

Sygn. akt: KIO 1553/11

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: INTARIS Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Techelon Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4226 z siedzibą w Warszawie reprezentowaną przez Agencję Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko Sp.j., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania nr 6 i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenia oferty pierwotnie uznanej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza w tym zadaniu**
2. **kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową 4226 z siedzibą w Warszawie reprezentowaną przez Agencję Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa reprezentowany przez Agencję Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa 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 zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: INTARIS Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Techelon Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **Jednostki Wojskowej 4226 z siedzibą w Warszawie reprezentowana przez Agencję Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa** reprezentowany przez **Agencję Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: INTARIS Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Techelon Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa** kwotę: **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz koszty 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. 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1553/11

Uzasadnienie

Skarb Państwa Minister Obrony Narodowej reprezentowany przez Agencję Mienia Wojskowego w Warszawie wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawy stacji roboczych i stacji graficznych”. W postępowaniu tym, w związku z § 1 i § 2 decyzji 98/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 29 marca 2011 r., dokonano zmiany podmiotu zamawiającego prowadzącego przedmiotowe postępowanie na Jednostkę Wojskową 4226 z siedzibą w Warszawie, który to podmiot zamawiający w dniu 15 kwietnia 2011 r. ustanowił swojego pełnomocnika w postępowaniu, tj. Agencję Mienia Wojskowego w Warszawie (dalej: „Zamawiający”). Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 marca 2011 r. pod nr 2011/S 44-072582. Przedmiotowe zamówienie zostało przez Zamawiającego podzielone na siedem części z możliwością składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: INTARIS Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Techelon Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum Intaris”) w dniu 21 lipca 2011 r. złożyli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące części szóstej zamówienia: „Stacja graficzna SG (ade)”. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dacie jego złożenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Złożone odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego polegającej na wyborze we wskazanej części zamówienia oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko Sp. j. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Przystępujący LOCO”). O wskazanej czynności Zamawiający poinformował Odwołującego pismem przesłanym faksem w dniu 11 lipca 2011 r.

Do postępowania odwoławczego na skutek wezwania Zamawiającego skierowanego do wykonawców w dniu 23 lipca 2011 r. swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

w dniu 25 lipca 2011 r. złożył wykonawca LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko Sp. j. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Przystępujący” lub „LOCO”).

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż treść oferty złożonej przez LOCO odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – (dalej: „SIWZ”), a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, pomimo że jej treść nieodpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez bezprawne i bezzasadne dopuszczenie do dokonania zmian w ofercie na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty LOCO i w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części zamówienia nr 6.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał na określone niezgodności treści oferty LOCO z treścią SIWZ, które w jego ocenie winny skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy. W tym zakresie wskazał na:

1. Opis parametru procesora wielordzeniowego.

Podkreślił, że Zamawiający wymagał w Załączniku nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia - w pkt 6 ppkt 6) dla części zamówienia nr 6 (strona 22 - poz. 2 tabeli), aby

zaoferowany procesor spełniał następujące wymaganie: „*dwa procesory rdzeniowe, o architekturze zgodnej z x86, 64-bitowe, uzyskujące w teście SPECint_rate2006 wynik 310 pkt. Potwierdzeniem spełniania tego wymogu będzie załączony przez Wykonawcę, do oferty oraz dostarczonego sprzętu, wydruk z przeprowadzonych testów potwierdzający, iż procesory w oferowanej konfiguracji komputera osiągnęły wymagany wynik. Testy muszą być potwierdzone przez producenta komputera lub jego przedstawiciela w Polsce.*” Wykonawca LOCO w ofercie na stronie 15 w załączniku nr 2f - formularz „Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu” wskazał, iż oferuje: „*2 procesory wielordzeniowe, o architekturze zgodnej z x86, 64-bitowe, uzyskujące w teście SPECint_rate2006 przeprowadzonym na komputerze w oferowanej konfiguracji wynik 344 punkty*”. Wykonawca ten nie załączył jednak do oferty wydruku z przeprowadzonych testów potwierdzającego, iż procesory w oferowanej konfiguracji komputera osiągnęły wymagany wynik. Zatem LOCO nie potwierdził, że oferowany przez niego procesor osiąga w testach wynik 344 punktów. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów LOCO przedłożył wydruk z testów, z których wynika, że w teście SPECint_rate2006 procesor osiąga wynik 310 pkt. Powyższe – zdaniem Odwołującego - oznacza, iż przedłożony Zamawiającemu wynik testu dotyczy innego, niż zaoferowany, procesora.

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, iż oferta LOCO jako niezgodna z treścią SIWZ podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zaoferowany przez LOCO procesor nie spełnia wymagań Zamawiającego, ponieważ załączony wydruk testu dotyczy innego procesora (osiągającego wynik 310 pkt), niż zaoferowany przez LOCO (344 pkt). Wskazał, że Zamawiający wyraźnie wymagał, aby wydruk z przeprowadzonych testów potwierdzał, iż procesor osiągnął wymagany wynik w oferowanej konfiguracji komputera. W tym przypadku – zdaniem Odwołującego - mamy do czynienia niejako z niedozwolonym uzupełnieniem oferty, a tym samym z dokonaniem oceny oferty LOCO z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez dokonanie wyboru oferty niespełniającej wymagań określonych w SIWZ. Odwołujący wskazał także na orzecznictwo KIO odnoszące się do zastosowania trybu określonego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które nie może stać w sprzeczności z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż uzupełnienie dokumentów przedmiotowych nie może prowadzić do dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Powyższe dowodzi, iż dokonane na skutek wezwania Zamawiającego uzupełnienia nie mogą prowadzić do jakichkolwiek zmian w treści oferty. Skoro zatem wykonawca w ofercie zaoferował procesor osiągający w testach 344 punktów, a na skutek uzupełnienia dołączył wydruk z testów komputera w innej niż oferowana konfiguracji, to należy uznać, iż przedłożony w uzupełnieniu test nie jest po pierwsze testem zaoferowanego sprzętu (skoro wynik testu to 310 pkt), a po drugie stanowi niedozwoloną na gruncie ustawy Pzp zmianę treści oferty.

Wskazał także, że powtórne wezwanie w tym zakresie wykonawcy LOCO jest niedopuszczalne w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący podniósł również, iż dokument „specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu” wymagany przez Zamawiającego od wykonawców, dotyczy merytorycznego zakresu oferty, stanowiąc treść oferty, która jako taka - stosownie do przywołanych regulacji ustawy Pzp - nie podlega zmianom. Niewątpliwie zatem specyfikacja techniczna nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Ewentualne zatem wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu byłoby działaniem nieuprawnionym w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

2. Brak zaoferowania dysku twardego w wyjmowanej kieszeni

Zamawiający wymagał w załączniku nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia - w pkt 6 ppkt 6) dla części zamówienia nr 6 (strona 22 - poz. 5 tabeli), aby dysk twardy był w wyjmowanej kieszeni. Wykonawca LOCO na stronie 15 oferty podał, że dysk, który oferuje jest w wyjmowanej kieszeni. Odwołujący wskazał jednak, że biorąc pod uwagę budowę zaoferowanego przez Przystępującego urządzenia, tj. CELSIUS, wynika, że nie posiada on wyjmowanej kieszeni. Dysk w wyjmowanej kieszeni to taki, który powinien zostać zainstalowany w zewnętrznej kieszeni 5 1/4 cala z możliwością beznarzędziowego wyjęcia. CELSIUS posiada 3 zatoki 5 1/4 cala na zewnątrz obudowy. Skoro tak, to po umieszczeniu w jednej zatoce dysku, a w drugiej napędu optycznego pozostaje wyłącznie jedna wolna zatoka, a wymagane są przynajmniej dwie (zgodnie z 6 ppkt 6 poz. 12 - napęd optyczny) „wnęki na napędy: 3 x 5.25” zewnętrzne (2 wolne po zainstalowaniu napędu optycznego), 4 x 3,5” wewnętrzne”. W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego - wykonawca LOCO zaoferował sprzęt niespełniający wymagań Zamawiającego.

3. Płyta główna niezgodna z treścią SIWZ

W pkt 6 ppkt 6 poz. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający żądał (po dokonaniu zmiany SIWZ pismem z dnia 21 marca 2011 roku), aby płyta główna wyposażona była w: „2 x PCI-Express x16, 2 x PCI-Express x8, „otwarte”, umożliwiające montaż kart długości x16. 1 x PCI-Express-X lub 1 x PCI, zintegrowany kontroler SATA z obsługą funkcji RAID 0 i 1 oraz zintegrowany układ szyfrujący Trusted Platform Module w wersji 1.2. Płyta musi być trwale oznaczona logo producenta komputera.”

Wykonawca LOCO na stronie 15 swojej oferty oświadczył, iż płyta główna będzie wyposażona w: 2 x PCI-Express x16, 3 x PCI-Express x8, „otwarte”, umożliwiające montaż

kart długości x16 i 1x PCI. Z budowy zaoferowanego urządzenia wynika jednak, że płyta główna oferowanego komputera Fujitsu CELSIUS posiada 2 x PCI-Express 2.0 x16, 3 x PCI-Express 2.0 x4 (mech. x8) oraz 1xPCI. Powyższe – zdaniem Odwołującego - oznacza, że opisane w ofercie LOCO sloty: 3x PCI-Express x8 (mech.), „otwarte”, umożliwiające montaż kart długości x16 nie spełniają minimalnych wymagań Zamawiającego ponieważ, co prawda mogą umożliwić montaż kart długości x16 (mechanicznie), ale osiągają przepustowość w przedziale: 10 Gbps/800MBps 20Gbps/1.6 GBps, natomiast wymagany slot PCI-Express x8 charakteryzuje się lepszym, wyższym zakresem przepustowości (przedział 20 Gbps/1.6 GBps - 40 Gbps/3.2 GBps). Z oferty LOCO wynika według Odwołującego, że zaproponowane rozwiązanie osiąga dwa razy mniejszą przepustowość niż minimalne wymagania Zamawiającego, co prowadzi do wniosku, że LOCO zaoferował formalnie płytę główną zgodnie z treścią SIWZ, jednak jest to deklaracja nierzetelna, niezgodna z rzeczywistością. Powyższe z kolei wskazuje na kolejną niezgodność treści oferty LOCO z treścią SIWZ.

4. Brak możliwości demontażu napędu optycznego bez konieczności użycia narzędzi

W załączniku nr 1 do SIWZ pkt 6 ppkt 6 poz. 13 (str. 23) Zamawiający wymagał, aby moduł konstrukcji obudowy komputera pozwalał na demontaż kart rozszerzeń i napędów bez konieczności użycia narzędzi (wyklucza się użycia wkrętów). Komputer zaoferowany przez wykonawcę LOCO nie umożliwia demontażu napędu optycznego w sposób wymagany w SIWZ, bowiem do wyjęcia napędu optycznego konieczne jest poluzowanie śrub, a przy tym wymaga się użycia narzędzi.

5. Oprogramowanie Nero zaproponowane w ofercie LOCO nie spełnia wymagań SIWZ.

W załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 8 Zamawiający wymagał, aby oprogramowanie dołączone do sprzętu komputerowego wyposażonego w nagrywarkę DVD zapewniało następującą funkcjonalność: interfejs w języku polskim, kopiowanie płyt CD i DVD, nagrywanie płyt CD i DVD, tworzenie płyt CD Audio z plików, wykorzystanie narzędzi do szyfrowania płyt i ochrony danych przed uszkodzeniem, obsługa menu kontekstowego systemu operacyjnego, wyświetlanie informacji o postępie nagrywania, kopiowania lub zgrzywania danych, narywanie płyt z obrazów płyt (min. ISO, BIN/CUE, DAT) i tworzenie kopii bezpieczeństwa plików, folderów, dysków i całego systemu w kilku prostych krokach. Oferowane przez LOCO oprogramowanie Nero Essentials XL wersja PL nie spełnia – zdaniem Odwołującego - wymagań SIWZ, bowiem nie posiada narzędzi do szyfrowania

i ochrony danych przed uszkodzeniem tym samym nie spełnia wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności w tym zakresie.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w pełnym zakresie dodatkowo, przedkładając do akt sprawy następujące dowody w sprawie:

- treść odwołania LOCO z 14 marca 2011 r. złożonego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na etapie SIWZ;
- korespondencję mailową prowadzoną z Fujitsu Technology Solution GmbH, z dnia 15 lipca 2011 r. i 18 lipca 2011 r., prowadzoną w języku niemieckim wraz z tłumaczeniem na język polski oraz notarialnym protokołem z przebiegu zdarzenia sporządzonym 26 lipca 2011 r.;
- ekspertyzę z 29 lipca 2011 r., sporządzoną przez Edwarda Beczyńskiego – prezydenta Stowarzyszenia KL7 Polska;
- oświadczenie producenta oprogramowania NERO, oferowanego przez LOCO, tj. firmę NERO AG z siedzibą w Niemczech z dnia 21 lipca 2011 r. w oryginalnej wersji językowej wraz z tłumaczeniem.

Odwołujący odniósł się także do informacji Zamawiającego o uzyskanych przez niego od LOCO po złożeniu odwołania. Wskazał na niedopuszczalność takiej procedury dokonanej przez Zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej. Podkreślił także, że udzielone w tym trybie przez LOCO wyjaśnienia jedynie potwierdzają literalnie spełnianie wymogów SIWZ bez szczegółowego odnoszenia się do wykazywanych niezgodności treści oferty.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 2 sierpnia 2011 r. w toku posiedzenia Izby złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że wykonawca LOCO w swojej ofercie złożył oświadczenie o tym, że oferowany przez niego procesor osiąga w teście SPECint_rate2006 wynik 344 punkty. Jednocześnie też Zamawiający stwierdził, że złożony w trybie uzupełniania dokumentów na wezwanie Zamawiającego wydruk z testu dotyczy komputera w oferowanej konfiguracji. Powyższe – jego zdaniem – potwierdza, że mamy do czynienia z tym samym procesorem (Intel Xeon X5650), takim samym dyskiem twardym (1x500GB SATA II 7200 RPM) oraz taką samą pamięcią RAM (12GGB), jak w załączonym do oferty formularzu 2f (Specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu). Wszystkie te parametry - jego zdaniem - potwierdzają spełnianie wymagań określonych w załączniku nr 1

do SIWZ. Co do wyniku załączonego w wyniku uzupełniania dokumentów testu to Zamawiający stwierdził, że jest on także zgodny z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 1 do SIWZ, w związku z czym Zamawiający uznał, że dotyczy on oferowanego sprzętu, który także spełnia wymagania SIWZ. Podkreślił, że niezależnie od tego, który z testów przyjmujemy – załączony do oferty, czy uzupełniony na wezwanie Zamawiającego - obydwa spełniają wymogi SIWZ. Wskazał on także, że uzupełniony test stanowi element oferty, co tym samym uprawniałoby Zamawiającego do poprawienia omyłki, nie powodując niedozwolonych negocjacji oraz niedopuszczalnych zmian w treści oferty. Rodzaj wskazanego uchybienia nie mógł wpłynąć na wybór oferty najkorzystniejszej ponieważ oferta LOCO spełnia wymogi SIWZ.

Co do pozostałych zarzutów dotyczących stacji graficznej oferowanej przez LOCO Zamawiający poinformował, iż w treści tej oferty brak jest podstaw do powzięcia tych informacji, zaś zgodnie z oświadczeniem LOCO złożonym w treści oferty oferowany sprzęt spełnia warunki, które stały się podstawą podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, co LOCO potwierdził dodatkowo oświadczeniem złożonym Zamawiającego w dniu 27 lipca 2011 r.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko. Dodatkowo wskazał, że po złożeniu odwołania, pismem z dnia 25 lipca 2011 r., zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do LOCO o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty co do wykazywanych przez Odwołującego niezgodności. W wyniku tych wyjaśnień udzielonych w piśmie z dnia 27 lipca 2011 r. uzyskał od LOCO potwierdzenie spełniania wymogów SIWZ tak co do 2 złącz PCI Express o wymaganej długości i przepustowości, jak i posiadania przez oferowane urządzenie obudowy pozwalającej na demontaż kart rozszerzenia napędów bez konieczności używania narzędzi lub wkrętów, jak i spełniania wymogu dotyczącego posiadania narzędzi do szyfrowania płyt i ochrony danych przed uszkodzeniem jeżeli chodzi o wskazane oprogramowanie.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący LOCO w pisemnym zgłoszeniu przystąpienia w pełnym zakresie poparł Zamawiającego w niniejszym postępowaniu odwoławczym. W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko. Dodatkowo podniósł, że parametry oferowanego urządzenia tak w treści oferty – zał. nr 2f, jak i w przedłożonym w wyniku uzupełnienia dokumentacji - teście - są tożsame, Odwołujący zaś nie dowiódł, iż uzupełniony test dotyczyłby innego sprzętu, niż oferowane. Nieścisłość co do wyników testu można było - jego zdaniem - potraktować jako omyłkę, która ma charakter nieistotny.

Przystępujący podważył wiarygodność dowodów przedłożonych w sprawie przez Odwołującego. Przedłożył też oświadczenie Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z dnia

29 lipca 2011 r., na które się powołał, wskazując, że z tą firmą będzie współpracował przy realizacji przedmiotu zamówienia. Powołał się na wyjaśnienia do zapytania nr 6 – pismo Zamawiającego z dnia 21 marca 2011 r. nr 2231, str. 4., gdzie Zamawiający dopuścił 2 otwarte gniazda PC Express x8 umożliwiające montaż kart długości x16. Wskazał, iż kwestionowany przez Odwołującego wymóg należy interpretować łącznie z zapisami SIWZ dotyczącymi karty graficznej, która to karta została zgodnie z wymogami SIWZ przez LOCO zaoferowana. Podkreślił, że w SIWZ Zamawiający nie wskazywał, jakiej generacji złącza były wymagane, Przystępujący zaś zaoferował złącze 2 generacji, które dopuszcza możliwość montażu karty długości x16, co spełnia wymagania SIWZ. Podkreślił, że Odwołujący w treści odwołania powoływał się na określenie PCI Express 2.0 x4, które to dookreślenie nie występowało w SIWZ, a jednocześnie nie wskazuje ono na sprzeczność z SIWZ. Podkreślił, że złącza oferowane przez niego o długości x8 2 generacji (elektrycznie x4) są dwa razy szybsze niż wymagane złącze 1 generacji x8, zaś Zamawiający, udzielając wyjaśnień do SIWZ w tym zakresie, nie ustosunkował się co do tego, czy gniazdo o długości x 8 odnosi się do konfiguracji elektrycznej czy mechanicznej. Wskazał on jedynie cel, jak chciałby osiągnąć, który oferowane przez Przystępującego złącze zapewnia. Wskazywał także, że z zapisu o przepustowości w zapytaniu Zamawiającego skierowanym do LOCO w dniu 25 lipca 2011 r. nie można wywodzić, że SIWZ wskazywała na wymóg przepustowości x8.

Co do zarzutu dotyczącego oprogramowania wskazuje, że wymóg SIWZ dotyczył wykorzystania narzędzia do szyfrowania płyt i ochrony danych przed uszkodzeniem, a nie wykorzystania oprogramowania, które będzie tę funkcjonalność realizowało. Wskazał, iż narzędzie, które Przystępujący zastosuje do realizacji przedmiotowego zamówienia będzie pochodziło od firmy Fujitsu, która to firma ma prawo modyfikacji oferowanego oprogramowania NERO. Wskazał też, że aplikacja tego oprogramowania jest dystrybuowana i konfigurowana przez producenta sprzętu, a nie przez firmę NERO. Co do kwestii związanej z oprogramowaniem i wymaganych w tym zakresie funkcjonalności wskazał, że Zamawiający w SIWZ nie żądał żadnych dodatkowych dokumentów na potwierdzenie spełnienia tej funkcjonalności.

Co do kwestii związanej z wymogiem wyjmowanej kieszeni wskazał na rysunek zawarty na str. 65 swojej oferty, gdzie w lewym górnym rogu znajduje się zdjęcie stacji roboczej, która w środkowej części stacji roboczej posiada wyjmowaną przy pomocy rączki kieszeń.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie dokonanego przez LOCO po stronie Zamawiającego. Wszystkie wymogi w tym zakresie wynikającego z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wypełnione.

Izba ustaliła także, że Odwołujący ma interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w kontekście zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy wybranego w postępowaniu. Wskazana czynność Zamawiającego wprost pozbawiła Odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne. Podstawą uwzględniania odwołania było potwierdzenie się jednego z zarzutów odwołania, odnoszącego się do spełniania wymogu wykorzystania narzędzia do szyfrowania płyt i ochrony danych przed uszkodzeniem przy oferowanym przez LOCO oprogramowaniu NERO. Izba tym samym stwierdziła, że oferta LOCO zawiera istotną sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, co skutkuje koniecznością jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba ustaliła, że Zamawiający w zmodyfikowanej wersji SIWZ w załączniku nr 1 „*Opis przedmiotu zamówienia*” w pkt 8 wskazał wymogi co do programu do nagrywania. Wskazał tam, że oprogramowanie dołączane do sprzętu komputerowego wyposażonego w nagrywarkę DVD powinno zapewnić m.in. następującą funkcjonalność: „*wykorzystanie narzędzia do szyfrowania płyt i ochrony danych przed uszkodzeniem*”. Informacje techniczne co do oferowanego sprzętu, w tym co do wymaganego

oprogramowania, należało zamieścić w określonym przez Zamawiającego dla części szóstej zamówienia załączniku nr 2f do SIWZ. Wykonawca LOCO w załączniku nr 2f na str. 16 oferty złożył oświadczenie o zaoferowaniu oprogramowania „*Nero Essentials (nazwa) XL (wersja) do nagrywania płyt polskojęzycznych i zgodnie z opisem zawartym w pkt 8 załącznika nr 1 do SIWZ*”.

W odwołaniu oraz w toku rozprawy Odwołujący wykazywał, że oferowane oprogramowanie nie spełnia wskazanej funkcjonalności. W tym zakresie przedłożył on określone dowody w sprawie, w tym oświadczenie firmy NERO AG – producenta oprogramowania. Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym. Podobnie uczynił Przystępujący, przedstawiając oświadczenie firmy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała za wiarygodny dowód przedstawiony w sprawie przez Odwołującego, tj. oświadczenie firmy NERO AG z siedzibą w Niemczech z dnia 21 lipca 2011 r. Treść tego oświadczenia wskazuje na to, że produkt oferowany przez LOCO, tj. oprogramowanie Nero Essentials XL nie spełnia wymogów zakresie funkcji szyfrowania oraz ochrony danych przed uszkodzeniem. Producent tego oprogramowania wskazywał także, że brak owej funkcjonalności oprogramowania Nero nie dotyczy tylko polskiej wersji językowej, ale wszystkich innych wersji językowych. Poinformował też, że NERO AG jest producentem i właścicielem praw autorskich i jedynym podmiotem upoważnionym do podejmowania wszelkich decyzji dotyczących modyfikacji lub wprowadzenia nowych wersji produktów softwarowych z rodziny Nero Essentials XL. Producent oprogramowania zatem oświadczył, że oferowane przez LOCO oprogramowanie NERO nie posiada wymaganej w tym postępowaniu funkcjonalności. Ponadto wskazał, że jest właścicielem praw autorskich dla tego oprogramowania. Z drugiej strony Przystępujący LOCO wskazał na to, że oferowane przez niego oprogramowanie spełnia przywołany wymóg SIWZ, powołując się na podmiot Fujitsu, z którym ma współpracować przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Przedłożone przez niego na potwierdzenie spełnienia przywołanej funkcjonalności z SIWZ oświadczenie firmy Fujitsu wskazuje na to, że aplikacja Nero Essentials XL wersja polska to pakiet oprogramowania konfigurowalny przez Fujitsu pod kątem konkretnych wymagań. Oświadczenie to ponadto wskazuje na to, że w oferowanej konfiguracji oprogramowanie to spełnia postanowienia SIWZ dotyczące programu do nagrywania w szczególności w zakresie wymogu wykorzystania narzędzia do szyfrowania płyt i ochrony danych przed uszkodzeniem.

