa wewnętrzne, zintegrowane z płytą główną porty RS-232 (COM). Wyprowadzenie takiego portu na zewnątrz obudowy wykonuje się poprzez dedykowany przez producenta płyty głównej interfejs, który w żaden sposób nie stanowi konwertera, przejściówki ani adaptera, których rzeczywiście Zamawiający nie dopuścił. Wykonawca przedstawił na fotografii oferowaną przez wykonawcę płytę główną oraz zobrazował na rysunku wyprowadzenie na zewnątrz obudowy, co nie wymaga konwerterów, przejściówek, adapterów, [rysunek wyjścia na zewnątrz obudowy].

#### 4) Pozycja 18 Formularza 2.1. - OPROGRAMOWANIE MANAGEABILITY COMMANDER TOOL

W poz. 18 Formularza wymaganych warunków technicznych (Załącznika nr 2.1) Odwołujący zaoferował oprogramowanie Manageability Commander Tool. Zamawiający wezwał Alplast do wyjaśnienia treści oferty w zakresie spełniania przez oferowane oprogramowanie wymagań funkcjonalnych Zamawiającego, argumentując, że zgodnie z jego wiedzą wymagana funkcjonalność nie zostanie spełniona. W odpowiedzi Odwołujący oświadczył, że jest producentem ww. oprogramowania oraz że oprogramowanie to spełnia wszystkie wymagania. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, że zgodnie z powszechną wiedzą oprogramowanie Manageability Commander Tool jest oprogramowaniem open sourceowym firmy Intel, dedykowanym do obsługi technologii vPro, zaimplementowanym w procesorach firmy Intel i w wersji oficjalnie publikowanej do wykorzystania nie spełnia wymagań. Zamawiający podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie

do wyjaśnienia Zamawiającego Wykonawca nie uprawdopodobnił, że jest podmiotem uprawnionym do jego kopiowania, modyfikacji, wynajmowania, sprzedawania oraz rozpowszechniania, zgodnie z postanowieniami licencji producenta Intel Corporation w 2200 Mission College Blvd., Santa Clara, Kalifornia 95 052. Zdaniem Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 23 listopada 2015 r. Alplast wyjaśnił, że jest producentem zaoferowanego oprogramowania Manageability Commander Tool i potwierdził, że posiada ono funkcjonalność wymaganą przez Zamawiającego. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że „Wykonawca nie uprawdopodobnił, że jest podmiotem uprawnionym do kopiowania, modyfikacji, wynajmowania oraz rozpowszechniania” oprogramowania Manageability Commander Tool firmy Intel, na którym bazuje oprogramowanie produkowane przez Odwołującego. Jak wskazał sam Zamawiający, oprogramowanie to jest dystrybuowane przez firmę Intel w licencji open source, która pozwala na kopiowanie, modyfikację, wynajmowanie oraz rozpowszechnianie oprogramowania bez ograniczeń. Firma Intel wręcz promuje wykorzystywanie i modyfikowanie oprogramowania Manageability Commander Tool przez producentów komputerów w ich produktach. Wobec powyższego sam charakter oprogramowania w sposób wyczerpujący wskazuje możliwość jego kopiowania, modyfikacji, wynajmowania, sprzedawania oraz rozpowszechniania przez Alplast. Wykonawca podał, że cechą immamentną programów open source, do których niewątpliwie należy Manageability Commander Tool jest m.in.:

- 1) Licencja nie może zabraniać żadnym stronom sprzedawania lub rozdawania oprogramowania, jako komponentu zbiorczej dystrybucji oprogramowania, zawierającej oprogramowanie z kilku różnych źródeł. Licencja nie może wymagać honorarium lub innych korzyści z takiej sprzedaży,
- 2) Licencja musi zezwalać na modyfikacje oraz prace pochodne i musi zezwalać na ich rozpowszechnianie na takich samych warunkach jak oprogramowania oryginalnego (źródłowego),
- 3) Licencja nie może dyskryminować żadnych osób lub grup osób,
- 4) Licencja nie może zabraniać nikomu używania programu w jakimś specyficznym rodzaju zastosowania. Na przykład nie może zastrzec użycia programu w biznesie lub badaniach genetycznych,
- 5) Licencja nie może zawierać ograniczeń dla innego oprogramowania, które jest rozprowadzane wraz z oprogramowaniem objętym licencją. Na przykład licencja nie może wymagać, aby wszystkie programy rozpowszechniane na tym samym nośniku były programami open-source.

Reasumując stwierdził, że oprogramowanie Manageability Commander Tools służy do wsparcia funkcjonalności Intel vPro i jest komponentem składowym pakietu produkcyjnego

pod nazwą ALPLAST DIAGNOSITC TOOLS, oprogramowanie to zostało dostosowane do potrzeb integracji z pakietem oraz zostało przetłumaczone na język polski przez producenta komputera - firmę ALPLAST. Wykorzystanie przez Developerów kodu źródłowego firmy Intel dostępnego w ramach projektu Open Source Manageability Commander Tool jest zalecaną przez Intel'a metodą wdrożenia technologii Intel vPto w produktach własnych i rozwiązaniach sprzętowych zewnętrznych producentów.

#### 4) Pozycja 22 Formularza 2.1. - CZAS REAKCJI MATRYCY

W poz. 22 Formularza wymaganych warunków technicznych Załącznika nr 2.1) Zamawiający wymagał, aby zaoferowany monitor posiadał czas reakcji matrycy nie dłuższy niż 8 ms, przy czym Zamawiający nie sprecyzował, czy wymaganie dotyczy czasu reakcji „szary do szarego”, „czarny do czarnego” czy „czarny do białego”. Wśród producentów występuje duże zróżnicowanie w sposobie podawania czasu reakcji. Zamawiający nigdzie nie określił, której wartości dotyczyło jego wymaganie. Nie wskazał też według, jakich standardów należy ten parametr badać. Wobec spełnienie tego wymagania według któregośkolwiek ze standardów należało uznać za w pełni wystarczające. Zawłaszcza, że według standardu ISO, żaden z zaoferowanych monitorów tego wymagania nie spełnia. W związku z powyższym wykonawca zaoferował monitor, którego czas reakcji „szary do szarego”, tj. według standardu GTG wynosi 5 ms i spełnia wymagania Zamawiającego. Wartość ta nie przekracza 8 ms, w związku z tym zaoferowany monitor spełnia wymagania zawarte w SIWZ. Wg standardów jakości ISO, czas reakcji to czas przejścia pojedynczego piksela matrycy ciekłokrystalicznej ze stanu zapalonego (biały) do stanu zgaszonego (czarny), a następnie ponownie do stanu zapalonego (biały). Znaczna część producentów określa czas reakcji w innym standardzie, tj. GTG (ang. gray to gray), w którym mierzy się czas przejścia piksela o kolorze szarym (tj. świecącego z jasnością mniejszą niż maksymalna) do stanu zgaszonego, a następnie ponownie do stanu zapalonego emitującego kolor szary. Jako iż określenie wielkości natężenia jasności jako "szary" jest wysoce nieprecyzyjne, standardy ISO nie dopuszczają takich testów do określania czasu reakcji matrycy - podana przez producenta wartość reakcji może być w ten sposób znacznie zaniżona. Niezależne testy monitorów wskazują czasami nawet dwukrotnie dłuższe rzeczywiste czasy reakcji matrycy niż podane w specyfikacji danego monitora. Podał także, że kwestię pomiaru czasu reakcji monitora wyjaśnia też artykuł, który można znaleźć pod następującym linkiem: [http://www.prad.de/en/monitore/shownews\\_faq402.html](http://www.prad.de/en/monitore/shownews_faq402.html) i przytoczył przetłumaczoną treść tego tekstu. Podał także, że kwestia ta nie była przedmiotem wyjaśnień. W orzecznictwie dostrzega się, że zamawiający przed odrzuceniem oferty musi dokonać ustalenia, że zaoferowany przez odwołującego sprzęt nie posiada wymaganych przez zamawiającego cech. Zamawiający winien, zatem podjąć działania zmierzające do wyjaśnienia treści oferty, jeśli budzi ona wątpliwości, czy zawiera wewnętrzne sprzeczności, które nie pozwalają na

jednoznaczne przesądzenie o zgodności z SIWZ (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Zaś w przypadku dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający także powinien na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwać do wyjaśnienia dokumentu. Podniósł również, że inni wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone, również wykazali spełnienie wymagania Zamawiającego wyłącznie w zakresie „szary - szary”. Zamawiający w stosunku do pozostałych wykonawców nie miał żadnych wątpliwości, co do spełnienia jego wymagań, a jedynie w stosunku do Odwołującego wymagał wykazania spełnienia wymagania w szerszym zakresie, według zdecydowanie bardziej restrykcyjnych wymagań. Takie działanie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie**, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp:

1. uwzględnił zarzut dotyczący pozycji 22 Formularza 2.1. - CZAS REAKCJI MATRYCY;
2. w zakresie pozostałych zarzutów według pozycji 5, 11 oraz 18 Formularza 2.1 [BIOS, PORT RS 232, i OPROGRAMOWANIE MANAGEABILITY COMMANDER TOOL], podtrzymał stanowisko wyrażone w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, wskazując, że zaoferowany komputer TH Alplast, typ: ADS, model: S25, oparty o powszechnie znane rozwiązania sprzętowe i programowe, powinien spełniać wymagania określone w SIWZ na dzień składania ofert, a mianowicie:
  - a. Płyta główna ASUS Q87M - E, opisana w sposób wyczerpujący na stronie producenta [www.asus.com/pl/Motherboards/Q87ME/specifications/](http://www.asus.com/pl/Motherboards/Q87ME/specifications/) wskazuje, iż BIOS nie spełnia funkcjonalności wymaganej w poz. 5 Formularza wymaganych warunków technicznych, jak również oferta w tym zakresie nie zawiera informacji lub też dokumentów potwierdzających, że BIOS ten zostanie zmodyfikowany do wymaganej funkcjonalności.
  - b. Opis płyty głównej wskazuje jednoznacznie, że płyta nie jest wyposażona w wymagany port RS 232 i tym samym wykazanie tego portu przez Odwołującego w poz. 11 ww. Formularza zaprzecza oświadczeniu złożonemu w tej pozycji, iż „wymagana ilość portów i rozmieszczenie nie jest osiągnięte w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek, adapterów, itp. ”
  - c. Oprogramowanie zaoferowane w poz. 18 Formularza wymaganych warunków technicznych Manageability Commander Tool (opensourcełowe), dostępne na stronie producenta Intel pod adresem: <https://software.intel.com/en-us/blogs/2015/07/10/manageability-commander-web-edition>, nie spełnia, wymaganej j.w. funkcjonalności.

W zakresie zarzutu poz.5 Formularza - BIOS, Zamawiający podał, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty wskazał, iż: „BIOS jest w wersji



przygotowanej przez Producenta na specjalne zamówienie" i posiada wymaganą funkcjonalność. Wobec powyższego Odwołujący jednoznacznie wskazał na producenta BIOS-u tj. AMI, zgodnie z informacją zawartą w specyfikacji płyty głównej (str. 2). Dalej podał, że producenci BIOS-ów (Award, AMI, Phenix), nadają modyfikowanym produktom zmieniony numer wersji, do których up greadują użytkownicy. Tej możliwości również Zamawiający wymagał w poz. 16 Formularza wymaganych warunków technicznych. Oświadczenie Asus z dn. 10.12.2015 r., tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej (02.12.2015r.), stanowiące załącznik nr 6 do odwołania, zmienia stanowisko Odwołującego w tej kwestii, jak również powstaje wątpliwość czy ASUS, zapewni kolejne wersje, o których mowa w poz. 16 ww. Formularza. W opinii Zamawiającego, wykonawca dwukrotnie zmienił treść oświadczenia, pierwotnie oferując oprogramowanie standardowe, następnie modyfikowane przez producenta, a w wyniku braku akceptacji wyjaśnień przez Zamawiającego, producenta płyty głównej, posiłkując się oświadczeniem złożonym na potrzeby odwołania, nie zaś oferty. Jednoznacznym dla Zamawiającego wydaje się fakt, że funkcjonalności BIOS-u, do wymagań określonych przez Zamawiającego w poz. 5 Formularza wymaganych warunków technicznych, wraz ze stosownym dokumentem potwierdzającym, że producent płyty głównej dokona tej modyfikacji winny być złożone wraz z ofertą, tj. z zachowaniem terminu składania ofert.

W zakresie zarzutu z poz.11 Formularza - PORT RS 232 - Zamawiający wyjaśnił, że uzyskanie wymaganego portu możliwe jest wyłącznie przy zastosowaniu złącza pośredniego powszechnie nazywanego, przez podmioty zajmujące się ich sprzedażą, adapterem lub przejściówką z portu COM (2 złącza portu COM zgodnie z informacją zawartą w opisie płyty głównej) do RS 232 na śledziu (wydruki ze stron w załączeniu) wskazując, iż rodzaj tego złącza wpisuje się w definicję zawartą w encyklopedii PWN, która wyjaśnia pojęcie adapter [ang. < łac], „zespół lub element łączący 2 zespoły urządzenia albo jedno urządzenie z drugim w celu umożliwienia ich właściwej współpracy lub pełnienia przez nie określonej funkcji". Nie ulega wątpliwości, że bez użycia adaptera RS 232 nie jest możliwym bezpośrednio podłączenie urządzeń wyposażonych we wtyk RS 232 do portu COM.

W zakresie zarzutu z poz. 18 Formularza – OPROGRAMOWANIE – Zamawiający stwierdził, że oprogramowanie, które Odwołujący zamierza zaoferować nosi nazwę Alplast Diagnostc Tools, nie zaś jak wskazano w ofercie Manageability Commander Tool. Tym samym nie ulega wątpliwości, iż dochodzi do nieuprawnionej zmiany treści oferty w powyższym zakresie, bowiem ani oferta, ani treść wyjaśnień Odwołującego w tym zakresie nie zawiera informacji o powyższym oprogramowaniu.

**Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Slash sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania w całości.**

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzuty w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego, dotyczące określonych w Pakiecie 1 parametrów technicznych z pozycji 5 oraz 11 i 18 według załącznika nr 2.1. – Formularz wymaganych warunków technicznych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, że Odwołujący zaoferował w tym Pakiecie komputery stacjonarne, Producenta: TH ALPLAST, model: ASD S25. W zakresie pozycji 5 zgodnie z wymaganiami Formularza podał wersję BIOS - 9095x64, w zakresie pozycji 11 wskazał, co do spornego parametru, na 1 x RS232, zaznaczając, że wymagana ilość portów i rozmieszczenie nie jest osiągnięta w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek, adapterów itp., a z kolei, co do pozycji 18 wykonawca wskazał tylko na nazwę: Manageability Commander Tool, aczkolwiek wymagane było podanie nazwy i wersji oprogramowania. Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, w piśmie z dnia 20 listopada 2015 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wskazanych parametrów technicznych, dotyczących zaoferowanych komputerów i wskazując na strony internetowe producentów, podał, że:

- 1) w poz. 5 w zakresie funkcjonalności zaoferowanej wersji BIOS: 9095x64, oferowana płyta Asus Q87M-E nie posiada następujących funkcjonalności: możliwości ustawienia portów USB w trybie „no BOOT”, czyli podczas startu komputer nie wykrywa urządzeń typu USB, dopiero po uruchomieniu systemu operacyjnego porty USB są aktywne oraz nie posiada możliwości wpisania unikalnego numeru nadanego przez użytkownika np. numeru inwentarzowego komputera;
- 2) w poz. 11 w zakresie wymaganego portu RS232, płyta główna nie posiada wymaganego portu. Zamawiający jednocześnie poinformował, że nie dopuścił osiągnięcia wymaganej liczby portów w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek, adapterów, itp.;
- 3) w poz. 18 w zakresie funkcjonalności zaoferowanego dodatkowego oprogramowania Manageability Commander Tool - nie spełnia ono wymagań, co do: informowania administratora o otwarciu obudowy; zdalnego zablokowania stacji dysków, portów szeregowych, równoległych, USB; zdalnego uaktualniania BIOS zarówno na pojedynczym komputerze a także na grupie komputerów w tym samym czasie; zdalnej konfiguracji BIOS w czasie rzeczywistym, w tym co najmniej ustawienia hasła, wpisania unikalnego numeru nadanego przez użytkownika np. numeru inwentarzowego komputera, sekwencji

startowej, włączenia/wyłączenia portów USB, włączenia/wyłączenia karty dźwiękowej; zdalnego wyłączenia oraz restartu komputera sieci poprzez sieć komputerową.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w piśmie z dnia 23 listopada 2015 r. podał, że:

- 1) BIOS jest w wersji przygotowanej przez Producenta na indywidualne zamówienie i posiada następującą funkcjonalność: możliwość ustawienia portów USB w trybie „no BOOT”, czyli podczas startu komputer nie wykrywa urządzeń typu USB, natomiast po uruchomieniu systemu operacyjnego porty USB są aktywne oraz, że posiada możliwość wpisania unikalnego numeru nadanego przez użytkownika np. numeru inwentarzowego komputera;
- 2) płyta główna posiada wymagany port, który jest wyprowadzony na tylny panel obudowy;
- 3) producentem oprogramowania Manageability Commander Tool jest TH ALPLAST i spełnia ono wymagania Zamawiającego w zakresie: informowania administratora o otwarciu obudowy; zdalnego zablokowania stacji dysków, portów szeregowych, równoległych, USB; zdalnego uaktualniania BIOS zarówno na pojedynczym komputerze a także na grupie komputerów w tym samym czasie; zdalnej konfiguracji BIOS w czasie rzeczywistym, w tym, co najmniej ustawienia hasła, wpisania unikatowego numeru nadanego przez użytkownika np. numeru inwentarzowego komputera, sekwencji startowej, włączenia/wyłączenia portów USB, włączenia/wyłączenia karty dźwiękowej; zdalnego wyłączenia oraz restartu komputera sieci poprzez sieć komputerową.

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący składając ofertę w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie Pakietu 1 i oferując komputer TH Alplast, typ: ADS, model: S25, oparty o powszechnie znane rozwiązania sprzętowe i programowe, powinien wykazać na dzień składania ofert spełnianie określonych specyfikacją wymagań, w tym przypadku w zakresie poz.5 [BIOS], poz. 11 [PORT RS 232], oraz poz. 18 [OPROGRAMOWANIE]. Tak jak wykazał Zamawiający płyta główna ASUS Q87M - E, opisana w sposób wyczerpujący na stronie producenta potwierdza, że BIOS: 9095x64 wymieniony w ofercie Odwołującego nie spełnia funkcjonalności wymaganej w poz. 5 Formularza wymaganych warunków technicznych, jak również oferta w tym zakresie nie zawiera informacji lub też dokumentów potwierdzających, że BIOS ten zostanie zmodyfikowany do wymaganej funkcjonalności. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że Odwołujący dopiero w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty odnośnie pozycji 5 rozszerza jej treść podając, że „BIOS jest w wersji przygotowanej przez Producenta na specjalne zamówienie”, co oznacza, że taką wersję miałby przygotować producent BIOS-u tj. AMI, zgodnie z informacją zawartą w specyfikacji płyty głównej (str 2). Zdaniem Izby taka modyfikacja wiązałaby się z pewnością z nadaniem przez

producenta AMI [podobnie, jak czynią to inni producenci BIOS-ów: Award, czy Phenix], zmodyfikowanemu produktowi zmienionego numeru wersji, do których up greadują użytkownicy. Tym samym uwzględnienie oświadczenia producenta płyty głównej ASUS z dnia 10.12.2015 r., złożone po upływie terminu składania ofert [wyborze oferty najkorzystniejszej], prowadziłoby do zmiany treści oferty Odwołującego. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że wykonawca dwukrotnie zmierzał do zmiany treści oferty w tej pozycji, pierwotnie oferując oprogramowanie standardowe, następnie powołując się na zmodyfikowane oprogramowanie, co miało potwierdzać oświadczenie producenta płyty głównej, złożone przez wykonawcę na potrzeby odwołania, Izba stwierdza, że ewentualne możliwe modyfikacje funkcjonalności BIOS-u, do wymagań określonych przez Zamawiającego w poz. 5 Formularza, potwierdzone stosownym oświadczeniem, stwierdzającym, że producent płyty głównej dokona tej modyfikacji, powinny być złożone wraz z ofertą. Izba zauważa także, że Odwołujący nie wykazał w toku rozprawy, że podpisujący oświadczenie przedstawiciel handlowy producenta płyty głównej był uprawniony do składania takich deklaracji, zważywszy, że modyfikacja dotyczyła BIOS -u, a zatem produktu innego producenta [AMI]. Izba zwraca także uwagę, że w oświadczeniu nie odniesiono się ogólnie do BIOS, a nie do konkretnie oferowanego w Formularzu oferty - BIOS 9095x64. Także opis płyty głównej wskazuje jednoznacznie, że płyta nie jest wyposażona w wymagany port RS 232 i tym samym wykazanie tego portu przez Odwołującego w poz. 11 Formularza zaprzecza jednocześnie oświadczeniu złożonemu w tej pozycji, że „wymagana ilość portów i rozmieszczenie nie jest osiągnięte w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek, adapterów, itp.” Także z wyjaśnień Odwołującego składanych w toku roprawy, wynika, że uzyskanie wymaganego portu możliwe jest wyłącznie przy zastosowaniu złącza pośredniego powszechnie nazywanego, przez podmioty zajmujące się ich sprzedażą, adapterem lub przejściówką z portu COM (2 złącza portu COM zgodnie z informacją zawartą w opisie płyty głównej) do RS 232 na śledziu [„kabelku”, jak to oznaczał Odwołujący]. To oznacza, że bez użycia adaptera RS232 nie jest możliwym bezpośrednie podłączenie urządzeń wyposażonych we wtyk RS 232 do portu COM. Również oprogramowanie oferowane w poz. 18 Formularza - Manageability Commander Tool (opensourcełowe) producenta Intel nie spełnia, wymaganej funkcjonalności. Co prawda w wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że jego zamiarem było zaoferowanie zmodyfikowanej wersji oprogramowania Manageability Commander Tool, którego producentem będzie Alplast, jednakże oferta nie zawiera takiej informacji. Nie wykazano także, że możliwość modyfikacji tego oprogramowania pozwala na jego używanie pod jego pierwotną macierzystą nazwą. Tym samym Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że uwzględnienie wyjaśnień wykonawcy prowadziłoby do nieuprawnionej zmiany treści oferty w tym zakresie.

Reasumując Izba zwraca uwagę na art.190 ust.1 ustawy Pzp, który nakłada na strony i uczestników postępowania odwoławczego obowiązek wskazania dowodów niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy. Tak jak wskazano hipotetyczne twierdzenia wykonawcy, co do możliwych modyfikacji parametrów w poz.5 i 18, nieujawnione w ofercie, nie zostały poparte wymaganymi dowodami. Z kolei parametr z poz.11, w miejsce skorzystania z procedury wyjaśnień, o której stanowi art. 38 ust.1 ustawy Pzp, został zinterpretowany przez wykonawcę w sposób prowadzący do nieuprawnionej jego modyfikacji w miejsce wymaganego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....