

WYROK
z dnia 22 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2011 roku przez **Marka Kołodziejskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Ton Color Marek Kołodziejski” z Zielonej Góry** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Uniwersytet Zielonogórski w Zielonej Górze**

przy udziale **Perceptus Sp. z o. o. w Zielonej Górze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Marka Kołodziejskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Ton Color Marek Kołodziejski” z Zielonej Góry** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Marka Kołodziejskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Ton Color Marek Kołodziejski” z Zielonej Góry** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **746 zł 00 gr** (słownie: siedmiuset czterdziestu sześciu złotych zero groszy) przez **Marka Kołodziejskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Ton Color Marek Kołodziejski” z Zielonej Góry** na rzecz **Uniwersytetu Zielonogórskiego w Zielonej Górze** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu noclegu pełnomocników.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Uniwersytet Zielonogórski w Zielonej Górze, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sukcesywną sprzętu komputerowego dla Uniwersytetu Zielonogórskiego.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 19.04.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 76-124559.

W dniu 01.07.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty Perceptus Sp. z o.o. w Zielonej Górze jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty złożonej przez p. Marka Kołodziejkiego prowadzącego działalność pod nazwą „Ton Color Marek Kołodziejki” z Zielonej Góry na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”). W uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazano, iż wykonawca w po. 1A zaoferował komputer, w którym wymagana ilość i rozmieszczenie portów (na zewnątrz obudowy komputera) zostaje osiągnięta w wyniku stosowania przejściówek, co jest niezgodne z wymaganiami siwz. Ponadto wykonawca w poz. 1B, 1C i 1D zaoferował komputer, którego obudowa wyposażona jest w 2 szt. zatok 5,25” zewnętrznych i 2 szt. zatok 3,5” wewnętrznych. Tymczasem zamawiający wymagał, aby obudowa komputera zawierała jeszcze zatokę 3,5” zewnętrzną, którą można było pominąć przy jednoczesnym zwiększeniu ilości portów USB ponad liczbę wymaganych w siwz. Wykonawca nie zaoferował większej ilości portów ponad liczbę wymaganą w siwz. Wskazano również, iż wykonawca w poz. 2F zaoferował stację dokującą do notebooka z poz. 2C. W informacji nr 5 dot. siwz zamawiający zmodyfikował siwz i wymagał aby stacja dokująca z poz. 2 F była dedykowana do notebooka z poz. 2 F.

W dniu 11.07.2011 p. Marek Kołodziejki wniósł odwołanie od ww. czynności, tj. wobec odrzucenia jego oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty Perceptus Sp. z o.o., zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez nierówne traktowanie odwołującego co za tym nie zapewnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego i nie odrzucenie oferty Perceptus Sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
2. Uznanie przez zamawiającego, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu.
3. Uznanie przez zamawiającego, że oferta Perceptus Sp. z o.o. podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż zamawiający w dowolny dla siebie sposób odrzuca ofertę odwołującego, a nie odrzuca oferty Perceptus Sp. z o.o., czym narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji o której stanowi art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie odrzucenia oferty odwołującego wskazano, iż w Formularzu Cenowym - Zadanie 1 (załącznik nr 3 zadanie 1) w pozycji 1A pkt. 9 Porty Zamawiający żądał - „DVI lub VGA zgodne z oferowanym monitorem; min. 6 x USB 2.0, w tym min. 2 z przodu obudowy, 1 port szeregowy, port sieciowy RJ-45, porty słuchawek i mikrofonu. Wymagana ilość i rozmieszczenie (na zewnątrz obudowy komputera) portów nie może być osiągnięta w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek itp. W wyniku kopiowania odwołujący pominął słowo „nie” co oczywiście zmieniło treść oferty, ale zaoferowany komputer Fujitsu ESPRIMO C700 spełnia wszystkie wymogi zawarte w SIWZ co zamawiający mógł sprawdzić na stronie producenta, ponadto miał możliwość sprawdzenia tego faktu przyrównując do oferty konkurencji gdzie był zaoferowany tożsamy komputer - w załączeniu opis techniczny producenta załącznik nr 6.

W Formularzu Cenowym -Zadanie 1 (załącznik nr 3 zadanie 1) w pozycji 1B, 1C, 1D Zamawiający wymagał, aby obudowa komputera zawierała minimum kieszeń 2 x 5,25" zewnętrzne, kieszeń 1 x 3,5" zewnętrzne i kieszeń 2 x 3,5" wewnętrzne.

Zamawiający dopuścił brak zatoki 3,5" zewnętrznej przy jednoczesnym zwiększeniu ilości portów USB ponad liczbę wymaganych przez zamawiającego w SIWZ.

Zaoferowany przez odwołującego komputer w tych zadaniach oparty jest na wspólnej platformie HP 8200 CMT, która posiada 10 USB w standardzie na zewnątrz obudowy (6 portów z tyłu obudowy i cztery z przodu obudowy) co spełnia wymogi zawarł w SIWZ - w załączeniu opis specyfikacji producenta. W wyniku omyłki do oferty została wpisana błędna wartość, zaś zamawiający mógł być to sprawdzić, gdyż specyfikacje dot. zaoferowanego sprzętu są ogólnie dostępne na stronach producenta sprzętu HP oraz za pomocą narzędzia HP Product Bulletin. Komputery HP 8200 CMT są produkowane seryjnie i wiedza o nich jest ogólnie dostępna, opis producenta załącznik nr 7.

W Formularzu Cenowym - Zadanie 2 (załącznik nr 3 zadanie 2) w pozycji 2F zamawiający wymagał aby stacja dokująca z pozycji 2F była dedykowana do notebooka z pozycji 2E, jednak w wyniku omyłki w opisie wpisano „do notebooka z poz. 2C. Natomiast została zaoferowana stacja dokująca HP 230W Docking Station, która jest dedykowana do notebooka z poz. 2E - HP 8540w - na potwierdzenie opis producenta załącznik nr 8.

Tym samym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy przez wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wyłącznie wykonawcę Perceptus Sp. z o.o., z jednoczesnym pominięciem dokonania czynności wezwania do wyjaśnień odwołującego, przy czym mamy w tym przypadku do czynienia z podobnym przypadkiem - popełnienia omyłki.

O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić dopiero po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego. zamawiający był obowiązany do wyczerpania wszelkich możliwych i dopuszczalnych w ustawie środków podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, gdyż czynność taką należy

uznać za ostateczną. Skoro bowiem odrzucenie ma znamienne skutki dla odwołującego, to powinno być podjęte z zastosowaniem czynności wyjaśniających. Prawidłowa i rzetelna ocena oferty odwołującego powinna po ustaleniu niezgodności być poprzedzona z zastosowaniem art. 87 ust. 1 Pzp czego zamawiający nie uczynił a równocześnie przeprowadził postępowanie wyjaśniające z wybranym przez siebie wykonawcą Perceptus Sp. z o.o., czym rażąco naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Brak zastosowania art. 87. ust. 1 Pzp spowodował w tej sytuacji naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego.

Jednocześnie odwołujący podniósł, iż zamawiający naruszył art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Perceptus Sp. z o.o. Zamawiający w siwz w zadaniu 2 w pozycji 2C Lp.3 „Procesor” wymagał „Czterordzeniowy procesor klasy x86 dedykowany do pracy w komputerach przenośnych zaprojektowany do pracy w układach jednoprocessorowych, taktowany zegarem co najmniej 2.4GHz oraz pamięć L3 3MB, wbudowany kontroler DDR3 lub procesor równoważny wydajnościowo według wyniku testów przedstawionych w ofercie przez Wykonawcę.” Wykonawca Peceptus Sp. z o.o. w piśmie z dnia 14.06.2011r. wyjaśnił, że zastosował procesor równoważny J5-2520M w stosunku do procesora AMD Phenom II X4 B35. Jednakże procesor AMD Phenom II X4 B35 nie spełnia wymogów zawartych w siwz, gdyż zgodnie z informacją producenta jest to procesor ze względu na bardzo duży pobór mocy ok. 95W przeznaczony do komputerów desktopowych i nie jest dedykowany do pracy w komputerach przenośnych.

Na dowód ww. właściwości tego procesora do odwołania załączono wydruk rekomendowanych przez producenta AMD czterordzeniowych procesorów do notebooków oraz oświadczenie producenta. Ponadto procesor, o takim samym wyniku testu wydajnościowego, wyposażony w dwa rdzenie (obecnie zaoferowane przez Peceptus w ofercie) lub inną liczbę rdzeni niż wymagana, 4 rdzenie, nigdy nie będzie procesorem równoważnym dla 4-rdzeniowego procesora, a to dlatego, że testy wydajnościowe nie wspierają wielordzeniowości. Inaczej mówiąc wynik testu nie odzwierciedla przewagi czterordzeniowego procesora, który posiada 4 niezależne jednostki wykonawcze umożliwiające pracę wielowątkową, współbieżną takiej samej ilości aplikacji.

Analogicznie w zadaniu 2 w pozycji 2D Lp.3 „Procesor” zamawiający wymagał „Czterordzeniowy procesor klasy x86 dedykowany do pracy w komputerach przenośnych zaprojektowany do pracy w układach jednoprocessorowych, taktowany zegarem co najmniej 2.3 GHz oraz pamięć L3 3MB, wbudowany kontroler DDR3 lub procesor równoważny wydajnościowo według wyniku testów przedstawionych w ofercie przez Wykonawcę.” Peceptus Sp. z o.o. w piśmie z dnia 14.06.2011r. wyjaśnia, że zastosowała procesor równoważny J5-2410M w stosunku do procesora AMD Phenom II X4 920. Jednakże procesor AMD Phenom II X4 920 nie spełnia wymogów zawartych w siwz, gdyż zgodnie z informacją producenta AMD jest to procesor ze względu na bardzo duży pobór mocy ok. 125W przeznaczony do komputerów desktopowych i nie jest dedykowany do pracy w komputerach przenośnych. Istnieją wersje notebookowe tego procesora o symbolu AMD Phenom II X920 oraz AMD Phenom II P920, ale one nie posiadają pamięci L3, w związku z powyższym również nie spełniają wymogów SIWZ oraz oświadczenie producenta załącznik nr 1.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez

zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt IV.C ppkt 1 siwz do oferty należało dołączyć wypełniony Formularz cenowy „Opis sprzętu oferowanego przez Wykonawcę” – załącznik nr 3 do siwz.

Zaznaczono przy tym, iż wykonawca musi w swoim opisie oferowanego sprzętu zawrzeć co najmniej te elementy i parametry, w stosunku do których Zamawiający określił wymagania w „Opisie przedmiotu zamówienia”.

W stanowiącym opis przedmiotu zamówienia Załączniku nr 1 do siwz, Zadanie 1, tabela 1A, w wierszu 9 odnośnie „Portów” wskazano: „DVI lub VGA zgodne z oferowanym monitorem; min. 6 x USB 2.0, w tym min. 2 z przodu obudowy, 1 port szeregowy, port sieciowy RJ-45, porty słuchawek i mikrofonu. Wymagana ilość i rozmieszczenie (na zewnątrz obudowy komputera) portów nie może być osiągnięta w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek itp.”

W Załączniku nr 1 do siwz, Zadanie 1, tabela 1B wiersz 13, tabela 1C wiersz 13, tabela 1D wiersz 13 zamawiający wymagał, aby obudowa komputera zawierała minimum kieszeń 2 x 5,25" zewnętrzne, kieszeń 1 x 3,5" zewnętrzne i kieszeń 2 x 3,5" wewnętrzne.

W Informacji nr 1 z dnia 04.05.2011 r. stanowiącej modyfikację siwz zamawiający dopuścił brak zatoki 3,5" zewnętrznej przy jednoczesnym zwiększeniu ilości portów USB ponad liczbę wymaganych przez zamawiającego w siwz.

Ilość wymaganych portów odpowiednio do ww. tabel (w wierszach nr 9) to: 6,8 i 8.

W Załączniku nr 1 do siwz, Zadanie 2, tabela 2F w wierszu 1, zamawiający opisał wymagania dotyczące stacji dokującej i zaznaczył aby była to stacja dokująca do notebooka wymaganego i oferowanego w poz. 2C. Następnie modyfikacją siwz z dnia 17.05.2011 r. pt. „Informacja nr 5” zamawiający zmienił powyższe na wymaganie dedykowania ww. stacji dokującej do notebooka z pozycji 2E.

W Formularzu cenowym załączonym do oferty odwołującego, w zadaniu nr 1, odnośnie portów w tabeli 1A, w opisie komponentu - portów wskazano, iż ich oferowana ilość i rozmieszczenie jest osiągnięta w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek itp.

Generalnie jako model oferowanego komputera wskazano w tej pozycji Fujitsu ESPRIMO C700.

Dalej w formularzu cenowym odnośnie poz. 1B, 1C i 1D w Zadaniu nr 1 wskazano obudowy typu Midi Tower bez kieszeni zewnętrznej 3,5". W poz. dotyczących portów nie opisano zwiększonej liczby portów w stosunku do wymaganych w siwz.

Oferowanym w tych pozycjach sprzętem była platforma HP Compaq 8200.

W formularzu cenowym odnośnie w poz. 2F Zadania nr 2 zaznaczono, iż oferowana stacja dokująca jest dedykowana do notebooka z poz. 2C.

W Załączniku nr 1 do siwz, Zadanie 2, tabela 2C, w wierszu 3 odnośnie procesora stacji roboczej

wskazano: „Czterordzeniowy procesor klasy x86 dedykowany do pracy w komputerach przenośnych zaprojektowany do pracy w układach jednoprosesorowych, taktowany zegarem co najmniej 2,4 GHz oraz pamięć L3 3MB, wbudowany kontroler DDR3 lub procesor równoważny wydajnościowo według wyniku testów przedstawionych w ofercie przez Wykonawcę”.

Analogicznie wymagania postawiono w Załączniku nr 1 do siwz, Zadanie 2, tabela 2D, w wierszu 3 z tym, że minimalny limit taktowania zegara wynosił 2,3 GHz.

W ofercie Perceptus Sp. z o.o. w Formularzu cenowym, w poz. 2C wskazano procesor i5-2520M, który opisano jako „czterordzeniowy”, natomiast w poz. 2D wskazano procesor i5-2410M również opisany jako czterordzeniowy (oba procesory firmy Intel).

Pismem z dnia 10.06.2011 r. zamawiający zwrócił się do Perceptus Sp. z o.o. o wyjaśnienie dlaczego opisał procesory i5-2520M i i5-2410M jako czterordzeniowe skoro są to procesory dwurdzeniowe, co wynika ze znanej zamawiającemu specyfikacji technicznej producenta.

Pismem z dnia 14.06.2011 r. Perceptus Sp. z o.o. wyjaśniła, iż zaoferowane przez nią procesory są dwurdzeniowe, a opisanie ich jako czterordzeniowe było omyłką pisarską, w tym wypadku chodziło o czterowarstwowość procesorów.

Ponadto wskazano, iż procesory te są równoważne wydajnościowo procesorom (odpowiednio) AMD Phenom II X4 B35 oraz AMD Phenom II X4 920, które spełniają wymagania zamawiającego, na dowód czego przedstawiono wyniki testów wydajnościowych (w języku polskim).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zgodnie ze wskazanym zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający poprawia w ofercie omyłki inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Natomiast zgodnie z ust. 1 tego przepisu w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie

między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywanych tam interpretacji normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż generalnie na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, które stanowią podstawę faktyczną formułowanych przez niego zarzutów.

W przedmiocie zarzutów dotyczących oferty odwołującego, w wyniku porównania samej jej treści z treścią i wymaganiami siwz, stwierdzić należy ewidentną niezgodność pomiędzy wyżej wymienionymi dokumentami.

Zamawiający wprost zakazywał osiągnięcie odpowiedniej liczby portów przez stosowanie złączy czy przejściówek. Odwołujący opisał, iż oferuje rozwiązanie innego typu. Natomiast okoliczności jakoby jego sprzeczna z siwz deklaracja co do portów była jednocześnie sprzeczna z inną częścią oferty – mianowicie z modelem zaoferowanego komputera, którą należałoby uznać za prawidłową i przesądzającą o treści oferty, i względem której należałoby wyjaśnić i poprawić opis oferowanych rozwiązań – odwołujący nie udowodnił. Dowody zmierzające do powyższego – specyfikacje techniczne urządzeń załączone do odwołania – sporządzono w języku angielskim i nie przedstawiono ich tłumaczenia, co w świetle obowiązujących przepisów uniemożliwiło włączenie ich do materiału dowodowego i ocenienie przez Izbę – zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona

oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Także odnośnie zwiększenia ilości portów ponad wymaganą, co umożliwiłoby pominięcie kieszeni zewnętrznej 3,5" dane zawarte w opisie oferowanych rozwiązań jednoznacznie wskazują, iż większej ilości portów, w którejkolwiek pozycji nie zaoferowano. Natomiast okoliczności jakoby o takiej ilości portów przesądzało określenie oferowanego urządzenia, tak jak opisano powyżej, nie udowodniono (przedstawiono dowody w języku angielskim bez ich tłumaczenia). Ponadto zamawiający okoliczności takiej przeczył, wskazując przy tym, iż wskazane urządzenie HP jest jedynie platformą komputerową, a nie konkretnymi modelami komputerów, które mogą zostać na tej platformie zbudowane i mogą znacznie różnić się ilością czy typem podzespołów. Na powyższe wskazuje również fakt, iż w ofercie odwołującego przy podawaniu tej samej platformy, w różnych pozycjach dotyczących portów wskazywano różne ich ilości.

Analogicznie w przypadku stacji dokującej zaznaczono jej dedykację do notebooka z innej pozycji niż wymagana przez zamawiającego, natomiast okoliczności jakoby wskazana stacja mogła obsługiwać również notebook z pozycji 2E nie udowodniono.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje, iż zastosowanie dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp i wyjaśnianie oferty wykonawców nie jest warunkiem *sine qua non* następczego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty. Zastosowanie dyspozycji tego przepisu jest natomiast obwarowane uprzednim stwierdzeniem niemożliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. ustaleniem, iż niezgodności treści oferty z siwz i ich ewentualna eliminacja stanowiąc mogą o istotnych zmianach w treści oferty. Same w sobie stwierdzone niezgodności oferty (braki sprzętowe i niezgodne z siwz rozwiązania techniczne) wydają się istotne i niemożliwe do poprawienia na podstawie ww. przepisu – poprawki ich dotyczące stanowiłyby w istocie zmianę elementów przedmiotu dostawy. Ich charakter i ocenę mogłoby jednak zmienić ustalenie, iż rzeczony niezgodności oferty z siwz mają w rzeczywistość charakter pozorny, są jedynie wewnętrzną sprzecznością czy omyłką w ofercie, tzn. że oferowane są zamawiającemu urządzenia i rozwiązania zgodne z siwz (co wynikać mogłoby np. z faktu oferowania określonych co do modelu urządzeń i ich specyfikacji technicznych), a popełniono jedynie błędy w ich opisie. W takim znaczeniu opis oferowanych rozwiązań mógłby zostać skorygowany, a tego typu zmiany nie stanowiłyby istotnych zmian w treści oferty (ciągle oferowano by te same urządzenia – tak jak w przypadku Perceptus Sp. z o.o.) – byłyby w istocie zmianami tylko w sposobie opisanego zobowiązania ofertowego, a nie zmianą treści czy zakresu zobowiązania. Jednakże, jak już wskazano, jakichkolwiek okoliczności jakoby w rozpatrywanym przypadku zaoferowano sprzęt przesądzający spełnienie określonych wymagań zamawiającego, odwołujący nie wykazał.

Tym samym, skoro zamawiający stwierdził, iż niezgodności treści oferty odwołującego z siwz występują, mają ewidentny charakter i nie budzą jego wątpliwości (zamawiający nie musi znać specyfikacji technicznych całego sprzętu danego typu występującego na rynku) oraz ich charakter wyklucza możliwość ich poprawienia, to nie musiał stosować art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśniania treści oferty przed jej odrzuceniem. Odwołujący natomiast charakter rzeczonych niezgodności mógł przede wszystkim wyjaśnić i wykazać przed Izbą w trakcie postępowania dowodowego. W takim przypadku

Izba wzięłaby pod uwagę udowodnione okoliczności wpływające na kwalifikację stwierdzonych niezgodności i możliwość ich poprawienia.

Tym samym w ustalonym stanie rzeczy zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z odrzuceniem oferty odwołującego należało uznać za niepotwierdzony.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Perceptus Sp. z o.o. Izba wskazuje, iż w ofercie tej sprzeczność z wymaganiami siwz nie zachodzi, a przynajmniej nie wykazano okoliczności przeciwnych. Wykonawca zaoferował procesory równoważne opisanym w siwz, odnośnie czego przedstawił wyniki testów wydajnościowych, a zamawiający powyższe zaakceptował i przyjął jego ofertę jako zgodną z siwz. Taki jest zastany stan faktyczny w niniejszym postępowaniu, natomiast odwołujący wyników testów stanowiących podstawę i dowód równoważności oferowanego procesora do wymaganego w siwz nie zakwestionował. Odwołujący kwestionował natomiast jakoby procesory AMD użyte do testów, z którym porównywano procesory Intel oferowane przez Perceptus Sp. z o.o. mogły stanowić odniesienie testu skoro są procesorami o zbyt wielkim poborze mocy dla ich stosowania w komputerach przenośnych. Powyższą okoliczność Izba uznała za nieprzekreślającą żądanej przez zamawiającego równoważności procesorów. Zamawiający w siwz wyraźnie wskazał w jakim aspekcie równoważności takiej oczekuje. Mianowicie chodziło mu o równoważność wydajnościową. Równoważności innych parametrów czy tożsamości elementów konstrukcyjnych zamawiający nie wymagał. Przy czym zamawiający nie wyspecyfikował maksymalnego dopuszczalnego poboru mocy przez procesory. Tym samym jeżeli testowane procesory AMD są procesorami o wydajności odpowiadającej opisanej w siwz, to procesory oferowane przez Perceptus Sp. z o.o. są równoważne w tym zakresie procesorowi opisanemu przez zamawiającego (relacja równoważności jest tranzytywna). Natomiast okoliczność wpisania w opisie procesora zawartym w Formularzu cenowym „czterordzeniowości”, gdy oferowane procesory nie były i nie musiały być czterordzeniowe, jest w tym przypadku nieistotna.

Z opisanych wyżej względów w trakcie wyrokowania nie wzięto pod uwagę dowodów przedkładanych przez uczestników postępowania odwoławczego zmierzających do wykazania czy procesory AMD Phantom II są stosowane w komputerach przenośnych, jako nieistotnych w sprawie. Przy czym okoliczności jakoby równoważne obliczeniowo procesory Intel w komputerach przenośnych będących przedmiotem zamówienia zastosowane być nie mogły, nie udowodniono.

Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z nieodrzczeniem oferty Perceptus Sp. z o.o. uznano za niepotwierdzony.

Nie stwierdzono również naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy i zawartej tam zasady równego traktowania wykonawców, w związku z faktem, iż niezgodności w ofertach wybranej i odrzuconej nie były tożsame.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 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), zasądzać koszty noclegu pełnomocników zamawiającego bezpośrednio przed rozprawą.

Przewodniczący: