

Sygn. akt KIO 1906/18

WYROK

z dnia 9 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 października 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2018 r. przez wykonawcę **Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Sąd Apelacyjny w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 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,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** na rzecz zamawiającego **Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu** kwotę **1 864 zł 70 gr** (słownie: tysiąc osiemset sześćdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu na posiedzenie.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Sąd Apelacyjny w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Zakup laptopów dla sądów apelacji poznańskiej* w podziale na dwie części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018r. poz. 1986), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2018 r. pod numerem 2018/S 116-263367.

W dniu 22 września 2018 r. wykonawca Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Koncept”, mimo iż oferta ta w części 1 i 2 nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Koncept z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo przedstawienia informacji, dotyczących części 1 i 2 postępowania, a wprowadzających Zamawiającego w błąd, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dotyczących spełniania warunków pozwalających na przyznanie dodatkowej punktacji w części 1 i 2 postępowania w zakresie parametru „klawiatura pokryta powłoką antybakteryjną”;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Koncept, mimo iż oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści z SIWZ, jak również z uwagi na fakt, iż wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, bowiem wprowadzała w błąd w zakresie parametrów dodatkowo punktowanych w części 1 i 2 postępowania;
4. w konsekwencji powyższego naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Koncept w części 1 i 2

postępowania jako najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy Koncept w części 1 i 2 postępowania, wykluczenia wykonawcy Koncept i w konsekwencji odrzucenie jego oferty jako wykonawcy wykluczonego w części 1 i 2 postępowania, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 1 i 2 postępowania.

Odwołujący wskazywał, że zaoferowane przez Koncept notebooki w ramach części 1 - Laptop typ 1-2018/2 - standardowy sprzęt marki Lenovo ThinkPad L580, zaś w części 2 - Laptop typ 2-2018/2 - ponadstandardowy sprzęt marki Lenovo ThinkPad X1 Carbon nie spełniają wymagań określonych w SIWZ, bowiem nie posiadają w BIOS bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych możliwości odczytania z BIOS informacji o kontrolerze audio. Nie posiadają również w BIOS możliwości włączenia/wyłączenia funkcjonalności Wake On LAN/WLAN - zdalne uruchomienie komputera za pośrednictwem sieci LAN i WLAN – min. trzy opcje do wyboru: tylko LAN, tylko WLAN, LAN oraz WLAN. BIOS notebooków LENOVO nie posiada wymaganych trzech opcji. Posiada możliwość włączenia i wyłączenia Wake On LAN. Nie posiada osobnej możliwości włączenia i wyłączenia Wake On WLAN, tym samym nie ma możliwości ustawienia wszystkich trzech wymaganych: tylko LAN, tylko WLAN, LAN oraz WLAN. W związku z powyższym zaoferowane przez Koncept notebooki nie spełniają wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ, co oznacza, że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona.

Odwołujący podnosił również, że zgodnie z oświadczeniem Koncept oba oferowane typy laptopów posiadają klawiaturę pokrytą powłoką antybakteryjną. Zamawiający powziął w tym zakresie wątpliwości i wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia czy notebook posiada klawiaturę antybakteryjną, jednakże wątpliwości dotyczyły wyłącznie notebooka marki Lenovo ThinkPad L580. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, Koncept potwierdził, że oferowany przez niego sprzęt marki Lenovo ThinkPad L580 posiada taką powłokę oraz przedłożył dokument w postaci oświadczenia podpisanego przez p. D. Z. . Odwołujący wskazywał, że wiarygodność oświadczenia złożonego w piśmie z dnia 14 sierpnia 2018 r. budzi wątpliwości, bowiem z żadnego innego dokumentu, jak chociażby dokumentu umocowania ze strony Lenovo Technology B,V. sp. z o.o. Oddział w Polsce dla składającego oświadczenie D. Z. nie wynika, by osoba która podpisała oświadczenie miała odpowiednią wiedzę i uprawnienie do jego złożenia. Informacje powyższe, jakoby zaoferowane sprzęty posiadały antybakteryjne klawiatury, nie są zgodne z prawdą, bowiem zarówno laptopy Lenovo ThinkPad L580, jak i laptopy Lenovo ThinkPad X1 Carbon nie dysponują takimi funkcjonalnościami. Wynika to wprost z powszechnie dostępnych, również w internecie, materiałów producenta. Gdyby istotnie taką funkcjonalność wskazane wyżej laptopy posiadały,

znalazłoby to odzwierciedlenie w oficjalnej dokumentacji technicznej producenta dostępnej na stronach internetowych producenta na całym świecie. W związku z powyższym Zamawiający winien wykluczyć wykonawcę Koncept z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Następnie pismem z dnia 1 października 2018 r. Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie na rozprawie dowodów w postaci zeznań 4 świadków na okoliczność sposobu weryfikacji podczas demonstracji w dniu 26 lipca 2018 r. parametrów urządzeń zaoferowanych przez Koncept i ich zgodności z OPZ celem wykazania niezgodności parametrów oferowanych urządzeń z SIWZ i OPZ; prezentacji urządzenia zaoferowanego przez Koncept marki Lenovo ThinkPad L580 na okoliczność niezgodności parametrów oferowanych przez Koncept urządzeń z SIWZ i OPZ; opinii sporządzonej przez biegłego wpisanego na listę biegłych Sądu Okręgowego w Warszawie, która zostanie przedłożona na rozprawie na okoliczność niezgodności parametrów oferowanych przez Koncept urządzeń z SIWZ i OPZ.

W ocenie Odwołującego prezentacja została przeprowadzona na tyle ogólnie i nierzetelnie, że jej wyniki nie zweryfikowały urządzenia Koncept w sposób pozwalający na stwierdzenie zgodności parametrów urządzenia z SIWZ. Protokół z przeprowadzonej demonstracji jest na tyle ogólnikowy, że nie poddaje się jakiegokolwiek weryfikacji. Wskazywał, że dysponuje sprzętem zaoferowanym przez Koncept i stwierdzał, że sprzęt ten nie posiada parametrów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ. Nadto podnosił, że gdyby Zamawiający kwestionował wartość dowodową przedstawionej na rozprawie opinii biegłego, to wnosił o dopuszczenie w trybie art. 190 ust. 4 ustawy Pzp dowodu z pisemnej opinii biegłego do spraw informatyki na okoliczność niezgodności parametrów oferowanych przez Koncept urządzeń z postanowieniami SIWZ oraz OPZ. W ocenie Odwołującego wnioskowane dowody nie przedłużą w istotny sposób postępowania, a przyczynią się do jego właściwego i prawidłowego rozstrzygnięcia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W piśmie procesowym przedłożonym na posiedzeniu wskazywał, że poza zawartym w treści odwołania lakonicznym stwierdzeniem, że wymogi nie zostały spełnione w odniesieniu do ofertowanych przez Przystępującego komputerów, Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił, jak i nie udowodnił zarzutu.

Przystępujący wskazywał, że informacje o kontrolerze audio znajdują się w Lenovo Diagnostics, stanowiącej część BIOS-u. Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego dostęp do tych danych realizowany jest bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego

komputera lub innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych. Spełnienie ww. wymagania zostało wykazane w trakcie demonstracji oferowanych urządzeń, czego potwierdzeniem jest protokół z tej oceny, ze wskazaniem Zamawiającego, że BIOS spełnia wymagania SIWZ. Podkreślał także, że Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ sposobu realizacji kwestionowanych funkcjonalności, w tym np. nie zastrzegł, że mają być one (trzy opcje do wyboru) spełnione przy pomocy jednej funkcji menu BIOS lub przy uruchomionych równocześnie obu kartach sieciowych.

Podnosił ponadto, iż w treści SIWZ jako przykładowe komputery spełniające wymagania OPZ Zamawiający wymienił m.in.: LENOVO E580 dla części 1 oraz Lenovo ThinkPad X1 Carbon dla części 2. Zamawiający poinformował zatem wykonawców, jeszcze przed upływem terminu składania ofert, iż uznaje BIOS ww. modeli komputerów za spełniający wymagania SIWZ, w tym w zakresie możliwości odczytania informacji o kontrolerze audio. Przystępujący dla części 1 zaoferował laptop Lenovo ThinkPad L580, będący modelem wyższej linii produktowej w stosunku do ThinkPad E580, który posiada ten sam typ BIOS co E580. Z kolei, dla części 2 Przystępujący zaoferował model ThinkPad X1 Carbon, a zatem dokładnie ten sam model, który Zamawiający wymienił w SIWZ. Wymaga również podkreślenia, że funkcjonalność BIOS w omawianym zakresie w obu modelach zaoferowanych laptopów jest identyczna. Uwzględniając powyższe, nie sposób twierdzić, iż zaoferowane przez Przystępującego urządzenia nie spełniają wymagań SIWZ.

Pismem z dnia 4 października 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Wskazywał, że podczas procesu badania ofert dokonał szczegółowej weryfikacji zgodności dostarczonych dokumentów ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Uwzględnił również dodatkowe oświadczenie producenta sprzętu przedłożone przez Przystępującego, wyjaśniające że zaoferowane w postępowaniu modele laptopów o numerach wskazanych w SIWZ są bazą dla zaoferowanych i skonfigurowanych na to konkretne zamówienie laptopów. Jednocześnie wykonawca potwierdził Zamawiającemu, że obydwie konfiguracje są dostępne i z punktu widzenia technologicznego, możliwe do dostarczenie. Zamawiający dla części 1 postępowania przeprowadził badanie ofert oraz zaprosił wykonawców do przeprowadzenia demonstracji oferowanego laptopa. W oparciu o wynik tej demonstracji, jak i całość przedłożonej dokumentacji, podjął decyzję o tym, że wyposażenie zaoferowanego laptopa przez Przystępującego, jak i Odwołującego, jest zgodne z postanowieniami SIWZ.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach

procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego oraz dowodach złożonych na rozprawie, prezentacji urządzenia, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 października 2018 r.

Co do przedłożonej opinii przez Odwołującego p. A. N. Izba potraktowała ją jako stanowisko własne Odwołującego wyrażone w dokumencie prywatnym. Nadto, Izba wskazuje, że z jej treści nie wynika, aby autor miał wgląd do pytań do specyfikacji zadanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi. Okoliczności te powodują, iż wartość dowodowa opinii w przedmiotowej sprawie jest znikoma i nie może mieć wpływu na stanowisko Izby.

Izba odmówiła dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków (wniosek Odwołującego). Zauważenia wymaga, iż badanie i ocena ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winno być dokonane przede wszystkim w oparciu o dokumentację tego postępowania, a nie zeznania świadków. Relacje osób będących pracownikami Zamawiającego sprowadzałyby się w istocie do przedstawienia stanowiska Zamawiającego odnośnie czynności, które zostały już przedstawione w treści pisma z dnia 26 lipca 2018 r. Zatem okoliczności mające być przedmiotem dowodu zostały wykazane dokumentami, co jest zrozumiałe, bowiem zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.

Izba odmówiła również dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki (wniosek Odwołującego). Zgodnie z art. 190 ust. 4 ustawy Pzp Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Izba uznała, iż wnioskowany przez Odwołującego dowód w postaci opinii biegłego sprowadzałby się *de facto* do przedstawienia wykładni dotyczącej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powodując nieuzasadnioną zwłokę postępowania odwoławczego, a w konsekwencji również prowadzonego przez

Zamawiającego postępowania. Mając to na uwadze Izba postanowiła wniosek dowodowy Odwołującego oddalić.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego, wydruków z Wikipedii dotyczących definicji niektórych pojęć, bowiem są zaczerpnięte ze źródła, które jest encyklopedią tworzoną przez internautów, nie zawiera zaś odzwierciedlenia stanu wiedzy technicznej.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zakup laptopów dla sądów apelacji poznańskiej wraz z zapewnieniem usług gwarancyjnych, w podziale na dwie części. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający specyfikację techniczną w podziale na poszczególne części zamówienia określono w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”.

Zgodnie z pkt 3.9 SIWZ *w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w Części 1 –Laptop typ 1-2018/2- standardowy, Zamawiający wymaga przeprowadzenia przez wykonawców demonstracji zaoferowanego w ofercie laptopa, w trakcie której urządzenie zostanie poddane weryfikacji zgodnie z zapisami w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) w pkt. 1, od 3 do 18. Demonstracja będzie przebiegała zgodnie z wymogami określonymi w załączniku nr 8 do SIWZ. Wykonawca wraz z ofertą musi dostarczyć laptop z zainstalowaną zaoferowaną wersją systemu operacyjnego. Podczas demonstracji badane będą parametry techniczne oraz funkcjonalności zadeklarowane przez Wykonawcę w Ofercie. Razem z laptopem powinny zostać złożone inne elementy sprzętowe, w tym zaoferowana torba, nagrywarka DVD, zasilacz, mysz bez których demonstracja funkcjonalności nie będzie możliwa. Zgodnie z pkt 13-15 załącznika nr 8 do SIWZ przeprowadzenie Demonstracji będzie udokumentowane pisemnym protokołem sporządzonym przez Zamawiającego celem włączenia go do akt postępowania przetargowego. W trakcie demonstracji Zamawiający będzie mógł zadawać pytania Wykonawcy w zakresie wymaganych funkcjonalności opisanych w ofercie, zmierzające wyłącznie do ustalenia czy dana funkcjonalności zadeklarowana w oświadczeniu Wykonawcy jest rzeczywiście realizowana przez oferowane urządzenie. W trakcie prowadzenia demonstracji Zamawiający nie dopuszcza jakiegokolwiek dyskusji ani pytań zadawanych przez innych Wykonawców.*

W wyznaczonym terminie złożono w zakresie części 1 i 2 dwie oferty: wykonawcy Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

W dniu 12 września 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 i 2 wykonawcy Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu związanego z wymogami dotyczącymi BIOSu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 22 załącznika nr 2 do SIWZ (dla obu części) Zamawiający wymagał, aby BIOS posiadał:

- *BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI.*
- *Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych odczytania z BIOS informacji o:*
 - *wersji BIOS,*
 - *nr seryjnego komputera,*
 - *pojemności zainstalowanej pamięci RAM,*
 - *MAC adresie zintegrowanej karty sieciowej,*
 - *zainstalowanej grafice,*
 - *kontrolerze audio.*
- *Funkcja blokowania/odblokowania BOOT-owania stacji roboczej z zewnętrznych urządzeń.*
- *Funkcja blokowania/odblokowania BOOT-owania stacji roboczej z USB*

- *Możliwość włączenia/wyłączenia funkcjonalności Wake On LAN/WLAN – zdalne uruchomienie komputera za pośrednictwem sieci LAN i WLAN – min. trzy opcje do wyboru: tylko LAN, tylko WLAN, LAN oraz WLAN.*
- *Możliwość włączenia/wyłączenia hasła dla dysku twardego.*

Nadto, Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wskazał przykładowe modele laptopów spełniających opis przedmiotu zamówienia: Lenovo E580; Dell Inspiron 15 5570 dla części 1 oraz Lenovo ThinkPad X1 Carbon (6th Gen); Dell XPS 13 dla części 2.

Przystępujący dla części 1 zaoferował laptop Lenovo ThinkPad L580, będący, zgodnie z oświadczeniem złożonym w piśmie procesowym (które to oświadczenie nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego) modelem wyższej linii produktowej w stosunku do ThinkPad E580, który posiada ten sam typ BIOS co E580. Dla części 2 Przystępujący zaoferował model ThinkPad X1 Carbon, a zatem ten sam, który Zamawiający wskazał jako przykładowy, spełniający opis przedmiotu zamówienia, w SIWZ. Odwołujący podnosił, że zaoferowane przez wykonawcę Koncept urządzenia nie posiadają możliwości odczytania z BIOS informacji o kontrolerze audio oraz trzech opcji do wyboru: tylko LAN, tylko WLAN, LAN oraz WLAN.

Izba uznała, że wobec wyraźnego wskazania przez Zamawiającego przykładowych modeli laptopów spełniających opis przedmiotu zamówienia w samej specyfikacji nie można dojść do wniosku, że oferta, w której zaoferowano taki model notebooka lub jego wyższą wersję podlega odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zresztą skoro Odwołujący nie zaskarżył postanowień SIWZ w zakresie produktu referencyjnego, który jakoby nie spełnia wymagań Zamawiającego, to postanowienia te były wiążące dla wykonawców. Nadto, Izba podziela pogląd Zamawiającego oraz Przystępującego, że SIWZ nie precyzowała sposobu realizacji kwestionowanych funkcjonalności; nie zawierała zastrzeżenia, że mają one być (trzy opcje do wyboru) spełnione przy pomocy jednej funkcji menu BIOS lub przy uruchomionych równocześnie obu kartach sieciowych.

W zakresie zarzutu dotyczącego powłoki antybakteryjnej Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 13 SIWZ Zamawiający jako kryterium pozacenowe w zakresie części 1 i 2 przewidział między innymi kryterium - *Klawiatura antybakteryjna (KA)*. *W celu potwierdzenia spełniania tego kryterium w formularzu ofertowym - wg zał. nr 1 do SIWZ należy podać informację o posiadaniu lub braku posiadania powłoki antybakteryjnej przez przedmiot zamówienia. Brak podania w formularzu ofertowym informacji o posiadaniu lub braku posiadania powłoki antybakteryjnej przez przedmiot zamówienia będzie skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.). Uzyskana*

liczba punktów badanej oferty zostanie pomnożona przez wagę tego kryterium. Wynik będzie traktowany jako wartość punktowa oferty w kryterium: Klawiatura antybakteryjna.

Przystępujący w formularzu ofertowym wskazał, że oferuje w zakresie części 1 laptop Lenovo ThinkPad L580 posiadający klawiaturę z powłoką antybakteryjną, a w zakresie części 2 – laptop Lenovo ThinkPad X1 Carbon, również posiadający klawiaturę z powłoką antybakteryjną. Pismem z dnia 13 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień czy zaoferowany w części 1 laptop posiada klawiaturę z powłoką antybakteryjną. W odpowiedzi wykonawca Koncept oświadczył, że laptop Lenovo ThinkPad L580 posiada klawiaturę z powłoką antybakteryjną oraz załączył oświadczenie p. D. Z. (Sales Representative Lenovo Technology B.V. sp. z o.o. Oddział w Polsce). Odwołujący kwestionował wiarygodność ww. oświadczenia oraz fakt jakoby zaoferowane urządzenia posiadały antybakteryjne klawiatury.

Należy wskazać, że Zamawiający nie podał definicji ani sposobu weryfikacji wymogu dotyczącego klawiatury z powłoką antybakteryjną. Nie przywołał też żadnej normy, na podstawie której będzie oceniał wskazaną funkcjonalność. W ocenie Izby w takim przypadku wystarczające było odwołanie się do znaczenia powszechnie używanego w obrocie, a zatem celem powłoki antybakteryjnej może być powstrzymanie rozwoju nie tylko bakterii, ale również wszelkiego rodzaju mikrobów, grzybów czy pleśni. Ponadto, oświadczenie przedłożone przez przedstawiciela producenta oferowanego sprzętu potwierdza, że laptopy posiadają klawiaturę ograniczającą rozwój grzybów i bakterii.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, w tym co do sposobu realizacji zamówienia w przyszłości, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postanowień zawartych w SIWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Jeżeli kryterium pozacenowe zostało sformułowane w sposób nieostry, nie może być interpretowane zawężająco na etapie oceny ofert, na niekorzyść wykonawcy. Tym samym skoro Zamawiający zdecydował się na kryterium bez podania konkretnego sposobu jego weryfikacji, wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku szczegółowego opisanie sposobu oceny ww. kryterium.

W związku z powyższym nie ma też podstaw do stwierdzenia, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby wskazuje, że nie można też przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie ma zastosowania w przetargu nieograniczonym. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę

wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Zastosowanie tej przesłanki ma związek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jednak te dwie regulacje należy odnieść do dwóch różnych sytuacji. Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy co do zasady postępowań jednoetapowych, gdzie wykonawcy, składając ofertę, nie wiedzą, że zostaną wykluczeni z postępowania. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do szerszego kręgu wykonawców, tj. także do tych, którzy składają oferty pomimo tego, że zostali już poinformowani o wykluczeniu z postępowania. Ponadto odrzuceniu podlegają oferty złożone przez każdego wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Taka sytuacja będzie miała miejsce tylko w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział etap poprzedzający zaproszenie do złożenia ofert, np. składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego podlega odrzuceniu.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny i wyboru oferty wykonawcy Koncept, czym potwierdził, że równo traktuje wykonawców w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł oraz kwotę 1 864 zł 70 gr tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu na posiedzenie.

Przewodniczący: