

Sygn. akt: KIO/UZP 1189/09

KIO/UZP 1207/09

WYROK

z dnia 5 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Andrzej Niwicki
Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 października 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **24.09.2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. MCSI Ltd. Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Z. Cybulskiego 3 (sygn. akt. KIO/UZP 1189/09)

B. Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o. o., 30-017 Kraków, ul. Raclawicka 56 (sygn. akt KIO/UZP 1207/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, 61-712 Poznań, ul. Wieniawskiego 1** protestów:

A. MCSI Ltd. Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Z. Cybulskiego 3 z dnia 27 lipca 2009r.

B. Mariusza Ołubczyńskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPH Gamatronic System, 60-175 Poznań, ul. Goździkowa 6 z dnia 24 lipca 2009r.

przy udziale wykonawcy **MCSI Ltd. Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Z. Cybulskiego 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1207/09 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Mariusza Ołubczyńskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPH Gamatronic System, 60-175 Poznań, ul. Goździkowa 6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1207/09 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża

A. MCSI Ltd. Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Z. Cybulskiego 3

B. Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o., 30-017 Kraków, ul. Raclawicka 56

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **MCSI Ltd. Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Z. Cybulskiego 3,**
 - B** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o. o., 30-017 Kraków, ul. Raclawicka 56,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 25 538 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty 12 769 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **MCSI Ltd. Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Z. Cybulskiego 3,**
 - B** kwoty 12 769 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Biura Informatyczno - Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o. o., 30-017 Kraków, ul. Raclawicka 56.**

Uzasadnienie

I. Uniwersytet Adama Mickiewicza, ul. Grunwaldzka 6, 60-780 Poznań (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę do 1 000 zestawów komputerowych z systemem operacyjnym, z prawem opcji. Zamawiający w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 26 marca 2009 r. pod numerem 2009/S-59084527 ogłosił postępowanie i zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 569 852,52 euro.

W dniu 16.07.2009 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania.

KIO/UZP 1189/09

W dniu 27.07.2009 r. MCSI Ltd. Sp. z o.o., ul. Z. Cybulskiego 3, 00-725 Warszawa (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 7.08.2009 r. (pismo z dn. 5.08.2009 r., doręczone 7.08.2009 r.) poprzez jego częściowe oddalenie (co do jednego z podnoszonych zarzutów Zamawiający stwierdził, iż jest wniesiony z uchybieniem terminu). Odwołujący w dniu 17.08.2009 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście, i następnie w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m. in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Kabit, Slash i Gamatronic (w proteście podniesiono również inne zarzuty, ale wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego, w odwołaniu podtrzymano tylko ten zarzut).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał w SIWZ, w punkcie "wydajność komputera" aby komputery w zaoferowanej konfiguracji znajdowały się na liście umieszczanej na stronie internetowej producenta programu mierzącego wydajność SysMark 2007, firmy BAPCO z wynikiem minimum 134 pkt.

Z kolei w odpowiedzi udzielonej na pytanie jednego z wykonawców z dnia 27 maja 2009 r., Zamawiający uznał, iż zaoferowany sprzęt spełni również jego wymóg co do „wydajności komputera” w przypadku, gdy zostanie załączony do oferty „wydrukowany raport wygenerowany przez program SysMark 2007 z wynikiem testu, który potwierdza, że

komputer w zaoferowanej przez Oferenta konfiguracji sprzętowej w teście SysMark 2007 Preview Rating osiąga wynik min. 134 pkt." Do ofert Konsorcjum Kabit, Slash i Gamatronic takiego raportu nie załączono, a zaoferowany przez nie sprzęt nie znajduje się również na stronie internetowej formy BABCO. Zamawiający wezwał tychże wykonawców do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, co zdaniem Odwołującego było nieprawidłowe.

Zdaniem Odwołującego "Raport wydajności" nie jest dokumentem, który podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, gdyż nie należy do żadnego z rodzajów dokumentów wymienionych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.; dalej: Rozporządzenie), wobec czego Zamawiający nie miał prawa do wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający, w zakresie opisanego wyżej zarzutu podniesionego w proteście, odrzucił protest jako wniesiony po terminie.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący został wezwany pismem z dnia 23.06.2009 r. do złożenia brakującego dokumentu: raportu wydajności (z programu SysMark 2007 Preview Rating). Protestujący otrzymał ww. pismo w dniu 24.06.2009r. Zatem wobec Protestującego Zamawiający dokonał tej samej czynności (wezwania do złożenia przedmiotowego dokumentu), jak w stosunku do innych Wykonawców, o których mowa w proteście (Konsorcjum Kabit, Slash i Gamatronic). W związku z powyższym jeśli Odwołujący uznał, iż Zamawiający dokonał czynności niezgodnej z przepisami powinien oprotestować tę czynność w terminie 10 dni od dnia otrzymania ww. pisma, tj. dnia w którym powziął wiadomość o dokonaniu czynności przez Zamawiającego. Termin ten upłynął w dniu 04.07.2009 r.

Wobec takiego rozstrzygnięcia, Odwołujący wniósł odwołanie, podtrzymując argumentację protestu. Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert prowadzącej do odrzucenia ofert Wykonawców konsorcjum Kabit, Slash, Gamatronic,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej prowadzące do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

KIO/UZP 1207/09

W dniu 24.07.2009 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego protest złożył Mariusz Ołubczyński, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPH Gamatronic System, ul. Goździkowa 6, 60-175 Poznań (dalej: Gamatronic), w którym m.in. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Koncept, mimo że jest ona niezgodna z treścią SIWZ. Protestujący wskazał, że Zamawiający w treści SIWZ, Załącznik Nr A „Opis przedmiotu zamówienia”, sformułował wymóg, aby płyta główna oferowanego komputera wyposażona była w złącze eSATA

Wykonawcy Koncept oraz Hardsoft-Telekom w złożonych ofertach zaoferowali komputery Actina Sierra, co wynika z załączonych do ofert „Sprawozdań z badań w zakresie pomiaru hałasu” (raportów głośności). Mianowicie z raportu z testów głośności wykonanym na jednostce centralnej komputera w oferowanej konfiguracji wynika, że komputer jest wyposażony w płytę główną Gigabyte GA-EQ45M-S2. Płyta ta nie jest wyposażona w złącze eSATA. Powyższe powoduje niespełnienie wymagań technicznych określonych w Załączniku Nr A do SIWZ przez komputery zaoferowane w ofertach Koncept oraz Hardsoft-Telekom, a w konsekwencji – w ocenie Protestującego - treść złożonych ofert nie odpowiada treści SIWZ, co powinno skutkować ich odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający protest w zakresie ww zarzutu uwzględnił w dn. 6.08.2009 r. Od takiego rozstrzygnięcia protestu w dniu 14.08.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) odwołanie złożyło Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe "Koncept" Sp. z o.o., ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków (dalej: Odwołujący bądź Koncept) uprzednio w dn. 31.07.2009 r. przyłączywszy się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (o wniesieniu protestu został zawiadomiony w dniu 30.07.2009 r.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 1 i 4, Prawa zamówień publicznych przez uwzględnienie zarzutów dotyczących oferty Odwołującego

Według Odwołującego, Zamawiający błędnie uwzględnił protest, akceptując argumentację protestu i przyjmując, że z oferty Koncept wynika, że raport głośności był przeprowadzony na modelu komputera, w którym została zamontowana płyta główna Gigabyte GA-EQ45M-S2, nie posiadająca złącza eSATA, a brak również wyprowadzenia tego portu na obudowie komputera, co miałyby wskazywać, że test głośności został przeprowadzony na modelu nie spełniającym wymogu SIWZ.

Zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi w piśmie Odwołującego z dnia 26.06.2009 r. oraz w pismach będących przystąpieniami do przedmiotowych protestów zaoferowany sprzęt spełnia wymóg Zamawiającego w zakresie posiadania złącza eSATA.

Odwołujący dla dodatkowego uwiarygodnienia swoich oświadczeń i oświadczeń producenta jak też innych dokumentów wniesionych wraz z ofertą w tym zakresie załączył do odwołania pismo Laboratorium Badawczego i Wzorcującego Instytutu Elektrotechniki, mające potwierdzić, iż wyprowadzenie na tylny panel komputera dedykowanych bracketów ze złączem eSATA nie wpływa w jakikolwiek sposób na poziom głośności emitowany przez komputer. Odwołujący wskazuje, iż stosownie do zapisów SIWZ (załącznik A-część atesty i standardy) zaoferowany komputer musi wykazywać się głośnością mierzoną zgodnie z normą ISO 7779 oraz wykazaną zgodnie z normą ISO 9296 w pozycji obserwatora w trybie jałowym (IOLE) nie przekraczająca określonej wartości. Jak jednoznacznie wynika – w ocenie Odwołującego - z dokumentów i oświadczeń załączonych przez Odwołującego do oferty (wymaganych i określonych ściśle przez Zamawiającego) oraz załączonej informacji do odwołania, zaoferowany sprzęt w pełni spełnia wymagania Zamawiającego w tym zakresie. Dla Odwołującego oczywiste jest, iż przedłożonych dokumentów wynika, iż to właśnie dla oferowanego modelu zostały przeprowadzone testy głośności, a Zamawiający w sposób bezpodstawny utożsamia określony w sposób zindywidualizowany sprzęt z modelem sprzętu.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie dokonanych przez Zamawiającego rozstrzygnięć protestów wniesionych przez firmy Gamatronic oraz MCSI, w zakresie dotyczącym Odwołującego i uznanie tych rozstrzygnięć za dokonane bezzasadnie, bezpodstawnie i z naruszeniem prawa;
2. unieważnienie czynności unieważnienia przez Zamawiającego dotychczasowych czynności (dokonanych przed rozstrzygnięciem przedmiotowych protestów) a polegających na unieważnieniu dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty (Odwołującego) oraz odrzucenia ofert w prowadzonym postępowaniu;
3. uznanie prawidłowości czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, którą jest oferta Odwołującego;
4. przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz załączonego pisma Laboratorium Badawczego i Wzorcującego Instytutu Elektrotechniki;
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili Gamatronic i MCSI Ltd Sp. z o.o.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego oba odwołania rozpoznano na rozprawie.

Izba uznała, że protest poprzedzony odwołaniem oznaczonym sygnaturą KIO/UZP 1189/09 był złożony w terminie, a biegł on od dnia, w którym Odwołujący dowiedział się o wyniku postępowania – zgodnie z art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, termin na wniesienie protestu biegnie od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołujący o zaniechaniu odrzucenia oprotestowanych ofert konkurencyjnych dowiedział się dopiero z chwilą doręczenia mu wyniku postępowania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Obaj Odwołujący mają interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia każdego z odwołań, i powtórnej oceny ofert, ich oferty znalazłyby się wyżej w rankingu ofert, a zatem zwiększyliby oni swoje szanse na uzyskanie zamówienia.

KIO/UZP 1189/09

Izba ustaliła w zakresie podniesionego zarzutu następujący stan faktyczny:

1. W pierwotnej treści specyfikacji, w części „Opis przedmiotu zamówienia” na str. 30 SIWZ opisano wymogi co do wydajności komputera i sposób jej potwierdzenia - komputery w zaoferowanej konfiguracji winny znajdować się na liście umieszczanej na stronie internetowej producenta programu mierzącego wydajność SysMark2007, firmy BAPCO z wynikiem minimum 134 pkt.
2. W odpowiedzi udzielonej na pytanie jednego z wykonawców z dnia 27 maja 2009 r., Zamawiający wskazał, iż dla potwierdzenia, że zaoferowany sprzęt spełni wymaganie SIWZ „wydajność komputera” do oferty można załączyć "wydrukowany raport wygenerowany przez program SysMark 2007 z wynikiem testu, który potwierdza, że komputer w zaoferowanej przez Oferenta konfiguracji sprzętowej w teście SysMark 2007 Preview Rating osiąga wynik min. 134 pkt." (kserokopia pisma Zamawiającego w aktach sprawy).
3. Do oprotestowanych ofert (Konsorcjum Kabit, Slash i Gamatronic) nie załączono "wydrukowanego raportu wygenerowanego przez program SysMark", ani zaoferowane w tychże ofertach komputery nie znajdowały się na liście umieszczonej na stronie internetowej producenta programu mierzącego wydajność Sysmark2007, firmy BAPCO, w związku z czym Zamawiający wezwał wykonawców do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (a oni w odpowiedzi na wezwanie przedłożyli wydrukowane raporty).

Skład orzekający stwierdził, że zachowanie Zamawiającego było prawidłowe – miał on nie tylko prawo, ale i obowiązek wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych to dokumenty i oświadczenia bądź potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bądź potwierdzające spełnianie „przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego”. W ocenie składu orzekającego wydruk potwierdzający wymaganą przez Zamawiającego wydajność komputera w określonej konfiguracji bez wątplenia można zaliczyć do dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że zaoferowane komputery spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, zatem są do dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Bez znaczenia dla oceny możliwości uzupełnienia tychże dokumentów i oświadczeń jest możliwość przyporządkowania ich do którejkolwiek z grup dokumentów, o których mowa w Rozporządzeniu, tak jak nie ma znaczenia rozstrzygnięcie, czy „wydruk z programu (...)” jest „dokumentem” czy raczej „oświadczeniem” wykonawcy.

Izba bada postępowanie wyłącznie w zakresie podnoszonych zarzutów – i nie poddaje globalnej ocenie wszystkich czynności w postępowaniu.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego, że nie doszło do skutecznej modyfikacji SIWZ, przez dopuszczenie potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego w inny sposób, niż określony pierwotnie w SIWZ. Niewątpliwie Zamawiający dopuścił alternatywny wobec wcześniej określonego sposób potwierdzenia spełnienia jego wymagań co do wydajności sprzętu. Dla oceny dopuszczalności uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych decydujące znaczenie ma możliwość zaklasyfikowania do jednej z dwóch grup, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (czy są to dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czy potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia – do tej grupy należy bez wątplenia „raport wydajności”).

Wobec powyższego skład orzekający stwierdził, że Zamawiający postąpił prawidłowo, wzywając wykonawców (Konsorcjum Kabit, Slash i Gamatronic) do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń (w tym przypadku „wydruku z programu (...)”) w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zatem oddalono zarzut podnoszony przez Odwołującego.

KIO/UZP 1207/09

Izba ustaliła w zakresie podnoszonego zarzutu następujący stan faktyczny:

1. Zamawiający w treści SIWZ, Załącznik Nr A „Opis przedmiotu zamówienia”, sformułował wymóg, iż płyta główna oferowanego komputera powinna być wyposażona w złącze eSATA.
2. Koncept (Odwołujący w postępowaniu KIO/UZP 1207/09) oraz Hardsoft-Telekom w złożonych ofertach zaoferowali komputery Actina Sierra.
3. Z raportu z testów głośności wykonanym na tychże komputerach wynika, że komputer Actina Sierra jest wyposażony w płytę główną Gigabyte GA-EQ45M-S2. Płyta ta nie jest fabrycznie wyposażona w złącze eSATA. Wykazał to Zamawiający na rozprawie okazując zdjęcia komputera, na których brak złącza eSata, oraz Przystępujący Gamatronic, wskazując na fabryczne cechy płyty Gigabyte GA-EQ45M-S2. Jednoznacznie potwierdza to złożone na rozprawie przez Zamawiającego pismo z dn. 28.08.2009 r. Laboratorium Badawczego, w którym przeprowadzono badanie głośności.

Według Odwołującego, „Zamawiający w sposób bezpodstawny utożsamia określony w sposób zindywidualizowany sprzęt z modelem sprzętu”, a przez takie stwierdzenie Odwołujący wydaje się sugerować, że oferowany jest sprzęt określony co do tożsamości (odpowiadający konkretnym wymaganiom Zamawiającego, tj. m.in. wyposażony w złącze eSata), a badany był sprzęt oznaczony co do gatunku. W ocenie Izby taka argumentacja Odwołującego jest błędna, a poddany testom głośności miał być sprzęt w konfiguracji, która została zaoferowana. Dla możliwości zaoferowania określonego sprzętu w postępowaniu nie ma znaczenia, czy istnieje on w chwili składania ofert – wystarczy, że jego wytworzenie jest technicznie możliwe. W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jednak co najmniej jedna jednostka centralna (komputer w wymaganej przez SIWZ konfiguracji) musiała istnieć przed datą składania ofert, skoro do oferty należało załączyć raporty dotyczące głośności i wydajności oferowanego sprzętu.

Skład orzekający uznał, że proponowany przez Odwołującego sposób montażu złącza (przez wyprowadzenie go na zewnątrz obudowy) może mieć wpływ na głośność komputera. Niewątpliwie będzie to dodatkowy element zamontowany w obudowie komputera, który, przez sposób podłączenia, może mieć wpływ na obieg powietrza i tym

samym na głośność jednostki centralnej. Oczywiście ten wpływ może być nikły i nie mieć wpływu na raport głośności w ten sposób, że zaoferowane przez Odwołującego komputery nie spełniałyby wymagań Zamawiającego, jednak tej okoliczności Odwołujący nie wykazał. Pismo Laboratorium z dnia 12.08.2009r., które Odwołujący załączył do odwołania, skierowane do osoby trzeciej (Action S.A.) nie może być w ocenie Izby uznane za dowód okoliczności, że zamontowanie złącza eSata w sprzęcie oferowanym przez Odwołującego nie wpłynie na poziom hałasu. Po pierwsze, jest ono skierowane do osoby trzeciej, nie ma pewności, czy Laboratorium wyrażając opinię zawartą w piśmie wzięło pod uwagę sposób montażu dokładnie taki, jak proponowany przez Odwołującego. Po drugie – z pisma Laboratorium datowanego później, na dzień 28.08.2009 r., a odnoszącego się jednoznacznie do raportu głośności załączonego przez Odwołującego do oferty, wynika, że „dodatkowe elementy umieszczone w badanym komputerze mogą mieć wpływ na poziom emitowanego hałasu”. Opinia ta została wyrażona w kontekście wcześniejszego (w zdaniu poprzedzającym) oświadczenia, że badanie sprzętu oferowanego przez Odwołującego obejmowało sprzęt nie posiadający złącza eSata.

Z załączonego do oferty Odwołującego raportu głośności wynikało, że od czasu dostarczenia sprzętu do badania do czasu przeprowadzenia badania minęły trzy dni, a samo badanie trwa jeden dzień. Zatem nie było żadnych przeszkód czasowych, aby Odwołujący taki raport – dla sprzętu w kompletnej, oferowanej konfiguracji - przedłożył.

Dla oceny podnoszonego zarzutu nie miało znaczenia, czy Zamawiający dopuszczał możliwość takiego podłączenia złącza eSata, jak proponował Odwołujący – ponieważ pod tym względem Zamawiający nie zakwestionował zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, zatem Izba nie badała tej kwestii.

Skoro skład orzekający uznał za udowodnione, że raport głośności przeprowadzono na jednostce centralnej niewyposażonej w złącze eSata, to niewątpliwie oferta Odwołującego jest wadliwa o tyle, że albo zaoferował on komputery niewyposażone w złącze eSata (co wynika z raportu głośności na str. 14 oferty), albo do oferty nie załączył raportu głośności komputera w zaoferowanej (na str. 6 oferty) konfiguracji. Niezależnie od tego, który z dwóch powyższych wariantów przyjąć, treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Należy zauważyć, że gdyby przyjąć wariant drugi, tzn. założyć, że Odwołujący zaoferował sprzęt taki jak w opisie technicznym oferowanych urządzeń (s. 6 oferty), tj. wyposażony w złącze eSata, lecz nie załączył do oferty raportu głośności sprzętu w oferowanej konfiguracji, można byłoby brać pod uwagę możliwość wezwania do uzupełnienia raportu w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych – jako dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymogi Zamawiającego, tj. dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, lecz po pierwsze, taki wątek nie pojawił się w ogóle w argumentacji Odwołującego (nie zarzucał on naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa

zamówień publicznych), a po drugie pod znakiem zapytania stoi możliwość uzyskania takiego raportu przez Odwołującego potwierdzającego wymogi Zamawiającego „na dzień składania ofert”. Niewątpliwie, gdyby Odwołujący takim dokumentem (tzn. raportem głośności komputera wyposażonego w złącze eSata) dysponował, to przedstawiłby go najpóźniej na rozprawie przed Izba.

Ciężar dowodu, zgodnie z regułą wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego, ciąży na wywodzącym z danej okoliczności skutki prawne – w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że proponowany przez niego sposób montażu złącza eSata nie będzie miał wpływu na raport głośności, a do oferty załączył raport głośności jednostki niewyposażonej w takie łącze.

Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 1 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Na podstawie par. 28 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.) w sprawach sygn. akt. KIO/UZP 1189/09 i KIO/UZP 1207/09 wydano wyrok łączny.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....