

Sygn. akt: KIO 1578/13

WYROK
z dnia 16 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 lipca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 czerwca 2013 r.** przez wykonawcę **Flexvision Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 17g, 54-530 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wałbrzych, pl. Magistracki 1, 58-300 Wałbrzych**

przy udziale wykonawcę „**TDC Polska**” S.C. J..... N....., Z..... N....., ul. **Wyspiańskiego 9a, 64-920 Piła** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1578/13 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Flexvision Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 17g, 54-530 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Flexvision Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 17g, 54-530 Wrocław**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1578/13

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa, montaż i konfiguracja 5 ekranów LED (telebimów) w ramach projektu pn.: „Telebimy - nowoczesne e-usługi w dziedzinie turystyki i kultury w dolnośląskich gminach”, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013”, zostało wszczęte przez Gminę Wałbrzych, pl. Magistracki 1, 58-300 Wałbrzych zwana dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 010-012477 z dnia 15.01.2013 r.

W dniu 19.06.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: „TDC Polska” S.C. Jacek Nyga, Zenon Nyga, ul. Wyspiańskiego 9a, 64-920 Piła zwana dalej: „TDC Polska” S.C. Jacek Nyga, Zenon Nyga” albo „Przystępującym”. Nadto, poinformował także o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” firmy: Flexvision Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 17g, 54-530 Wrocław zwanej dalej: „Flexvision Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. W konsekwencji jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp. Zamawiający wskazał, że Flexvision Sp. z o.o. nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził, iż w złożonej przez Odwołującego ofercie oraz w dokumentach uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego, nie znalazły się dokumenty potwierdzające spełnienie postawionych przez Zamawiającego wymagań odnośnie jednostki sterującej ekranami LED. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, iż testy wydajności SYSmark 2007 dotyczące jednostki sterującej ekranami LED zostały przeprowadzone na dwóch dyskach zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Sekcja testu dotycząca dysków zawiera tylko jeden dysk. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ w/w test należało przeprowadzić na dwóch dyskach.

W dniu 28.06.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. art. 180 ust.1 w zw. z art. 179 Pzp odwołanie: Flexvision Sp. z o.o. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.06.2013 r. (e-mailem oraz faxem). Przedmiotem zaskarżenia było:

- a) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy „TDC Polska” S.C. J..... N....., Z..... N.....;
- b) wykluczeniu wykonawcy Flexvision Sp. z o.o.;

c) zaniechaniu wyboru oferty Flexvision Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp - poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N....., mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków w postępowaniu;

2) art. 24 ust. 4 Pzp - poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N.....

3) art. 91 ust 1 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w oderwaniu od kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. *Zarzucił jednocześnie Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 Pzp poprzez jego dowolną i naruszającą zasady uczciwej konkurencji interpretację ustalonych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ warunków udziału w postępowaniu, które wykonawcy ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązani są złożyć.* Żądał:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego dotyczącej wyboru oferty złożonej przez wykonawcę TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N..... jako najkorzystniejszej;

2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty;

3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu. Jednocześnie wnosił o: 1. dopuszczenie dowodu z przesłuchania Wojciecha Włodarskiego w charakterze Odwołującego; 2. dopuszczenie dowodu z przesłuchania Rafała Borowca, przedstawiciela firmy Dell Sp. z o.o. w charakterze świadka.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający realizując wyrok KIO z dnia 09.05.2013 r., sygn. akt: KIO 955/13, pismem z dnia 13.06.2013 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, po czym nie unieważniając w żaden sposób w/w czynności pismem z dnia 19.06.2013 r. dokonał ponownej oceny ofert i wybrał ofertę wykonawcy TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N..... jako najkorzystniejszą postanawiając jednocześnie o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty. Odwołujący nie może zgodzić się z powyższą decyzją Zamawiającego i uważa że podjęte przez niego czynności po wydaniu wyroku KIO z dnia 09.05.2013 r., sygn. akt: KIO 955/13 pozostają w sprzeczności z obowiązującymi przepisami ustawy. Odwołujący podnosił, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający już dwukrotnie wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, złożoną w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający pismem z dnia 15.04.2013 r., po raz pierwszy poinformował Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Następnie, w wyniku odwołania złożonego przez TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N..... w dniu 24.04.2013 r. oraz na podstawie wyroku KIO z dnia 09.05.2013 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 955/13 Zamawiający dokonał powtórnej oceny złożonych ofert i wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w dniu 29.05.2013 r.

przesłał do Odwołującego pismo, w którym powołując się na art. 26 ust 3 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających fakt, iż oferowana przez Odwołującego jednostka sterująca ekranami LED spełnia wymagania postawione w SIWZ przedmiotowego postępowania, wnosił o uzupełnienie: 1. wyników testów przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji, potwierdzających osiągnięcie przez oferowany zestaw komputerowy wymaganego wyniku w zakresie wydajności (wynik w postaci wydruku z programu Sysmark 2007 Preview); 2. dokumentu (np. certyfikatu) potwierdzającego spełnienie wymogów normy Energy Star 5.0 przez oferowany przez Odwołującego komputer przewidziany do sterowania ekranami; 3. potwierdzenia spełnienia kryteriów środowiskowych, w tym zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych w postaci oświadczenia producenta jednostki (wg wytycznych Krajowej Agencji Poszanowania Energii S.A., zawartych w dokumencie „*opracowanie propozycji kryteriów środowiskowych dla produktów zużywających energię możliwych do wykorzystania przy formułowaniu specyfikacji na potrzeby zamówień publicznych*”, pkt 3.4.2.1.; dokument z grudnia 2006), w szczególności zgodności z normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 gram. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 04.06.2013 r. przedłożył żądane dokumenty i wniósł o dołączenie ich do sprawy. Wskazał, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dołączyli do oferty wynik testu Sysmark 2007 Preview przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji. Zgodnie z treścią SIWZ, wymagane było zaoferowanie urządzeń o parametrach technicznych m.in. pamięci RAM minimum 8 GB i minimum dwóch dyskach, każdy o pojemności 500 GB. Zamawiający w tabeli określającej minimalne parametry jednostki sterującej przedstawił m.in. wymagania w zakresie wydajności obliczeniowej. Dodatkowo należało też dołączyć do oferty wynik testu przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji. Podkreślił, iż Odwołujący spełnił te wymagania i szczegółowo wyjaśnił, iż test wykonany został na dyskach pracujących w trybie RAID. W wyniku tak przeprowadzonego testu jeden z dysków twardych nie zostanie wprowadzony do wydruku testu i nie zostanie uwidoczniiony na karcie wyniku testu co nie oznacza, że test nie został wykonany na dwóch dyskach. Podkreślił, iż warunkiem spełnienia wymagań SIWZ było zaoferowanie urządzenia które spełnia wymagania Zamawiającego i dołączenie do oferty wyniku testu przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji. Odwołujący podkreślił, iż zaproponowany przez niego sprzęt spełnia wszystkie te wymagania, zaś producent Dell Sp. z o.o. potwierdził, iż:

1. Sprzęt Dell Optiplex 3010 MT w oferowanej konfiguracji z procesorem Intel i5-3470, 8GB RAM, 2x500 GB SATA III, IntelHD osiąga w teście BAPCO Sysmark 2007 Preview następujące wyniki:

E-Leaming: min 237 pkt VideoCreation: min 315 pkt Productivity: min 267 pkt #D: min 287 pkt

Sysmark 2007 Preeview Rating: min. 276 pkt

Ponadto Zamawiającemu zostały dołączone wszystkie dokumenty w tłumaczeniu na język polski, jednakże Zamawiający nie kwestionuje tego faktu wskazując jedynie, iż w ocenie Zamawiającego testy nie były przeprowadzone na dwóch dyskach. Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ w/w test należało przeprowadzić na dwóch dyskach i tak też się stało, Odwołujący uczynił to, producent szczegółowo wyjaśnił technikę przeprowadzenia takiego testu, natomiast Zamawiający w dalszym ciągu poddaje ten fakt w wątpliwość mimo deklaracji ze strony Odwołującego przeprowadzenia testu w obecności samego Zamawiającego. W tym miejscu Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka R..... B..... z firmy Dell Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 123 A, 02-017 Warszawa, który może stawić się na posiedzeniu wyznaczonym przez KIO, celem wyjaśnienia zasad i sposobu przeprowadzenia testów wydajności SYSmark 2007 dotyczących jednostki sterującej ekranami LED.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający nigdy wcześniej w sposób formalny nie zakwestionował i nie poddał w wątpliwość prawidłowości przeprowadzonego testu wydajności SYSmark 2007 pod kątem ilości dysków użytych w trakcie wykonywania testów. Nie mniej jednak z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów w żaden sposób nie wynika jakoby testy te zostały przeprowadzone przy użyciu wyłącznie jednego dysku. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedłożył oświadczenie firmy Dell Sp. z o.o. z dnia 20.06.2013 r. wskazujące na spełnienie warunków udziału w postępowaniu. *Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosił, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie miał prawa żądać dokładnie tych dokumentów, albowiem nie wymagał ich ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w SIWZ. Przywołał w tym zakresie wyrok KIO z dnia 06.07.2010 r., sygn. akt: KIO/1230/10.*

Niezależnie od powyższego, Odwołujący w dniu 04.06.2013 r. przedłożył Zamawiającemu wszystkie dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, mających wpływa na wybór oferty, w związku z czym Zamawiający miał komplet żądanych dokumentów.

Pomimo takich ustaleń Zamawiający zaskarżanym pismem z dnia 19.06.2013 r. poinformował Odwołującego o ponownym wyborze ofert wskazując ofertę Spółki TPC Polska s.c. J..... N..... Z..... N..... jako najkorzystniejsza w postępowaniu oraz jednoczesnym wykluczeniu oferty Odwołującego i jej odrzuceniu.

Dodatkowo wskazał, że Zamawiający wbrew wymogom formalnym dokonał własnej dowolnej oceny złożonych przez Wykonawców ofert, poprzez brak sprawdzenia oraz brak weryfikacji prawidłowości i zgodności z rzeczywistym stanem faktycznym okoliczności zawartych w przedłożonych przez oferentów oświadczeniach, co do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Ponadto sposób w jaki ta ocena została wykonana

świadczy, iż dokonana analiza ofert Wykonawców jest tendencyjna i zawiera liczne błędy.

Zamawiający nigdy nie unieważnił swojej czynności z dnia 13.06.2013 r., nie odwołał złożonego oświadczenia woli w przedmiocie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz w piśmie z dnia 29.05.2013 r. stanowiącym wezwanie do przedłożenia dokumentacji w myśl art. 26ust. 3 Pzp nie sprecyzował w jakim dokładnie zakresie posiada wątpliwości umożliwiając tym samym Odwołującemu pełne ustosunkowanie się i złożenie stosownych wyjaśnień czy też przedłożenie dodatkowych oświadczeń producenta Dell Sp. z o.o. jak chociażby oświadczenia z dnia 20.06.2013 r.

Odwołujący powtórnie podniósł, iż przedłożone przez niego dokumenty wskazują na wykonanie testów SYSmark 2007 przy użyciu dwóch dysków, co w każdej chwili może poświadczyć producent i w obecności Zamawiającego może wykonać te same testy i wyjaśnić wszelkie wątpliwości.

Ponadto Wykonawca, który finalnie został wybrany, powinien zostać wykluczony od udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 1 lub 4 Pzp, gdyż nie wykazał spełnienia warunków SIWZ, tj. dokument przedstawiony przez firmę Przystępującego dotyczący zgodności ze światowymi regulacjami w zakresie i ochrony środowiska, pkt VIII - dane eksploatacyjne nie odnosi się do zaoferowanego zestawu komputerowego którego rzeczywista konfiguracja została przytoczona w teście SYSmark 2007 Preview (inny procesor, dysk, twardy, pamięć, karta graficzna). Zatem dane eksploatacyjne nie dotyczą oferowanego zestawu komputerowego. Dodatkowo z dokumentu wynika, że poziom wydajności zasilania (zasilacza komputerowego) wynosi 89,54%, co nie jest zgodne z wymaganiami SIWZ (minimalny wymagany poziom wydajności to 90%).

Zamawiający w dniu 01.07.2013 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.07.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: „TDC Polska” S.C. J..... N....., Z..... N..... Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Wnosił o:

- 1) oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego,
- 2) utrzymanie w mocy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 3) dopuszczenie dowodu z dokumentów wymienionych w treści niniejszego pisma,
- 4) dopuszczenie dowodu z próbnego testu komputera DELL OPTIPLEX 3010 w konfiguracji identycznej jak zaoferowana przez Odwołującego przeprowadzonego na programie SYSmark 2007 Preview podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz

5) dopuszczenie dowodu z przesłuchania Pana J..... N..... w charakterze Przystępującego.

W pierwszej kolejności stwierdził, iż bezpodstawny jest zarzut Odwołującego, że Zamawiający w pierwszej kolejności przed powtórным dokonaniem oceny ofert powinien unieważnić swoją czynność z dnia 13.06.2013 r. w przedmiocie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający bowiem dokonał takiego unieważnienia w sposób dorozumiany. Stosownie bowiem do treści art. 14 Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.) zwana dalej: „KC”, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepis art. 60 KC z kolei stanowi, iż z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Biorąc pod uwagę fakt, że Pzp nie nakłada wyrażnie na Zamawiającego obowiązku uprzedniego unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przed ponowną oceną ofert, należy przyjąć iż Zamawiający mógł dokonać tej czynności w sposób dorozumiany (*per facta concludentia*). Oczywistym jest zatem, że przeprowadzając ponowną ocenę ofert i ogłaszając wyniki przetargu po raz kolejny intencją Zamawiającego było unieważnienie jego poprzedniej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W przeciwnym razie Zamawiający nie powtarzałby tej czynności. Niezależnie od powyższego, dokumenty przedstawione przez Odwołującego w wykonaniu zobowiązania Zamawiającego z dnia 29.05.2013 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających fakt, iż oferowana przez Odwołującego jednostka sterująca ekranami LED spełnia wymagania postawione w SIWZ, nie tylko nie potwierdzają spełnienia wyżej wskazanych warunków ale także, w ocenie Przystępującego, świadczą o dokonaniu fałszerstwa wyników testu SYSmark 2007 Preview.

Przystępujący bowiem, aby upewnić się, że treść przedłożonych przez Odwołującego wyników testu SYSmark 2007 Preview jest niemożliwa do uzyskania przy parametrach oferowanego przez Odwołującego sprzętu, po raz kolejny przeprowadził wyżej wspomniany test przy użyciu komputera DELL OPTIPLEX 3010 w konfiguracji identycznej jak zaferowana przez Odwołującego. Wyniki jednoznacznie potwierdziły, że test wykazał dwa twarde dyski. Załączył: 1 - wyniki testu SYSmark 2007 Preview przeprowadzonego przez Przystępującego w dniu 03.07.2013 r., 2- zrzut ekranu z systemu Windows oraz SYSmark 2007 Preview obrazujący dwa dyski w systemie RAID. Na uwzględnienie nie zasługuje również argumentacja Odwołującego, jakoby przeprowadzenie testu dysków pracujących w trybie RAID powodowało, że jeden z dysków nie zostaje wprowadzony do wydruku testu i nie jest uwidoczny na karcie wyniku testu. Przystępujący bowiem, również wykonał wyżej wspomniane testy na konfiguracji RAID i wyniki wskazały obydwie dyski w sekcji

„STORAGE”. Odmiennej wynik jest po prostu niemożliwy do osiągnięcia przy parametrach oferowanych przez Odwołującego. Załączył próbny test komputera DELL OPTIPLEX 3010 w konfiguracji identycznej jak zaoferowana przez Odwołującego przeprowadzonego na programie SYSmark 2007 Preview podczas rozprawy przed KIO. Ponadto w przypadku uruchomienia dodatkowego kontrolera RAID (sprzętowego) program SYSmark 2007 Preview wskazuje nazwę kontrolera. Odwołujący natomiast nie wskazał w swojej ofercie w konfiguracji komputera, w zestawieniu elementów składowych, sprzętowego kontrolera RAID. Zwrócił uwagę, że komputer DELL OPTIPLEX w wersji 3010 nie posiada konfiguracji RAID na poziomie BIOS. Tym bardziej wyniki testów przedstawione przez Odwołującego potwierdzają, iż oferowany przez niego sprzęt nie spełnia wymagań SIWZ. Istotną kwestią, która również wymaga podkreślenia jest specyficzny błąd jaki posiada program SYSmark 2007 Preview, a który ujawnia się przy testowaniu wyżej wskazanego modelu komputera. Program ten mianowicie, w sekcji pamięć („MEMORY”), wyświetla o połowę mniejszą ilość pamięci niż rzeczywiście zainstalowana w komputerze. W związku z powyższym wynik testu nie może wskazywać takiej samej ilości pamięci jaka rzekomo była zamontowana w komputerze czyli: BANK 0 - 4094 MB oraz BANK 2 4094 MB. Natomiast podczas testów przeprowadzonych przez Przystępującego na identycznej konfiguracji sprzętowej jak zaoferowana przez Odwołującego program SYSmark 2007 Preview wykazał: BANK 0 - 2047 MB oraz BANK 2 2047 MB. Próbnym testem sprzętu komputerowego podczas rozprawy przez KIO, o przeprowadzenie którego wnosi Przystępujący dowiedzie, że nie ma najmniejszej możliwości uzyskania wyników takich jak załączone do oferty Odwołującego. Zwrócić także uwagę, że na pierwszym teście złożonym wraz z ofertą przez Odwołującego, gdzie zadeklarowano 4GB RAM, w sekcji „MEMORY” widoczne były 2GB, a więc nawet pierwszy test Odwołującego potwierdza wyżej opisaną regułę. W drugim teście, który w ocenie Przystępującego był przeróbką pierwszego, Odwołujący wskazał 8GB i wykazał dwa banki po 4 GB. Najważniejszym jednak elementem, który jednoznacznie przesądza o tym, iż oferowany przez Odwołującego sprzęt nie spełnia wymagań określonych w SIWZ jest karta graficzna komputera Odwołującego. Odwołujący zaoferował kartę NVIDIA Quadro 600, co wyraźnie widać w jego ofercie, natomiast w ramach uzupełnienia dokumentów dostarczył wyniki testów wykonanych na karcie Intel (R) HD Graphics (sekcja „VIDEO” wyników testów). Wyniki testów Przystępującego w sekcji „VIDEO” wskazują prawidłową kartę, tj. NVIDIA Quadro 600. Argument ten nie powinien już zatem pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do braku spełnienia wymogów SIWZ przez Odwołującego. Załączył: 1- wyciąg z oferty Odwołującego wskazujący oferowaną kartę graficzną NVIDIA Quadro 600, 2- wyniki testów SYSmark 2007 Preview przeprowadzonych przez Odwołującego i złożonych w uzupełnieniu dokumentacji z dnia 06.02.2013 r. Niezależnie od zarzutu, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, zdaniem Przystępującego wyniki

przedstawionych przez Odwołującego testów SYSmark 2007 Preview zostały sfalszowane, o czym świadczą wskazane poniżej okoliczności. Data zakończenia testu w sekcji „PROJECT NAME” jest jedynym elementem w tej sekcji generowanym automatycznie zgodnie z datą systemową testowanego komputera. W przypadku testów dostarczonych przez Odwołującego dołączonych pierwotnie do oferty jak i testów dostarczonych w ramach uzupełnienia dokumentacji („konfiguracja z dwoma dyskami i 8GB pamięci RAM”) data i godzina testu jest identyczna. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że wykonanie dwóch testów na dwóch różnych konfiguracjach i zakończenie ich w tym samym czasie, tj. 15:32, 6.02.2013 r. jest praktycznie niemożliwe. Oba testy, tj. ten, którego wyniki Odwołujący przedłożył pierwotnie oraz w ramach uzupełnienia dokumentacji (ten ostatni przeprowadzony na innej konfiguracji sprzętowej) posiadają identyczne wyniki poszczególnych testów, tj. E-learning, VideoCreation, Productivity, 3D - identyczne w każdej interakcji, łącznie z identycznym wynikiem głównym - 276. Z informacji uzyskanych od dostawcy programu wynika natomiast, że wykonane testy, nawet na identycznej konfiguracji (na przykładzie kilkudziesięciu testów) nigdy nie powieliły identycznych wyników, a tym bardziej nie zakończyły się w tym samym czasie. Ponadto, na wydruku z programu SYSmark 2007 Preview w identycznej kompilacji, tj. 1.06.1109 dostarczonej przez Przystępującego widnieją dwie tabele pod napisem „SCORES”. Na wynikach przedstawionych przez Odwołującego natomiast tabele te są scalone. Podczas wykonywania wielu testów na różnych konfiguracjach i wersjach systemu operacyjnego nie zdarzyło się, aby program SYSmark 2007 Preview nie wyświetlił wersji językowej systemu operacyjnego w sekcji „LANGUAGE”. W załączonych przez Odwołującego wynikach brak jest takiej informacji. Argumentując dalej, każda z nazw sekcji występuje pojedynczo, tj. CPU, Platform, Memory, Storage, Video, Audio itd., co widoczne jest w wynikach testów przedłożonych przez Przystępującego. W wynikach testów dostarczonych przez Odwołującego sekcja „MEMORY” występuje dwukrotnie, co po prostu nie jest możliwe przy wydruku z programu SYSmark 2007 Preview. Wydruk z wyżej wskazanego programu gwarantuje ciągłość druku informacji. Na dokumencie Odwołującego z kolei wydruk pozostawił na drugiej stronie tylko część informacji na temat twardego dysku. Co więcej, na drugiej stronie wyników testu, przedstawionych przez Odwołującego słowo „Hard” drukowane pogrubioną czcionką powinno zostać przeniesione do kolejnego wiersza tworząc zwrot „Hard Drive Size” w całości. Mając na uwadze powyższe okoliczności Przystępujący podkreśla, iż nie podważa wyniku testów przedstawionych przez Odwołującego i ich punktacji (pomimo że w teście przeprowadzonym przez Przystępującego komputer nie osiągnął minimalnych wymagań), a jedynie kwestionuje istnienie 2 dysków twardech użytych w trakcie wykonywania testów oraz zarzuca sfalszowanie ich wyników. Przy czym drugorzędą dla Przystępującego kwestią jest, czy wyniki te Odwołujący sfalszował sam, czy też posłużył się dokumentem sfalszowanym przez

inną osobę.

Odnosnie konieczności żądania przez Zamawiającego dostarczenia wyników testów SYSmark 2007 Preview. Należy jednak pamiętać, że Zamawiający zażądał ich w celu wykonania obowiązku nałożonego na niego w wyroku KIO z dnia 09.05.2013 r. który zapadł w przedmiotowej sprawie. Obowiązkiem Zamawiającego, jak i innych uczestników postępowania, jest bowiem wykonywanie wyroków KIO zgodnie z zawartymi w nich wytycznymi.

Odnosnie zarzutów Odwołującego pod adresem Przystępującego, Odwołujący podniósł iż Przystępujący powinien zostać wykluczony z Postępowania, ponieważ nie wykazał spełnienia warunków SIWZ, tj. przedstawiony przez niego dokument dotyczący zgodności ze światowymi regulacjami w zakresie ochrony środowiska nie odnosi się do zaoferowanego zestawu komputerowego. Odwołujący wskazał również, że poziom wydajności zasilania (zasilacza komputerowego) wynosi 89,54% co nie jest zgodne z wymaganiami SIWZ (minimalny wymagany poziom wydajności to 90%). Zarzut ten jest również nietrafiony. Poziom wydajności zasilacza zaoferowanego przez Przystępującego sprzętu wynosi 90% i tym samym spełnia wymogi SIWZ w tym zakresie. Fakt ten potwierdza instrukcja obsługi DELL, karta katalogowa DELL oraz strona internetowa firmy DELL. Załączył: 1- wyciąg z instrukcji obsługi DELL Precision T5600 (str. 1 i str. 15); 2- karta katalogowa DELL, 3 - wydruk ze strony internetowej firmy DELL.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, modyfikacjami SIWZ z dnia 04.02.2013 r., 22.02.2013 r., 28.02.2013 r., odpowiedziami na pytania – pismo z dnia 04.02.2013 r., ofertą Odwołującego oraz Przystępującego, wezwaniem z dnia 02.04.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanym do Przystępującego, uzupełnieniem z dnia 09.04.2013 r. oferty Przystępującego, wyrokiem KIO z dnia 09.05.2013 r., sygn. akt: KIO 955/13, wezwaniem z dnia 29.05.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanym do Odwołującego, uzupełnieniem z dnia 04.06.2013 r. oferty Odwołującego, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13.06.2013 r., pismem Przystępującego z dnia 18.06.2013 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.06.2013 r. i wykluczeniu Odwołującego z działu w postępowaniu, protokołami postępowania sporządzonym przez Zamawiającego stan na dzień 13.06.2013 r. oraz na dzień 19.06.2013 r., pismem Odwołującego z dnia 21.06.2013 r. wraz z załącznikiem, pismem Odwołującego z dnia 24.06.2013 r. (wpływ

w dniu 01.07.2013 r.), odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem wraz z załącznikami, zrzutem ekranu z systemu Windows oraz SYSmark 2007 Preview obrazującym dwa dyski w systemie RAID oraz zrzutem ekranu z systemu Windows oraz SYSmark 2007 Preview obrazującym kwestie kontrolera w menadżerze urządzenia złożonymi przez Przystępującego na rozprawie, zeznaniami świadka p. R..... B....., po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 15.01.2013 r., czyli przed dniem 20.02.2013 r., tj. wejściem w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutu, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1578/13, postanowień SIWZ, modyfikacji SIWZ z dnia 04.02.2013 r., 22.02.2013 r., 28.02.2013 r., odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 04.02.2013 r., oferty Odwołującego oraz Przystępującego, wezwania z dnia 02.04.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanego do Przystępującego, uzupełnienia z dnia 09.04.2013 r. oferty Przystępującego, wezwania z dnia 29.05.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanego do Odwołującego, uzupełnieniem z dnia 04.06.2013 r. oferty Odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13.06.2013 r., pisma Przystępującego z dnia 18.06.2013 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.06.2013 r. i wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, protokołów postępowania sporządzonych przez Zamawiającego stan na dzień 13.06.2013 r. oraz na dzień 19.06.2013 r., pisma Odwołującego z dnia 21.06.2013 r. wraz z załącznikiem (oświadczeniem firmy DELL z dnia 20.06.2013 r.), pisma Odwołującego z dnia 24.06.2013 r. (wpływ w dniu 01.07.2013 r.), odwołania wraz z załącznikami (1- oświadczeń firmy DELL z dnia 06.05.2013 r.;

2 - 29.05.2013 r.; 3 - 20.06.2013 r.; 4 - wezwania z dnia 29.05.2013 r.; 5 - uzupełnienia z dnia 04.06.2013 r. z załącznikami – wynikami testów SYSmark 2007 Preview na oferowanej konfiguracji komputera DELL wraz z tłumaczeniem, certyfikatem potwierdzającym spełnienie normy Energy Star wraz z tłumaczeniem, oświadczeniem producenta potwierdzające spełnienie kryteriów środowiskowych RoHS wraz z normą 1043-4; 6 – potwierdzenie spełnienia kryteriów środowiskowych przez Przystępującego – oświadczenie o zgodności firmy DELL – oryginał wraz z tłumaczeniem), przystąpienia wraz z załącznikami (1 - wyniki testu SYSmark 2007 Preview przeprowadzonego przez Przystępującego w dniu 03.07.2013 r.; 2 - zrzut ekranu z systemu Windows oraz SYSmark 2007 Preview obrazujący dwa dyski w systemie RAID /złożone ponownie na rozprawie/; 3 - wyciąg z oferty Odwołującego wskazujący oferowaną kartę graficzną NVIDIA Quadro 600; 4 - wyniki testów SYSmark 2007 Preview przeprowadzonych przez Odwołującego i złożonych w uzupełnieniu dokumentacji z dnia 06.02.2013 r.; 5 - wyciąg z instrukcji obsługi DELL Precision T5600 (str. 1 i str. 15); 6 - karta katalogowa DELL; 7 - wydruk ze strony internetowej firmy DELL), zrzutu ekranu z systemu Windows oraz SYSmark 2007 Preview obrazującym dwa dyski w systemie RAID oraz zrzutu ekranu z systemu Windows oraz SYSmark 2007 Preview obrazującym kwestie kontrolera w menadżerze urządzenia złożonymi przez Przystępującego na rozprawie, jak i zeznań świadka p. Rafała Borowca.

Izba wzięła także pod uwagę wyrok KIO z dnia 09.05.2013 r., sygn. akt: KIO 955/13.

Przystępujący nie podtrzymał wniosku dowodowego o przeprowadzenie próbnego test sprzętu komputerowego podczas rozprawy przez KIO, tudzież wniosku dowodowego odnośnie przesłuchania strony p. J..... N..... Odwołujący odstąpił podczas rozprawy od wniosku dowodowego odnośnie przesłuchania strony, tj. prokurenta p. Wojciecha Włodarskiego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wzięły pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W wyniku wyroku KIO z dnia 09.05.2013 r., sygn. akt: KIO 955/13, Zamawiający unieważnił pierwotną czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 15.04.2013 r. w protokole postępowania sporządzonym przez Zamawiającego stan na dzień 13.06.2013 r. Następnie zgodnie z nakazem wynikającym z w/w orzeczenia wezwał w dniu 29.05.2013 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Odwołującego do uzupełnienia:

a) wyników testu przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji, potwierdzających osiągnięcie przez oferowany zestaw komputerowy wymaganego wyniku w zakresie wydajności (wynik w postaci wydruku z programu SYSmark 2007 Preview;

b) dokumentu (np. certyfikatu) potwierdzającego spełnienie wymogów normy Energy Star 5.0 przez oferowany komputer przewidziany do sterowania ekranami;

c) potwierdzenie spełnienia kryteriów środowiskowych, w tym zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych w postaci oświadczenia producenta jednostki (wg. Wytycznych Krajowej Agencji Poszanowania Energii S.A., zawartych w dokumencie: „Opracowanie propozycji kryteriów środowiskowych dla produktów zużywających energię możliwych do wykorzystania przy formułowaniu specyfikacji na potrzeby zamówień publicznych”), pkt. 3.4.2.1; dokument z grudnia 20006), w szczególności zgodności z normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie 25 gram. Odwołujący dokonał uzupełnienia pismem z dnia 04.06.2013 r. przedkładając wyniki testów SYSmark 2007 Preview na oferowanej konfiguracji komputera DELL wraz z tłumaczeniem, certyfikat potwierdzającym spełnienie normy Energy Star wraz z tłumaczeniem, oraz oświadczenie producenta potwierdzające spełnienie kryteriów środowiskowych RoHS wraz z normą 1043-4. W dniu 13.06.2013 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego. W dniu 18.06.2013 r. Przystępujący przedstawił zarzuty wobec uzupełnionych wyników testów. W konsekwencji, Zamawiający unieważnił w protokole poprzedni wybór /protokół postępowania sporządzonych przez Zamawiającego stan na dzień 19.06.2013 r./ i poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.06.2013 r. i wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. W dniu 21.06.2013 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu pismo wraz z załącznikiem (oświadczeniem firmy DELL z dnia 20.06.2013 r.) odnośnie czynności z dnia 19.06.2013 r. Następnie, pismem z dnia 24.06.2013 r. (wpływ w dniu 01.07.2013 r.) Odwołujący przesłał Zamawiającemu zarzuty wobec oferty Przystępującego oraz wyjaśnienia w odpowiedzi na uzasadnienie wykluczenia.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 Pzp poprzez dokonanie czynności z dnia 19.06.2013 r., tj. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o odrzuceniu jego oferty bez unieważnienia czynności z dnia 13.06.2013 r. w ramach której Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego, Izba uznała niniejszy zarzut za niepotwierdzony.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zamawiający wbrew stanowisku Odwołującego wynikającemu z jego pisma z dnia

21.06.2013 r., odwołania, jak i rozprawy, unieważnił wcześniejszą czynność z dnia 13.06.2013 r., tak jak po wyroku KIO z dnia 09.05.2013 r., sygn. akt: KIO 955/13 unieważnił czynność z dnia 15.04.2013 r. Uczynił niniejsze w ramach protokołów postępowania sporządzonych przez Zamawiającego stan na dzień 13.06.2013 r. oraz na dzień 19.06.2013 r. (pkt 17 obu protokołów). Nadto, w ocenie Izby, ani art. 91 ust. 1, ani też art. 92 ust.1 Pzp nie statuuje obowiązku upublicznienia formalnej czynności unieważnienia wcześniejszej czynności w sposób żądany przez Odwołującego. W ocenie Izby, brak jest jakichkolwiek przeszkód, aby dokonywać unieważnienia wcześniejszej czynności poprzez kolejną czynność konsumującą wcześniejszą, np. poprzez dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. niezasadnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty /mimo braku wskazania podstawy prawnej, zarzut wynika z odwołania z podstawy faktycznej/, Izba uznała za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba wskazuje, że w wyroku z dnia 09.05.2013 r., sygn. akt: KIO 955/13, Izba uwzględniła odwołanie, gdyż: „(...) Wykonawca FLEXVISION Sp. z o.o. i (...) złożyli wynik testu Sysmark 2007 Preview dla urządzeń o parametrach 4 GB i jednym twardym dysku o pojemności 500 GB. Z powyższego wynika, że wykonawcy nie przedstawili dokumentów dla wymaganych w treści SIWZ parametrów (pamięci RAM minimum 8GB i minimum dwóch twardych dyskach, każdy o pojemności 500 GB). Zatem Wykonawcy FLEXVISION Sp. z o.o. i (...) nie przedstawili dokumentów, jakich wymagał Zamawiający na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, a więc nie potwierdzili spełnienia warunków udziału w postępowaniu. (...)”.

W przedmiotowym stanie faktycznym podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty było nie wykazanie, iż testy wydajności SYSmark 2007 dotyczące jednostki sterującej ekranami LED zostały przeprowadzone na dwóch dyskach zgodnie z wymaganiami SIWZ. Sekcja testu dotycząca dysków zawiera tylko jeden dysk. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ w/w test należało przeprowadzić na dwóch dyskach. Wszystkie zarzuty Przystępującego zawarte w przystąpieniu ponad powyższy nie były podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, ani odrzucenia jego

oferty. Nadto, Izba stwierdziła, iż Przystępujący pismem z dnia 18.06.2013 r. przedstawił Zamawiającemu zarzuty wobec uzupełnionych wyników testów, które następnie ponowił w przystąpieniu, były więc owe kwestie znane Zamawiającemu w dniu dokonania czynności z dnia 19.06.2013 r. W tym zakresie wyjątkiem jest tylko kwestia błędu wielkości pamięci oraz karty graficznej, która jednakże także nie była podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. W konsekwencji Izba nie może rozpatrywać zarzutów, które nie były podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, tudzież późniejszych zarzutów Odwołującego wobec czynności Zamawiającego, ograniczając się zasadniczo tylko do kwestii braku uwidocznienia w testach dwóch dysków.

W ocenie Izby, nie było żadnych przeciwwskazań, aby tak przygotować wyniki testów, aby odzwierciedlały w sposób pełny kwestie wykorzystania dwóch dysków. Potwierdzają to wyniki testu SYSmark 2007 Preview przeprowadzone przez Przystępującego w dniu 03.07.2013 r., a załączone do przystąpienia, jak i testy z uzupełnienia jego oferty – pismo z dnia 09.04.2013 r. Przystępujący wykazał także, że nie zasługuje na uznanie argumentacja Odwołującego (z odwołania, jak i pisma Odwołującego z dnia 24.06.2013 r. /wpływ w dniu 01.07.2013 r./), jakoby przeprowadzenie testu dysków pracujących w trybie RAID powodowało, że jeden z dysków nie zostaje wprowadzony do wydruku testu i nie jest uwidoczniiony na karcie wyniku testu. Przedłożony przez Przystępującego na rozprawie (jak i do przystąpienia) dowód - zrzut ekranu z systemu Windows oraz SYSmark 2007 Preview obrazujący dwa dyski w systemie RAID, przeczą powyższemu. Przystępujący bowiem, również wykonał wyżej wspomniane testy na konfiguracji RAID i wyniki wskazały obydwa dyski w sekcji „STORAGE”. Dodatkowo w sytuacji uruchomienia dodatkowego kontrolera RAID (sprzętowego) program SYSmark 2007 Preview wskazuje nazwę kontrolera. W tym zakresie Przystępujący na potwierdzenie tej okoliczności przedłożył dowód zrzut ekranu z systemu Windows oraz SYSmark 2007 Preview obrazujący kwestie kontrolera w menadżerze urządzenia złożony przez Przystępującego na rozprawie. Odnośnie stwierdzenia świadka powołanego przez Odwołującego na okoliczność ustalenia zasad i sposobu przeprowadzenia testów wydajnościowych SYSmark 2007 dotyczących jednostki sterującej ekranami LED, że drugi dysk dlatego nie został uwidoczniiony, gdyż został odłączony w systemie na poziomie BIOS, a poza tym był pusty. Przystępujący wskazał, że w takim wypadku można równie dobrze uznać, że skutkuje to de facto uznaniem, że taki dysk nie był przedmiotem testów i równie dobrze mógłby „leżeć na półce”. Przywołane powyżej dowody oraz stanowisko Przystępującego, jest w ocenie Izby wiarygodne. Izba uznał także, że sam zapis w ramach rubryki: „PROJECT NAME” – 2013-02-16 15:32 – Optiplex 3010 i 5- 3470 8 GB 2 x 500 GB Intel HD jest niewystarczający dla potwierdzenia testów na dwóch dyskach, skoro dalsze parametry, a ściśle wyniki w sekcji „STORAGE” nie

wskazują drugiego dysku. Izba wskazuje, że sam świadek zeznał podczas rozprawy, że w sekcji: „PROJECT NAME” można wpisać dowolną informację, tudzież że technicznie jest taka możliwość. Nadto, stwierdził, że producent wpisuje w tabelę pn. „Nazwa Projektu” konfigurację sprzętową lub ewentualnie cel przeprowadzanego projektu. Dodając także na pytanie Przystępującego, czy w sposób autorytatywny, co do potwierdzenia wyników testów, można uznać uwidocznienie od pozycji „Operating-systems”, że tylko od tej pozycji w dół można w sposób autorytatywny potwierdzić co jest przedmiotem testu.

Na marginesie Izba stwierdza, że nie było celem wymogu sformułowanego przez Zamawiającego przedłożenie jakichkolwiek wyników testów, ale takich wyników, które dotyczą oferowanej konfiguracji, potwierdzające osiągnięcie przez oferowany zestaw komputerowy wymaganego wyniku w zakresie wydajności (pkt 3 tabela – Wydajność obliczeniowa, str. 7 SIWZ, podtrzymana modyfikacją SIWZ z dnia 28.02.2013 r.). W konsekwencji, w interesie składającego winno być wykazanie określonymi wynikami testów prawidłowego stanu rzeczy, a nie przedstawiania dokumentu, który został nierzetelnie sporządzony i wymaga wtórnego potwierdzania dodatkowymi dokumentami, tudzież oświadczeniami producenta. Izba podnosi, że nie może na obecnym etapie uznać, że uzupełnione wyniki testów potwierdzają przeprowadzenie testów na dwóch dyskach, skoro są one wewnętrznie sprzeczne. Izba nie może także sanować aktualny stan faktyczny, gdyż tryb wezwania na podstawie art. 26 ust.3 Pzp został wobec Odwołującego wyczerpany. Z tych też względów nie ma możliwości przeprowadzenia powtórnych testów i przedłożenia ich wyników. Odnośnie oświadczenia producenta firmy DELL z dnia 20.06.2013 r. przekazanemu Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 21.06.2013 r. oraz wraz z odwołaniem, należy zauważyć, że to nie oświadczenie, ale wydruk wyników testów miał potwierdzać osiągnięcie przez oferowany zestaw komputerowy wymaganego wyniku w zakresie wydajności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania Przystępującego, mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków w postępowaniu oraz art. 24 ust. 4 Pzp - poprzez nie odrzucenie oferty Przystępującego, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie kwestii pkt VIII - danych eksploatacyjnych, nie odnoszących się do zaoferowanego zestawu komputerowego którego rzeczywista konfiguracja została przytoczona w teście SYSmark 2007 Preview (inny procesor, dysk, twardy, pamięć, karta graficzna). Izba wskazuje, że Przystępujący pismem z dnia 09.04.2013 r., na wezwanie z dnia 02.04.2013 r. przedłożył uzupełnienie swojej oferty, tj. dokument potwierdzający kryteria środowiskowe. Z tłumaczenia tego dokumentu (Oświadczenie o zgodności) wynika, że określony produkt został wykonany zgodnie z normami, przepisami i wytycznymi dla krajów w których jest sprzedawany. Produkt jest opatrzony zgodnymi z przepisami oznakowaniem i opisem, wymaganymi jako niezbędne dla danego kraju/placówki. Generalnie zgodność urządzeń informatycznych (ITE) oparta jest na standardzie IEC i CISPR oraz ich odpowiednikach w różnych krajach, takich jak Bezpieczeństwo Produktu, IEC 60950-1 i europejska norma EN 60950-1 lub EMC, CISPR 22/CISPR 24 i EN 55022/55024. Produkty firmy Dell zostały zweryfikowane pod kątem spełniania dyrektywy UE RoHS 2011/65/EU. Produkty Dell nie zawierają żadnej z substancji w zabronionych w dyrektywie RoHS stężeniach ani substancji niedozwolonych. Dane z dalszej części dokumentu z punktu VIII mają rzeczywiście inny charakter, niż parametry oferowanego sprzętu, gdyż dotyczą sprzętu, który został wykorzystany do badań laboratoryjnych, które pozwoliły osiągnąć kryteria środowiskowe. Jednakże, Izba potwierdza, że niniejsze nie dyskwalifikuje niniejszego dokumentu, gdyż zgodnie z informacją zawartą w przedostatnim akapicie, zdaniu drugim, pierwszej strony tłumaczenia, którego fragment był przywołany powyżej, ta dokumentacja ma zastosowanie w przypadku każdego produktu oznaczonego modelem i typem łącznie z produktami o innych nazwach handlowych, niż wymienione w niniejszym dokumencie. Dane z pkt VIII to minimalne dane sprzętowe spełniające wymagania środowiskowe. Sprzęt wymagany przez Zamawiającego miał wyższe parametry niż sprzęt bazowy wykorzystany dla spełniania kryteriów środowiskowych. W konsekwencji zarzut Odwołującego wobec Przystępującego jest bezzasadny.

Odnosnie kwestii poziomu wydajności zasilania (zasilacza komputerowego) - 89,54%, co nie jest zgodne z wymaganiami SIWZ (minimalny wymagany poziom wydajności to 90%). Przystępujący zanegował powyższy stan rzeczy i na potwierdzenie spełniania wymogu przedłożył wyciąg z instrukcji obsługi DELL Precision T5600 (str. 1 i str. 15); karty katalogowa DELL, jak i wydruk w j. polskim ze strony internetowej firmy DELL/ z dnia 04.07.2013 r./ (www.dell.com.pl/com/firmiinstytucji/p/precision-t5600/pd). W tym zakresie Izba uznała za przeważający ostatni dokument w j. polskim, pozostałe traktując jako materiały dodatkowe i pomocnicze w powiązaniu z wydrukiem w j. polskim ze strony internetowej firmy DELL. Dodatkowo, Izba przywołuje charakter wskazany powyżej

dokumentu uzupełnionego przez Przystępującego pismem z dnia 09.04.2013 r., a który był przez Odwołującego podstawą sformułowanego w tym zakresie zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec niepotwierdzenia wyżej rozpoznanych zarzutów, Izba uznała również za niepotwierdzony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 1 Pzp poprzez jego dowolną i naruszającą zasady uczciwej konkurencji interpretację ustalonych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ warunków udziału w postępowaniu, które wykonawcy ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązani są złożyć.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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).

Przewodniczący:

.....