Izba, rozpoznając wskazany zarzut uznała za bardziej wiarygodny dowodowo dokument oświadczenia złożonego przez producenta oprogramowania NERO. To producent oprogramowania, zdaniem Izby, ma stosowane uprawnienia do składania wiarygodnych oświadczeń w przedmiocie swoich produktów. Oświadczenie złożone przez inny podmiot,

z którego Przystępujący wywodzi odmienne treści niż wynikające z oświadczenia producenta oprogramowania, nie mogło być u podstaw oddalenia odwołania. Zdaniem Izby w tym przypadku oświadczenie o określonej treści złożone przez producenta oprogramowania (AG Nero) nie może zostać obalone oświadczeniem odmiennej treści pochodzące od producenta sprzętu (Fujitsu). Producent oprogramowania oświadcza, że żadna wersja wskazanego oprogramowania nie posiada określonej funkcjonalności, a tylko producent oprogramowania posiada stosowane uprawnienia (prawa autorskie) dające mu prawo do podejmowania decyzji o modyfikacji oprogramowania, czy wprowadzania nowych wersji określonych produktów. Powyższe nie może być skutecznie podważone przez inny podmiot, który nie wykazuje jednocześnie, choćby przykładowo ewentualnych uprawnień, które mógłby uzyskać w zakresie modyfikacji oprogramowania.

Zgodzić należy się z Przystępującym, że w samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie wymagał jakiegoś szczególnego potwierdzenia spełniania określonych wymogów SIWZ co do oczekiwanego oprogramowania. W tym zakresie wymagane było jedynie złożenie przez wykonawcę oświadczenia na przygotowanym przez Zamawiającego formularzu. Skoro jednak Odwołujący skutecznie podważył wiarygodność tego oświadczenia wykonawcy, podnosząc zarzut odwołania, a także przedkładając w tym zakresie stosowane dowody w sprawie, należało zweryfikować spełnianie przywołanej funkcjonalności oferowanego urządzenia przez firmę LOCO w ramach postępowania odwoławczego.

Powyższe ustalenia potwierdzają, że oferta LOCO jako sprzeczna z SIWZ powinna być przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Co do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że nie potwierdziły się one.

W zakresie zarzutu dotyczącego parametrów procesora wielordzeniowego Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 6 Załącznika nr 1 co do części szóstej w zakresie wymagań odnoszących się do procesora wskazał, że oferowane procesory mają uzyskać w teście SPECint_rate2006 wynik 310 pkt. Wskazał, że potwierdzeniem spełniania tego wymogu będzie załączony do oferty przez wykonawcę oraz dostarczonego sprzętu wydruk z przeprowadzonych testów potwierdzający, że procesory w oferowanej konfiguracji komputera osiągnęły wymagany wynik. LOCO w załączniku nr 2f do oferty wskazał wynik testów, które osiągają oferowane procesory na poziomie 344 punkty. Do oferty nie dołączono wymaganego testu. Uwzględniając powyższe Zamawiający pismem z dnia 14 czerwca 2011 r. wezwał LOCO do uzupełnienia wskazanego dokumentu. LOCO pismem z dnia

20 czerwca 2011 r. uzupełnił żądany dokument, który wskazywał na wynik testu na poziomie 310 pkt.

Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie wywodził, że firma LOCO poprzez przedłożenie testu z wynikami na poziomie 310 pkt zamiast oferowanych w załączniku nr 2f 344 pkt przedłożyła test dotyczący innej konfiguracji oferowanego sprzętu, zatem w sposób niedopuszczalny zmieniła treść swojej oferty.

Zamawiający, jak i Przystępujący nie zgodzili się ze stanowiskiem Odwołującego.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że w ofercie LOCO zachodzi sprzeczność z SIWZ, a tym samym brak jest podstaw do odrzucenia we wskazanym zakresie oferty tego wykonawcy. Wykonawca w treści oferty, jak i w uzupełnionym zgodnie z przepisami ustawy Pzp dokumentem przedmiotowym, jakim w tym przypadku są testy wydajnościowe procesora, spełniał wymóg SIWZ wyników tego testu na poziomie 310 pkt. Zakres wskazany w ofercie tego wykonawcy (344 pkt) obejmuje bowiem swoim zakresem także minimalny wymóg SIWZ (310 pkt). Argumentacja Odwołującego o tym, że poprzez przedłożenie nowych testów z nowymi, innymi niż wskazane w treści oferty, doszło do zmiany treści oferty, zdaniem Izby, nie zasługuje na uwzględnienie. O takiej sytuacji można byłoby mówić jedynie wtedy, gdyby parametry techniczne procesora i ewentualnie całej stacji graficznej w uzupełnionym dokumencie testów różniły się w stosunku do tychże parametrów opisanych w ofercie wykonawcy LOCO. Na takie różnice Odwołujący nie wskazał, ani w treści odwołania, ani też w toku rozprawy. Udzielając w tym zakresie odpowiedzi na zadane pytanie w toku rozprawy wprost do protokołu oświadczył, że parametry oferowanego sprzętu w tym przypadku są takie same, tak w ofercie LOCO, jak i w wynikach testów. Tym samym brak było podstaw do uznania, że wykonawca ten zaoferował w wyniku uzupełniania przedmiotowego dokumentu inne urządzenie niż pierwotnie wskazane w ofercie. Wskazana w ofercie wartość punktów z tytułu testów na poziomie 344, zdaniem Izby, zawiera w sobie minimalny oczekiwany wynik na poziomie 310 pkt, w tym także wymóg wynikający z uzupełnionego przedmiotowego dokumentu (wyniki testów). Z tych też względów brak było podstaw do kwestionowania w tym zakresie oferty LOCO.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku zaoferowania dysku twardego w wyjmowanej kieszeni oraz zarzutu braku możliwości demontażu napędu optycznego bez konieczności użycia narzędzi Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymogi w tym zakresie wprowadził także w pkt 6 Załącznika nr 1 co do części szóstej w zakresie wymagań odnoszących się do dysku twardego („w wyjmowanej kieszeni”) i co do obudowy („Obudowa musi być otwierana bez konieczności użycia narzędzi (wyklucza się użycie wkrętów) (...”). Wykonawca LOCO we wskazanych

punktach opisu załącznika nr 2f do SIWZ potwierdził spełnianie przywołanych wymogów SIWZ

Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie wskazywał na niezgodność oferty LOCO z treścią SIWZ we wskazanym zakresie, przedkładając dowód w sprawie, tj. ekspertyzę sporządzoną przez prywatnego eksperta.

Zamawiający, jak i Przystępujący nie zgodzili się ze stanowiskiem Odwołującego.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta LOCO nie spełnia przywołanych wymogów SIWZ. W tym zakresie Izba uznała wskazane w odwołaniu okoliczności za nieudowodnione. Odwołujący, zaprzeczając wymaganemu zgodnie z SIWZ oświadczeniu wykonawcy LOCO nie przedstawił wiarygodnych dowodów potwierdzających brak wyjmowanej kieszeni dla dysku twardego, jak i kwestii konieczności używania narzędzi do demontażu napędu optycznego oferowanego urządzenia. Przedłożona w tym zakresie ekspertyza stanowi prywatny dokument złożony w sprawie, który jedynie potwierdza, że określona osoba sporządzająca tę ekspertyzę prezentuje określony pogląd co do niespełnienia przez oferowane przez LOCO urządzenie wskazanych wymogów. Powyższe, w szczególności wobec opierania się przez autora ekspertyzy na niewiadomego pochodzenia źródłach, stanowiących podstawę wydania opinii (rysunki, specyfikacje techniczne, diagramy niewiadomego pochodzenia) nie może stanowić podstawy do uwzględnienia wskazanych zarzutów odwołania.

Także argumentacja co do tych zarzutów, zawarta w odwołaniu, oparta jedynie na twierdzeniach Odwołującego o niespełnieniu wskazanych wymogów w ofercie LOCO, nie była przekonująca dla Izby.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia wymogów co do płyty głównej w zakresie jej wyposażenia w 2 x PCI-Express x 16, 2 x PCI-Express x 8 „otwarte”, umożliwiające montaż kart długości x 16, 1 x PCI – Express-X lub 1 x PCI (...) Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymogi w tym zakresie wprowadził także w pkt 6 Załącznika nr 1 co do części szóstej w zakresie wymagań co do płyty głównej.

Wykonawca LOCO we wskazanych punktach opisu załącznika nr 2f do SIWZ potwierdził spełnianie przywołanych wymogów SIWZ

Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie wskazywał na niezgodność oferty LOCO z treścią SIWZ we wskazanym zakresie, przedkładając następujące dowody w sprawie:

- treść odwołania LOCO z 14 marca 2011 r. złożonego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na etapie SIWZ, z którego Odwołujący wywodził, że już na etapie SIWZ LOCO oczekiwało wprowadzenia do SIWZ wymogów

odnoszących się do płyty głównej w zakresie 2xPCI-Express elektrycznie x16/mechanicznie x16 i 3xPCI – Express elektrycznie x4/mechanicznie x8;

- korespondencję mailową prowadzoną z Fujitsu Technology Solution GmbH, z dnia 15 lipca 2011 r. i 18 lipca 2011 r., z której wywodził, że oferowana przez LOCO stacja Celsius R670-2 posiada sloty PCI-Express 2.0 x4(mech.. x8), nie zaś wymagane w SIWZ PCI-Express x8 „otwarte”, umożliwiające montaż kart długości x16 ;
- ekspertyzę z 29 lipca 2011 r., sporządzoną przez Edwarda Beczyńskiego – prezydenta Stowarzyszenia KL7 Polska, wskazującą, że wskazana stacja oferowana przez LOCO posiada trzy złącza PCI-Express 2,0 mechanicznie x8 ale o przepustowości tylko 4 GB.

Zamawiający, jak i Przystępujący nie zgodzili się ze stanowiskiem Odwołującego. Przystępujący wskazywał na wyjaśnienia treści SIWZ dokonane przez Zamawiającego w zakresie pytania nr 6, gdzie Zamawiający wyraźnie dopuścił 2 otwarte gniazda PCI-Express x8 umożliwiające montaż kart długości x16, wskazując jednocześnie, że zaproponowana zmiana jest dopuszczalna, ponieważ nie blokuje możliwości jednoczesnego zamontowania i uruchomienia 4 kart graficznych wykorzystujących złącza typu PCI-Express x16.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta LOCO nie spełnia przywołanego wymogu SIWZ. Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił w wystarczający sposób nie spełniania przywołanego wymogu SIWZ przez urządzenie oferowane przez LOCO. Przedłożone przez Odwołującego dowody, przede wszystkim korespondencja mailowa z firmą Fujitsu, nie potwierdzają, że płyta główna oferowanego przez LOCO urządzenia nie jest wyposażona w 2 otwarte gniazda PCI-Express x8, które umożliwiają montaż karty długości x16. Izba przychyliła się w tym względzie do stanowiska prezentowanego przez Przystępującego, że oczekiwana przez Zamawiającego funkcjonalność otwartości gniazd dla celu montażu kart długości x16 jest w urządzeniu LOCO zapewniona. W szczególności przekonująca była argumentacja Przystępującego o zastosowaniu w przypadku oferowanego przez niego rozwiązania złącz drugiej generacji, w sytuacji gdy Zamawiający nie określił w SIWZ konkretnie jakiej generacji złącza dopuszcza, które to złącza są dwa razy szybsze niż standardowe złącza. Do tego stanowiska Odwołujący merytorycznie nie ustosunkował się. Poza tym Przystępujący wskazał, że postanowienia SIWZ, jak też odpowiedź na zapytanie do SIWZ nie wskazywały wyraźnie, czy gniazdo o długości x8 odnosi się do konfiguracji elektrycznej, czy mechanicznej co stanowiło trzon argumentacji odwołania w odniesieniu do tego zarzutu. Poza tym Odwołujący swoją argumentację i przedstawione dowody oparł na wymogu PCI Express 2.0 x4, które to dookreślenie potwierdza wymóg SIWZ uzyskania określonej funkcjonalności przez Zamawiającego. Przedłożona w tym zakresie ekspertyza ze wskazanych powyżej względów także nie mogła być uznana za wiarygodny dowód w sprawie.

Z tych też względów Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zarzutu .

Tym samym Izba wobec potwierdzenia się jednego zarzutu, wskazującego na niegodność oferty LOCO z treścią SIWZ i uznając, że stwierdzone naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu oraz odrzucenie oferty LOCO.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Zamawiającego, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła - stosownie do § 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):

- koszty wpisu uiszczanego w należnej – zgodnej § 1 ust. 2 pkt 1) wskazanego rozporządzenia - wysokości od złożonego odwołania, tj. 15 000 zł oraz
- koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, o których mowa w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia na podstawie przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy rachunku.

Przewodniczący: