

Sygn. akt: KIO 1738/12
KIO 1744/12

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2012 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 13 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WebTradeCenter Sp. z o.o. 05-077 Warszawa, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89** i **NTT System S.A. 05-077 Warszawa, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89**,
- B. w dniu 13 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o., 30-017 Kraków, ul. Raclawicka 56**

w postępowaniu prowadzonym przez

Zakład Ubezpieczeń Społecznych 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5

przy udziale

- A. wykonawcy **SLASH Sp. z o.o. 00-707 Warszawa, ul. Żenczykowskiego 2c** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1738/12 oraz KIO 1744/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. 30-017 Kraków, ul. Raclawicka 56** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1738/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala oba odwołania,**

2. kosztami postępowania w postępowaniu o sygn. akt KIO 1738/12 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WebTradeCenter Sp. z o.o. 05-077 Warszawa, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89 i NTT System S.A. 05-077 Warszawa, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WebTradeCenter Sp. z o.o. 05-077 Warszawa, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89 i NTT System S.A. 05-077 Warszawa, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WebTradeCenter Sp. z o.o. 05-077 Warszawa, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89 i NTT System S.A. 05-077 Warszawa, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89 na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5 kwotę 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
3. kosztami postępowania w postępowaniu o sygn. akt KIO 1744/12 obciąża Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o., 30-017 Kraków, ul. Raławicka 56 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. 30-017 Kraków, ul. Raławicka 56 tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. 30-017 Kraków, ul. Raławicka 56 na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5 kwotę 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:

Sygn. akt: KIO 1738/12
KIO 1744/12

U z a s a d n i e

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup notebooków z wyposażeniem dodatkowym” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 23 maja 2012 r., a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

13 sierpnia 2012 r. odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WebTradeCenter Sp. z o.o. i NTT System S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 i 2 poprzez zaniechanie wezwania odwołujących do złożenia dokumentów wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako dokumentów potwierdzających spełnienie przez zaoferowane notebooki warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, w której zamawiający przyjął, że dokumenty te w prawidłowej wersji nie zostały złożone,
3. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 i 2 poprzez zaniechanie wezwania odwołujących do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako dokumentów potwierdzających spełnienie przez zaoferowane notebooki warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, w której zamawiający przyjął, że zachodzą wątpliwości co do ich treści,
4. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 poprzez przyjęcie przez zamawiającego na etapie oceny ofert takiej interpretacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która narusza uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołujących i dokonania ponownego wyboru ofert oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania przed Izłą, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający odrzucił jego ofertę ze względu na niezgodność karty graficznej dla notebooków typu B z wymaganiami zamawiającego oraz niezgodność zaoferowanych dysków dla notebooków typu B i C z wymaganiami dotyczącymi funkcji szyfrowania.

Zamawiający w specyfikacji A i C postawił wymogi dotyczące karty graficznej: pamięć własna, dedykowana lub współdzielona z pamięcią operacyjną komputera, natomiast w specyfikacji B: karta graficzna dedykowana. Zatem w specyfikacji A i C wymagania koncentrują się na właściwościach jej pamięci, a w specyfikacji B zamawiający w ogóle do właściwości pamięci się nie odnosi, poza wymogiem, aby wyposażona była w 512 MB i aby karta graficzna była „dedykowana”.

Cechy dotyczące pamięci są czymś innym niż cechy karty graficznej. Jeśli więc zamawiający w specyfikacji B nie postawił wymagań dotyczących cech pamięci, to oferta odwołujących nie powinna zostać odrzucona z uwagi na niespełnianie wymogów dotyczących tychże cech pamięci.

Pismem z 12 lipca 2012 r. odwołujący wyjaśnił zamawiającemu, dlaczego zaoferowana karta jest kartą „dedykowaną”. W piśmie o odrzuceniu oferty zamawiający nie negował tych wyjaśnień. Uzasadnił za to swoje twierdzenia, że karta graficzna Intel HD Graphics nie posiada cech dedykowanej pamięci 512 MB.

Postawione w specyfikacji B wymaganie odnoszące się do karty graficznej jest nieprecyzyjne. Nie ma ogólnej definicji wyjaśniającej, czym jest „karta dedykowana”, należy więc posłużyć się słownikowym i występującym powszechnie rozumieniem terminu „dedykowana”: dedykować – poświęcić, poświęcać coś komuś (np. piosenkę), dedykowany – (o dziele sztuki) poświęcony komuś.

Karta graficzna dedykowana powinna być więc rozumiana jako przeznaczona („poświęcona”) do danego komputera. Takie rozumienie uzasadnione jest również tym, że występują na rynku karty graficzne, które nie współpracują z pewnymi typami płyt głównych komputerów – nie są dedykowane do danego typu komputera.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinny być formułowane w sposób, który pozwala na ich jednoznaczne rozumienie przez wszystkich uczestników postępowania, a wszelkie niejasności bądź wątpliwości dotyczące wykładni użytych przez zamawiającego sformułowań powinny być interpretowane na korzyść wykonawców.

Jednak nawet gdyby przyjąć, że zamawiający mógł badać cechy pamięci karty graficznej, to pamięć zaoferowanej przez odwołujących karty ma charakter pamięci dedykowanej, gdyż ma zarezerwowaną wyłącznie dla siebie moc obliczeniową (pamięć), która nie może być wykorzystywana do obliczeń innych procesów niż związane z grafiką. Wydzielona na procesorze moc obliczeniowa (pamięć) jest więc pamięcią dedykowaną, która może być poświęcona wyłącznie do obliczeń związanych z pracą karty graficznej, a ilość pamięci

mierzona w MB odpowiada wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co potwierdza pismo Intel Technology Poland Sp. o. o.

Zamawiający postawił też wymóg: „szyfrowanie zawartości dysku twardego lub zabezpieczenie dostępu do danych na dysku za pomocą innego silnego mechanizmu.” Jednak w odpowiedzi z 15 czerwca 2012 r. na pytanie do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Czy Zamawiający dopuści jako rozwiązanie równoważne w notebookach A, B oraz C system szyfrujący dyski za pomocą platformy TPM (Trusted Platform Module) w pełni kompatybilnym z zaoferowanym systemem operacyjnym?” stwierdził: „Nie. Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ. Zawartość dysków twardech notebooków (specyfikacja A, B oraz C) musi być szyfrowana sprzętowo, w sposób niezależny od zainstalowanego systemu operacyjnego”.

Obecnie jedynie TPM daje możliwość zabezpieczenia dostępu do dysku za pomocą silnego mechanizmu innego niż szyfrowanie dysku twardego, zatem po wykluczeniu przez zamawiającego możliwości korzystania z platformy TPM spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie funkcji szyfrowania mogło nastąpić jedynie za pomocą szyfrowania zawartości dysku twardego.

Odwołujący w tabeli dotyczącej notebooków zaoferowanych w ramach specyfikacji B złożyli oświadczenie, że spełniają wymaganie zamawiającego w zakresie szyfrowania zawartości dysku twardego lub zabezpieczenia dostępu do danych na dysku za pomocą innego silnego mechanizmu. W sytuacji, w której odwołujący dołączył do oferty testy wydajności przeprowadzone na notebooku, w którym zainstalowany był dysk niezapewniający szyfrowania, zamawiający zobowiązany był w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwać odwołujących do złożenia wyników testów, które nie zawierałyby błędów lub do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności w zakresie sprzętu użytego do przeprowadzenia testu oraz złożonego przez odwołującego oświadczenia.

Niezależnie od powyższego, rodzaj dysku twardego zainstalowanego na testowanym komputerze nie miał istotnego wpływu na wynik testów procesora, do którego poziomu wydajności miały się odnosić testy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że podniesione w nim zarzuty i żądania są bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał, że zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień odnośnie zaoferowanej w ich ofercie w specyfikacji B karty graficznej 512 MB dedykowanej Intel HD Graphics 4000, ponieważ zgodnie z jego wiedzą karta ta jest zintegrowana z procesorem. Określenie „dedykowana” oznacza kartę graficzną wyposażoną we własną pamięć, nie współdzieloną z pamięcią operacyjną komputera, co wynika z zapisów dotyczących karty graficznej dla

specyfikacji A i C, gdzie karcie współdzielącej pamięć operacyjną przeciwstawia się kartę dedykowaną wyposażoną we własną pamięć niewspółdzieloną.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach przyznał, że zaoferowana karta 512 MB Intel HD Graphics 4000 jest kartą zintegrowaną, lecz fakt jej zintegrowania nie wyklucza dedykowania jej do danego urządzenia. W swojej ofercie, w specyfikacji A i C, odwołujący zaoferował taką samą kartę jako zintegrowaną o pamięci współdzielonej z pamięcią operacyjną. Zatem oferowana karta graficzna nie posiada dedykowanej pamięci 512 MB i nie spełniła wymagania „dedykowana” określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przypadku oferowania procesora nie uwzględnionego w tabeli BAPCO wykonawca był zobowiązany przeprowadzić testy we własnym zakresie i załączyć do oferty raport wydajnościowy oferowanego komputera. Z załączonych do oferty raportów wynika, że w zaoferowanych notebookach w specyfikacji B i C zastosowano dyski twarde TOSHIBA MK5061GSYN, które nie posiadają funkcji szyfrowania sprzętowego niezależnego od systemu operacyjnego, a więc nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzupełnienie oferty poprzez zmianę rodzaju oferowanych dysków, zdaniem zamawiającego, spowodowałoby zmianę treści oferty.

13 sierpnia 2012 r. odwołanie złożyło również Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 4; art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 92 ust. 1 pkt 2 a i art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającego na:

1. zaniechaniu wyjaśnienia treści oferty złożonej przez odwołującego w zakresie spełniania wymagania zaoferowania karty graficznej o wartości minimalnej 512 MB dedykowanej do oferowanych notebooków według specyfikacji B,
2. zaniechaniu dokonania właściwej oceny dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę wybranej oferty,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez SLASH Sp. z o.o. jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez SLASH Sp. z o.o. pomimo potwierdzenia przez tego wykonawcę zaoferowania sprzętu niespełniającego wymagań minimalnych zamawiającego,
5. dokonaniu niedozwolonych zmian w ofertach wykonawców SLASH Sp. z o.o. oraz Intaris Sp. z o.o.,
6. zaniechaniu podjęcia działań mających na celu wyeliminowanie nieprawidłowości, jakie wystąpiły przy wyborze najkorzystniejszej oferty na etapie oceny ofert.

Zamawiający zawiadamiając odwołującego o wyniku postępowania stwierdził, iż oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zamawiający dla notebooków typu B wymagał zaoferowania minimum 512 MB dla karty graficznej dedykowanej, a w zaoferowana została karta graficzna 512 MB, HD Graphics 3000, zintegrowana w procesorze.

Tym samym zamawiający nie wskazał, jakim wymaganiom nie odpowiada oferta odwołującego.

Odwołujący po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania stwierdził, iż w aktach sprawy znajduje się pismo zamawiającego skierowane do WebTradeCenter Sp. z o.o., którym wykonawca ten został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie karty graficznej 512 MB Intel HD Graphics 4000. Uzasadniając wezwanie zamawiający stwierdził, iż zaoferowana karta graficzna jest kartą grafiki zintegrowaną z procesorem. Na tej podstawie odwołujący przyjął, iż zarzut zamawiającego wobec niego może być podobny.

Jednak sytuacja taka narusza art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie karty graficznej dla notebooków typu B, co potwierdza nierówne potraktowanie wykonawców z negatywnymi konsekwencjami dla odwołującego.

Tym samym doszło też do naruszenia postanowień art. 7 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak zapewnienia bezstronności i obiektywizmu przy ocenie oferty odwołującego. A przy błędnym przyjęciu i zastosowaniu przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych także naruszenie tego przepisu wobec odwołującego.

Dla informatycznego znaczenia słowa „dedicated” w dostępnych słownikach podawane jest tłumaczenie „dedykowany” i należy je tłumaczyć jako „przeznaczony”, „zarezerwowany”.

Producent oferowanych notebooków wg specyfikacji B wyposażył ten sprzęt w dedykowane przez siebie dla tego sprzętu karty graficzne o wymaganej przez zamawiającego pojemności 512 MB. Zatem zarzuty zamawiającego są chybione, a zaoferowany sprzęt spełnia wszystkie wymagania opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uznana za najkorzystniejszą oferta złożona przez SLASH Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wymagał, aby dla wszystkich trzech konfiguracji notebooków pełna minimalna ilość pamięci operacyjnej określona w kolumnie „minimalne wartości” tabeli „Wymagane parametry techniczne” była dostępna do wykorzystania przez system operacyjny bez względu na ewentualne korzystanie z jej zasobów przez inne urządzenia. Dodatkowo Zamawiający żądał podania w ofercie w kolumnie „Wartości oferowane” ilości oferowanej pamięci operacyjnej. Zatem w przypadku zaoferowania notebooków wyposażonych w

zintegrowane karty graficzne nieposiadające własnej, dedykowanej pamięci i korzystające z pamięci współdzielonej z pamięcią operacyjną komputera, konieczne było w każdym przypadku zaoferowanie takiej ilości pamięci operacyjnej, aby jej wielkość była co najmniej sumą wymaganej ilości pamięci operacyjnej oraz wielkości pamięci udostępnianej karcie graficznej.

Zatem dla notebooka w konfiguracji A dla zapewnienia spełnienia obu warunków: wymagana (minimalna) ilość pamięci operacyjnej – 3 GB i wymagana (minimalna) ilość pamięci dla karty graficznej – 512 MB niezbędne było zaoferowanie notebooka z pamięcią operacyjną o wielkości co najmniej 3,512 GB. SLASH Sp. z o.o. zaoferował pamięć operacyjną o wielkości 3 GB oraz jednocześnie zintegrowaną kartę graficzną z pamięcią współdzieloną do 1,720 GB, co oznacza 1,280 GB pamięci operacyjnej. Analogiczna sytuacja występuje dla notebooka w konfiguracji C, gdzie wymaganą ilością pamięci operacyjnej było 6 GB, a wykonawca zaoferował pamięć operacyjną 6 GB przy jednoczesnym współdzieleniu do 1,536 GB pamięci przez zintegrowaną kartę graficzną, co oznacza, że dla systemu operacyjnego pozostanie wyłącznie 4,464 GB. Niezbędne zatem było, aby zaoferowane notebooki posiadały co najmniej pamięć operacyjną dla konfiguracji A – 4,720 GB, a dla konfiguracji C – 7,356 GB.

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy SLASH Sp. z o.o. z wezwaniem o złożenie wyjaśnień w zakresie potwierdzenie spełnienia wymagania zaoferowania pamięci operacyjnej 3 GB i 6 GB oraz wyjaśnienie, w jaki sposób zostanie zapewniona pamięć dla grafiki. W odpowiedzi SLASH Sp. z o.o. potwierdził, iż dla specyfikacji A oferuje 3 GB, a całkowita ilość zainstalowanej pamięci operacyjnej wynosi 4 GB, a dla specyfikacji B oferuje 6 GB, a całkowita ilość zainstalowanej pamięci operacyjnej wynosi 8 GB.

Jednak nawet w przypadku objęcia ofertą dla konfiguracji A notebooków pamięci operacyjnej w wielkości 4 GB, wielkość ta również nie wypełnia wymagań zamawiającego w zakresie ilości pamięci operacyjnej dostępnej do wykorzystania przez system operacyjny, bowiem przy wykorzystaniu przez kartę graficzną współdzielonej pamięci operacyjnej o wielkości 1,720 GB dla systemu operacyjnego pozostałoby jedynie 2,28 GB.

Przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień udzielonych przez SLASH Sp. z o.o. w sposób jednoznaczny wskazuje na naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców, jak też niezachowanie obiektywizmu i bezstronności przy ocenie ofert. SLASH Sp z o.o. dokonała też zmiany treści swej oferty zastępując wielkość 3 GB wielkością 4 GB dla konfiguracji A i wielkość 6 GB wielkością 8 GB dla konfiguracji C.

Zamawiający w sposób błędny przyjął też, iż w odniesieniu do załącznika nr 1 mają zastosowanie postanowienia art. 26 ust. 4, a nie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Załącznik nr 1 i dane w nim zawarte nie mogą być utożsamiane z opisem

urządzeń technicznych, tj. opisem, o którym mowa w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Notebooki były oferowane w precyzyjnie określonych i sporządzonych przez wykonawcę specyfikacjach zawierających jednoznacznie określone parametry. Z treści punktu 1.3 oferty wynika wprost, że zawarte w załączniku nr 1 do oferty dane są wartościami oferowanymi, nie mogą być więc zmieniane po otwarciu ofert.

W odpowiedzi zamawiający stwierdził, że podniesione w odwołaniu zarzuty i żądania są bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wymagał zaoferowania w specyfikacji B minimum 512 MB dla karty graficznej dedykowanej. W swojej ofercie odwołujący zaoferował kartę graficzną 512 MB HD Graphics 3000, zintegrowaną w procesorze, zatem zamawiający nie miał wątpliwości, że oferta ta nie spełniła wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W piśmie odnoszącym się do wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wyraźnie wskazał, jakie były jego minimalne wymagania oraz co odwołujący zaoferował podkreślając, że treść oferty w tym zakresie nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że nie ma uzasadnienia faktycznego podjętej czynności.

Co do zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, wskazał, że wyjaśnianie treści ofert jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego, a zamawiający wyjaśnia ofertę wtedy, gdy ma wątpliwości. W przypadku oferty odwołującego nie miał żadnych wątpliwości, ponieważ w specyfikacji B zaoferowana została karta graficzna HD Graphics 3000 zintegrowana w procesorze. Natomiast wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WebTradeCenter Sp. z o.o. i NTT System S.A. zaoferowali kartę graficzną dedykowaną 512 MB Intel HD Graphics 4000 i to budziło wątpliwości zamawiającego, dlatego wyjaśniał tę kwestię.

Co do zaniechania odrzucenia oferty SLASH Sp. z o.o. wykonawca zaoferował w specyfikacji A wymagane minimum „pamięć operacyjna 3 GB” oraz dla Specyfikacji C wymagane minimum „pamięć operacyjna 6 GB”. Zamawiający wymagał podania ilości pamięci operacyjnej dostępnej do wykorzystania przez system operacyjny, a nie pamięci całkowitej, a oferta wykonawcy spełnia wymagania zarówno co do pamięci dla systemu operacyjnego, jak i dla karty graficznej.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: SLASH Sp. z o.o. do obu odwołań i Biuro Informatyczne – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. do odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WebTradeCenter Sp. z o.o. i NTT System S.A.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: żadne z odwołań nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania, zatem nie jest konieczne jego ustalenie przez Izbę, a w zakresie, w którym został przytoczony w poprzedniej części wyroku, nie ma konieczności jego powtarzania.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących odrzucenia ofert obu odwołujących ze względu na zaoferowanie karty graficznej dla notebooka ze specyfikacji B niezgodnej z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uznała, że zarzuty nie potwierdziły się.

Zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia wymagał notebooków w trzech konfiguracjach nazwanych przez niego specyfikacją A, B i C.

Dla specyfikacji A i C zamawiający przy wymogach w stosunku do karty graficznej zawarł uwagę: „pamięć własna, dedykowana lub współdzielona z pamięcią operacyjną komputera”, natomiast dla specyfikacji B „karta graficzna dedykowana”.

W notatce z posiedzenia komisji przetargowej z 31 lipca 2012 r. znajduje się informacja, czym według zamawiającego jest karta graficzna dedykowana – określenie „dedykowana” oznacza kartę graficzną wyposażoną we własną pamięć, nie współdzieloną z pamięcią operacyjną komputera.

Z kolei wymóg dla karty ze specyfikacji B został przez odwołujących utożsamiony z „dedykowaniem”, czy też przeznaczeniem karty przez danego producenta karty lub notebooka do danej marki lub modelu notebooka. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WebTradeCenter Sp. z o.o. i NTT System S.A. odwoływali się też do porównania do wymagań dotyczących cech pamięci opisanych w specyfikacji A i C.

Owszem, według wiedzy i doświadczenia Izby, określenie o dedykowaniu danego elementu komputera czy oprogramowania jako przeznaczenia tego elementu przez jego producenta do współdziałania z innym elementem, sprzętem czy oprogramowaniem istnieje i jest dość często stosowane w żargonie informatycznym. Jednak w tym przypadku nazwa „karta graficzna dedykowana” ma odmienne znaczenie.

Ponieważ – jak stwierdziły zgodnie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego – brak jest oficjalnego słownika lub encyklopedii nazewnictwa informatycznego, do którego można by się odnieść oraz w braku jednoznacznych opinii producentów (przedstawione Izbie przez strony i uczestników pisma Intela nie zawierają żadnych miarodajnych informacji w tym zakresie), Izba, kierując się wytycznymi art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, podjęła próbę ustalenia znaczenia tej nazwy uznając, że akurat w tym wypadku, wyjątkowo, najpełniejszym i najbardziej wiarygodnym źródłem, dla ustalenia „zwyczaju” – zwłaszcza ze względu na przedmiot, ilość odniesień i użytkowników – będzie Internet i popularne przeglądarki internetowe.

Jak wynika z jednolitych zawartych tam informacji i opinii określenie „dedykowane karty graficzne” oznacza po prostu oddzielne karty grafiki montowane na płytach głównych za pomocą połączeń/slotów i będące przeciwieństwem/alternatywą dla kart zintegrowanych z płytą główną. Inną nazwą „karty graficznej dedykowanej” jest zastosowana w przedstawionym przez zamawiającego piśmie Intela z 19 sierpnia 2012 r. karta „dyskretna” (nazwa własna stosowana przez Intel).

Tym samym wymóg zaoferowania „karty graficznej dedykowanej” (niezależnie, czy sam zamawiający zdawał sobie z tego sprawę) odnosił się nie do wymogu zaoferowania karty mającej określoną ilość pamięci „zarezerwowanej” czy – jak nazwał to odwołujący – „dedykowanej” na procesorze, lecz, aby karta ta była oddzielnym elementem „konstrukcyjnym”, a w konsekwencji, w odniesieniu do pamięci – posiadała pamięć własną. Tym samym obaj odwołujący nie spełnili ww. wymagania zamawiającego.

Co do zakresu uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego Biuro Informatyczne – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. zawartej w informacji z 2 sierpnia 2012 r. należy stwierdzić, że zamawiający – jak się okazuje w oparciu o powyższe ustalenia – we wskazaniu: „Zamawiający w SIWZ dla notebooków typu B wymagał zaoferowania minimum 512 MB dla karty graficznej dedykowanej. W złożonej ofercie dla notebooków ze Specyfikacji B zaoferowana została karta graficzna 512MB, HD Graphics 3000, zintegrowana w procesorze” właściwie zawarł istotę uzasadnienia swojej decyzji, jednak w sposób, który prawdopodobnie nie był zrozumiały dla wykonawcy.

Zdaniem Izby zamawiający informację tę powinien poszerzyć co najmniej o wnioski komisji zawarte w notatce z 31 lipca 2012 r. Zamawiający powinien bowiem pamiętać, że swoje

wypowiedzi musi formułować w sposób zrozumiały nie tylko dla siebie, ale przede wszystkim dla odbiorców.

Jednak uchybienie to, zdaniem Izby, jednocześnie nie jest wadą działania zamawiającego, która w okolicznościach niniejszej sprawy miałaby wpływ na wynik postępowania.

Co do kwestii zaniechania zwrócenia się przez zamawiającego do odwołujących o wyjaśnienia, Izba uznała stanowisko zamawiającego, iż mógł od wyjaśnień odstąpić w sytuacji, w której nie miał wątpliwości co do cech zaoferowanych elementów.

Jednak Izba nie podziela poglądu zamawiającego, że jest to wyłącznie uprawnienie odwołującego – jest to narzędzie służące prawidłowej, rzetelnej i kompleksowej ocenie ofert już przy pierwszym ich badaniu, która z kolei jest obowiązkiem zamawiającego. Zatem w okolicznościach, które takie wyjaśnienia uzasadniają, nie mogą być one pominięte, a zamawiający powinien tę czynność utożsamiać raczej z funkcjonującym na gruncie prawa administracyjnego pojęciem „kompetencji” (czyli prawa będącego jednocześnie obowiązkiem) niż czystego cywilistycznego uprawnienia. Przy tym należy zwrócić też uwagę na praktyczny aspekt wyjaśnień treści oferty czy dokumentów – zamawiającemu pozwalają one upewnić się co do słuszności swojej decyzji, wykonawcy przedstawić swoje stanowisko, a poprzez dialog zamawiającego z wykonawcą usprawniają procedurę przetargową zmniejszając konieczność korzystania ze środków ochrony prawnej, często wynikających z nieporozumienia między stronami, co jest istotne w szczególności przy obecnym braku protestu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WebTradeCenter Sp. z o.o. i NTT System S.A. ze względu na niespełnienie wymogu dotyczącego szyfrowania Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

W informacji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał, że ze złożonego wraz z ofertą raportu wydajnościowego oferowanego komputera wynika, że w zaoferowanych notebookach dla specyfikacji B i C zastosowano dyski twarde TOSHIBA MK5061GSYN, które nie posiadają funkcji szyfrowania sprzętowego niezależnego od systemu operacyjnego.

Z kolei z treści wypełnionej w ofercie tabeli zawierającej wyszczególnienie wymaganych i oferowanych parametrów i funkcjonalności notebooków wynika, że w pozycji: „szyfrowanie zawartości dysku twardego lub zabezpieczenie dostępu do danych na dysku za pomocą innego silnego mechanizmu” odwołujący wskazał opcję „TAK” deklarując tym samym, że oferowane notebooki spełniają ten wymóg.

Jednocześnie bezsporne jest, że wymaganie to było możliwe do spełnienia jedynie poprzez zaoferowanie opcji szyfrowania zawartości dysku twardego. Tym samym – wobec ustalenia

przez zamawiającego, że oferowane (w domniemaniu wynikającym z podania ich nazwy w teście) dyski twarde tej funkcji nie mają – w treści oferty powstała rozbieżność, którą zamawiający powinien był wyjaśnić z wykonawcą.

Należy też zwrócić uwagę, że wyjaśnienia te mają szczególne znaczenie w przypadku zamawiania urządzeń z dziedziny informatyki, gdzie zmiany są wyjątkowo szybkie i duże, a producenci mają zwyczaj oferować (często pod tą samą lub podobną nazwą i symbolem) zarówno produkty standardowe, jak i dostosowywane do wymagań klientów, o odmiennych cechach.

Odwołujący – WebTradeCenter Sp. z o.o. i NTT System S.A. podczas rozprawy oświadczył, że zaoferował dyski TOSHIBA MK5061GSYN, jednak nie w dystrybuowanej powszechnie, standardowej wersji, lecz dostępnej niektórym podmiotom (producentom OEM), w tym NTT System S.A., opcji obejmującej możliwość szyfrowania. Istnienie tej opcji miał potwierdzać wydruk informacyjny dotyczący dysku ze strony internetowej Toshiba.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający przedwcześnie odrzucił ofertę odwołującego – WebTradeCenter Sp. z o.o. i NTT System S.A. z ww. powodu.

Jednocześnie jednak, ponieważ potwierdził się drugi powód odrzucenia oferty tego odwołującego, nie ma to wpływu na wynik postępowania.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SLASH Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający w pozycji tabeli „Pamięć operacyjna” wymagał 3 GB w specyfikacji A i 6 GB w specyfikacji C, przy czym zaznaczył, że jest to minimalna ilość pamięci operacyjnej dostępnej do wykorzystania przez system operacyjny bez względu na ewentualne korzystanie z jej zasobów przez inne urządzenia. W opisie dotyczącym karty graficznej wskazał zaś, że pamięć (min. 512 MB w specyfikacji A i min. 1536 MB w specyfikacji C) może być własna, dedykowana lub współdzielona z pamięcią operacyjną komputera. Wykonawca SLASH Sp. z o.o. dla specyfikacji A i C wybrał opcję karty zintegrowanej Intel HD 3000 z pamięcią współdzieloną do 1720 MB. Jednocześnie w pozycji „pamięć operacyjna” wpisał 3 GB w specyfikacji A i 6 GB w specyfikacji C.

Na pytanie zamawiającego wyjaśnił zaś, że dla specyfikacji A oferuje 3 GB jako minimalną ilość pamięci operacyjnej dostępnej do wykorzystania przez system operacyjny bez względu na ewentualne korzystanie z jej zasobów przez inne urządzenia, a całkowita ilość zainstalowanej pamięci operacyjnej wynosi 4 GB. Oferuje też kartę graficzną współdzielącą 512 MB z pamięcią operacyjną komputera. Wskazał też, że oferowany notebook posiada zintegrowany układ graficzny, który może współdzielić do 1720 MB pamięci operacyjnej komputera.

Podobne wyjaśnienie (tylko z wartościami odpowiednio 8 GB i 1536 MB) wykonawca złożył w stosunku do konfiguracji C.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo ocenił treść oferty wykonawcy, a powyższe wyjaśnienia nie zmieniają pierwotnej treści oferty.

Pozycja 3. tabeli odnosiła się ogólnie do pamięci operacyjnej komputera, ale jedyny konkretny wymóg, który postawił zamawiający, dotyczył minimalnej ilości pamięci operacyjnej dostępnej do wykorzystania przez system operacyjny bez względu na ewentualne korzystanie z jej zasobów przez inne urządzenia – w taki też sposób należy interpretować wpisy wykonawcy „3 GB” i „6 GB”, gdyż trudno znaleźć powód, by miał on dla potwierdzenia spełnienia wymogu podawać inne wartości zamiast tej, do której odnosił się zamawiający. Wyjaśnienia wykonawcy zaś temu nie przeczą – wykonawca nadał im stosowną treść w związku z zapytaniem zamawiającego, podając też pamięć całkowitą i wyjaśnienie wskazania w pozycji dotyczącej karty graficznej wartości 1720 MB.

Ze względu na to, że, jak wyjaśnił przystępujący SLASH Sp. z o.o. podczas rozprawy, w oferowanych dla specyfikacji A notebookach istnieje możliwość przydzielenia wartości pamięci współdzielonej nie tylko dynamicznie, lecz też przez stałe ustawienia administratora, możliwe jest ustawienie tej wartości na niezmiennym poziomie 512 MB, a tym samym „zablokowania” minimalnej ilości pamięci operacyjnej dla systemu operacyjnego nie mniejszej niż 3 GB. Natomiast opcję przydzielenia pamięci do poziomu 1720 MB w takim wypadku można uznać za dodatkową opcję dostępną dla zamawiającego (administratora), w przypadku, gdy uzna on, że jego potrzeby w tym zakresie się zmieniły.

W odniesieniu do oferty Intaris Sp. z o.o. odwołujący Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. nie sformułował żadnych konkretnych zarzutów, w związku z czym nie było przedmiotu, który Izba mogłaby rozpatrzyć.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając oba odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący:

.....