

Sygn. akt: KIO 821/17

**WYROK**  
z dnia 15 maja 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę: **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) J. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EnterCom J. T., (2) Red Clover Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Podlaska 6108-110 Siedlce** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Qumak S.A., Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia:**

- 1) **art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum: J. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EnterCom J. T., Red Clover Sp. z o.o. do uzupełnienia:**
  - a) **wykazu wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,**
  - b) **dokumentu potwierdzającego fakt opłacenia wymaganych składek polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej,**

- c) oświadczenia producenta komputera, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych wykonawcy lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EnterCom,
- i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności oceny oferty złożonej przez Konsorcjum: J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EnterCom J. T., Red Clover Sp. z o.o., w tym odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce**, i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego: **Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce** na rzecz wykonawcy **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Siedlcach**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę funkcjonalną e-platformy medycznej dla mieszkańców subregionu siedleckiego - Pakiet 1”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2016/S 252-464457 w dniu 30 grudnia 2016 r.

W dniu 14 kwietnia 2017 r. Odwołujący otrzymał pismo zawierające informację o wyniku postępowania - Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Konsorcjum firm: EnterCom J. T. i Red Clover Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum EnterCom”).

Wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - złożonej przez Konsorcjum EnterCom oraz wobec zaniechania wykluczenia tego wykonawcy, zaniechania odrzucenia jego oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Qumak S.A. (dalej: „Qumak”).

Opisanym wyżej czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” oraz:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, poprzez wprowadzenie Zamawiającego w błąd w wyniku podania w referencyjnym zakresie nieprawdziwej kwoty wartości usługi wskazanej w wykazie usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu,
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez bezpodstawne wezwanie Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania opisane w SIWZ w zakresie potwierdzenia parametrów oferty w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 7 Serwer) L.p. 11 (Oprogramowanie), pomimo, że w powyższym zakresie Konsorcjum EnterCom było już wezwane do uzupełnienia, a przez to zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia w zakresie:
  - wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyłą realizację, z uwagi na to, iż przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia,
  - dokumentu potwierdzającego fakt opłacenia polisy, pomimo, iż w przedłożonych przez wybranego wykonawcę dokumentach potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu brak jest tego dokumentu,
  - oświadczenia producenta komputera, że w przypadku nie wywiązywania się z

obowiązków gwarancyjnych wykonawcy lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem, pomimo, iż z treści złożonego oświadczenia producenta (Fujitsu) wynika, że zobowiązał się on do przejęcia serwisu jedynie w okresie 3 lat, a nie w całym okresie obowiązywania gwarancji zaoferowanej przez Konsorcjum EnterCom (5 lat),

- certyfikatu ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych dla firmy serwisującej laptopy, w szczególności z uwagi na to, że ze złożonych dokumentów nie wynika, który podmiot będzie serwisował laptopy,

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EnterCom oraz oferty Qumak z uwagi na ich sprzeczność z SIWZ w zakresie parametrów technicznych oferowanego przez oba te podmioty sprzętu typu All-in One firmy Dell.

Odwołujący wyjaśnił, że uwzględnienie odwołania spowoduje, że jego oferta będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Bezpodstawne działanie Zamawiającego może więc zagrozić uzyskaniu przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenie Konsorcjum EnterCom z postępowania oraz odrzucenie oferty Konsorcjum EnterCom i oferty Oumak, ewentualnie
- 3) wezwanie Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia dokumentów wskazanych szczegółowo w treści zarzutów (pkt a) - d)),
- 4) powtórzenia czynności oceny ofert i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, co następuje.

#### **Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.**

Na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający w SIWZ wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w zakresie: „minimum 1 dostawa sprzętu komputerowego o wartości min. 1.500.000,00 zł brutto (jeden milion pięćset tysięcy złotych). Przez dostawę należy rozumieć realizację jednej umowy bez względu na ilość dostaw częściowych oraz bez względu na okres obowiązywania umowy z jednym Zamawiającym”.

Na wezwanie Zamawiającego, w dniu 8 marca 2017 r. Konsorcjum EnterCom przedłożyło wykaz usług uzupełniony o 1 usługę zrealizowaną przez firmę MPC P. O. (podmiot udostępniający zasoby), potwierdzającą wykonanie usługi zaprojektowania, wybudowania sieci LTE, dostarczenia usług dostępu do Internetu oraz dostawy i instalacji 370 komputerów dla wykluczonych w Gminie Piątek. Jako wartość usługi wykonawca wskazał kwotę 1.603.708,84 zł brutto. Jednocześnie wykonawca przedstawił

3 referencje otrzymane przez MPC P. O. od zamawiającego Gminy Piątek - jedną ogólną na całość przedmiotu zamówienia na kwotę 3.288.000,00 zł oraz dwie szczegółowe:

- 1) na wykonanie Etapu D, na który, zgodnie z treścią referencji, składało się dostarczenie 70 szt. komputerów typu All-in One ZONEO PHANTOM wraz z rozstawieniem w 7 lokalizacjach oraz montaż stacji klienckiej Huawei eA660 w każdej z 7 lokalizacji wraz z podłączeniem do wybudowanych nadajników LTE - na kwotę 306.336,38 zł.,
- 2) na wykonanie Etapu F, w ramach którego dostarczono do Beneficjentów końcowych łącznie 300 szt. komputerów typu All-in One ZONEO PHANTOM wraz z 300 stacjami klienckimi Huawei eA660 - na kwotę 1.297.372,46 zł.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego wynika, że oprócz sprzętu komputerowego (w sumie 370 komputerów All-in One ZONEO PHANTOM) przedmiotem prac, których wartość została przedstawiona jako potwierdzająca spełnienie warunków, było dostarczenie stacji klienckich (modemów), a zatem sprzętu telekomunikacyjnego (w sumie 307 stacji) oraz realizacja usług. Nie można zaliczyć stacji klienckich jako sprzętu komputerowego, gdyż urządzenia te są elementami sieci telekomunikacyjnej, a nie komputerowymi. Przedmiotem całej umowy było przede wszystkim zaprojektowanie, wybudowanie sieci LTE i dostarczenie usług dostępu do Internetu, a dostawa komputerów była zrealizowana niejako przy okazji. Mając powyższe na uwadze, wartość obu wskazanych przez Konsorcjum EnterCom etapów prac, którą zaliczono jako potwierdzającą spełnienie warunku, przekracza wymagane przez Zamawiającego minimum jedynie o 103.708,84 zł brutto. Tymczasem, jak wynika z ogólnie dostępnych źródeł, jedynie wartość przeszło 300 stacji klienckich Huawei eA660 wielokrotnie przekracza kwotę stanowiącą „nadwyżkę” pomiędzy wykazaną wartością a minimum wskazanym przez Zamawiającego. Cena katalogowa jednego terminala abonenckiego LTE eA660 wynosi aktualnie 1514 dolarów netto (w załączeniu zrzut z ekranu z konfiguratora rozwiązań firmy Huawei). Po przeliczeniu po uśrednionym kursie z pierwszej połowy 2014 roku 3,96 PLN daje to wartość ok. 5.995 PLN netto za jeden terminal abonencki. Po przemnożeniu przez ilość terminali (307 sztuk) daje to razem 1 840 465 zł netto. Nawet przy uwzględnieniu ceny specjalnej i upustu stosowanego dla tego typu sprzętu w wysokości około 60%, wartość dostarczonych terminali abonenckich wynosi w przybliżeniu 736 186 PLN netto (tj. przeszło 900 tys. zł. brutto). Jest to kwota, która wskazuje że wartość sprzętu komputerowego w ramach dostaw w tej umowie nie mogła przekroczyć 1,5 mln zł. brutto. Potwierdza to chociażby fakt, iż wartość jednego komputera Ali In One Zoneo Phantom z ekranem 23" i w podobnej konfiguracji wynosi obecnie 2.650 PLN brutto. Po przemnożeniu przez ilość dostarczonych komputerów 370 sztuk daje to wartość 980 500 PLN brutto. Należy jednocześnie zaznaczyć, że oferta sklepu MPC P. O., z której pochodzą ww. dane, dotyczy jednej sztuki komputera i nie uwzględnia upustu hurtowego. Biorąc dodatkowo pod uwagę, że firma MPC P. O., wg. strony internetowej <http://Dhantom.zoneo.Dl> jest

jednocześnie producentem komputerów Zoneo Phantom, co może prowadzić do wniosku, że komputery zostały dostarczone w niskich cenach fabrycznych, co umożliwiło w łącznej cenie ok. 1 600 000 PLN wykonać dostawy 370 komputerów, 307 terminali i wykonać usługi. Odwołujący załączył zrzuty ekranów zawierające cenniki komputerów typu Aii-in One ZONEO PHANTOM oraz stacji klienckich Huawei eA660 wraz z tłumaczeniem.

Postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu wyraźnie wskazywał, iż jego przedmiotem miała być dostawa sprzętu komputerowego na kwotę nie niższą niż 1,5 mln zł. brutto. W sytuacji więc, gdy przedmiot wykazywanych usług obejmował oprócz sprzętu komputerowego również inne elementy (w tym przypadku sprzęt telekomunikacyjny oraz usługi) wykonawca zobowiązany był do wskazania jedynie wartości usług w zakresie żądanym przez Zamawiającego (tylko w odniesieniu do sprzętu komputerowego).

Konsorcjum EnterCom, co najmniej przez własne niedbalstwo, albo z uwagi na fakt, iż wyłączenie wartości elementów nie stanowiących sprzętu komputerowego spowodowałoby dyskwalifikację ww. usługi, przedstawił zsumowaną wartość całych etapów. Działając co najmniej z niedbałością, niedającą się pogodzić z profesjonalnym charakterem prowadzonej działalności, przedstawiło informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego odnośnie wartości usług, a zatem w zakresie potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z tego względu wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

### **Zarzut dotyczący bezpodstawnego wezwania Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia dokumentów.**

W dniu 8 marca 2017 r. Konsorcjum EnterCom zostało wezwane przez Zamawiającego do przedłożenia wszystkich dokumentów, w tym potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania opisane w SIWZ. Jednym z tych dokumentów był opracowany przez Zamawiającego Załącznik nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia zawierający tabelę, w której należało potwierdzić oferowane parametry sprzętu).

Jako, że Konsorcjum EnterCom przesłało ten załącznik uzupełniony przez odesłanie do załączonych dodatkowo specyfikacji technicznych sprzętu, Zamawiający w dniu 28 marca 2017 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu przez wskazanie oferowanych parametrów (w kwestionowanym zakresie pkt 37 wezwania). Pomimo przedłużenia wykonawcy terminu na uzupełnienie dokumentów, w uzupełnionym dokumencie ponownie zabrakło oferowanych parametrów Oprogramowania serwerów, w związku z czym w dniu 12 kwietnia 2017 r. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do uzupełnienia.

Ponowne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu jest niedopuszczalne i sprzeczne z ugruntowaną zasadą jednokrotnego wzywania do uzupełnienia brakujących lub

błędnych dokumentów. W tej sytuacji ponowne wezwanie Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia błędnego dokumentu było niedopuszczalne i winno być skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

**Zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.**

a) BRAK PRAWIDŁOWEGO WYKAZU USŁUG WRAZ Z DOWODAMI POTWIERDZAJĄCYMI NALEŻYTE ICH WYKONANIE

Nawet gdyby uznać, iż ewentualny fakt niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, z uwagi na niespełnienie warunku odnośnie wartości usługi w wymaganym zakresie nie stanowi bezpośrednio podstawy do wykluczenia Konsorcjum EnterCom z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd w toku postępowania w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, to nie zmienia to faktu, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku, co skutkować powinno koniecznością wezwania go do uzupełnienia w powyższym zakresie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp (o ile oczywiście tryb ten nie został przez Zamawiającego już wykorzystany w odniesieniu do tego dokumentu).

b) BRAK DOWODU OPŁACENIA POLISY

Jak wynika z korespondencji Zamawiającego z wybranym wykonawcą, na wezwanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu Konsorcjum EnterCom przedłożyło m. in. polisę odpowiedzialności cywilnej z dnia 22.10.2016 r. wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeniowe WARTA S.A. z treści której wynika, iż płatność za ww. polisę została rozłożona na 4 raty. Dla dwóch rat na dzień złożenia polisy Zamawiającemu upłynął termin płatności, jednak do oferty nie został załączony żaden dowód, aby polisa ta została opłacona. Zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, ... (Dz. U. poz. 1126), dokumentem potwierdzającym sytuację ekonomiczną lub finansową jest dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego. W SIWZ Zamawiający wskazał, iż dokumentem, jakim żąda od wykonawcy jest „polisa OC, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 1.000.000,00 zł”.

W tej sytuacji polisa potwierdzająca zdolność ekonomiczną lub finansową poświadczająca fakt ubezpieczenia wykonawcy wymaga przedłożenia dowodu, że polisa została opłacona. Z treści art. 814 § 1 k.c. wynika bowiem, że: „Jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po

zawarcia umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty”. Zgodnie więc z przepisami prawa, dla udowodnienia posiadania ochrony ubezpieczeniowej nie jest wystarczające samo zawarcie umowy ubezpieczenia (potwierdzonej w treści polisy), ale też fakt zapłaty składki.

c) **NIEPRAWIDŁOWE OŚWIADCZENIE PRODUCENTA LAPTOPÓW TYPU A i B.**

Jak wynika z SIWZ (Załącznik nr 3 do SIWZ), jednym z dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego było oświadczenie producenta komputera, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych przez wykonawcę lub firmę serwisującą, producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.

Na wezwane do przedłożenia tego dokumentu Konsorcjum EnterCom przedłożyło oświadczenie z dnia 15 marca 2017 r. przedstawiciela producenta sprzętu (firmy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o.), z którego wynika potwierdzenie przejęcia przez Fujitsu zobowiązania do serwisowania sprzętu w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych wykonawcy lub firmy serwisującej w okresie 3 lat. Oświadczenie to musi zostać uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie obejmuje całego okresu gwarancyjnego. Konsorcjum EnterCom dla uzyskania dodatkowych punktów rozszerzyło zakres gwarancji do 5 lat. Rozszerzenie długości okresu gwarancji serwisowej było jednym z kryteriów oceny oferty. W tej sytuacji niezbędne jest więc przedłożenie nowego dokumentu potwierdzającego rozszerzenie gwarancji producenta na cały okres trwania usług gwarancyjnych.

d) **BRAK CERTYFIKATU ISO 9001:2000 NA ŚWIADCZENIE USŁUG SERWISOWYCH DLA FIRMY SERWISUJĄCEJ LAPTOPY**

Jednym z wymagań wymienionych w Załączniku nr 3 do SIWZ było: „Firma serwisująca musi posiadać certyfikat ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadać autoryzację producenta komputera”.

Na potwierdzenie spełnienia tego wymagania Konsorcjum EnterCom przedłożyło oświadczenie producenta wskazujące, że firma serwisująca posiada wymagany certyfikat ISO oraz autoryzację producenta. Tymczasem Konsorcjum EnterCom nie wskazało w żadnym miejscu oferty, kto będzie lub jest firmą serwisującą. W tej sytuacji oświadczenie producenta dotyczące posiadania przez tę firmę autoryzacji, a tym bardziej certyfikatu ISO jest nieuprawnione. Zdaniem Odwołującego, dodatkowo powinna zostać przedłożona kopia wymaganego Certyfikatu ISO, gdyż dokument ten mógł zostać zastąpiony oświadczeniem firmy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., która dokumentu tego mogła nawet nie widzieć. W tej sytuacji koniecznym jest wezwanie Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia brakującego dokumentu.



## **Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.**

W ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia został postawiony szereg wymagań technicznych, które muszą zostać spełnione przez sprzęt zaoferowany przez wykonawców ubiegających się o ww. zamówienie. Wśród wymaganych minimalnych parametrów technicznych dla komputerów All-in One (pkt 2 Załącznika nr 1 do SIWZ (tabela, lp. 16)) jest kilka wymagań, których nie spełniają komputery oferowane przez Konsorcjum EnterCom, jak i Qumak - All-in One Dell 7440. Wśród wymagań, które nie są spełnione są:

1) wymaganie o treści: „Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych, uzyskania informacji o: (...) wersja Biosu wraz z datą produkcji”.

Jak wynika z treści wyjaśnień firmy Dell, znajdujących się w Załączniku nr D4 do pisma zawierającego dokumenty złożone przez Konsorcjum EnterCom na wezwanie do uzupełnienia z dnia 28 marca 2017 r., w komentarzu do wymagania „wersja BIOS wraz z datą produkcji” wskazano, że data produkcji BIOS jest tożsama z datą produkcji komputera, ze względu na to, że w dniu produkcji jest wgrany najnowszy dostępny BIOS.

Oferowany komputer All-in-One nie spełnia więc wymagań Zamawiającego, ponieważ Zamawiający oczekiwał, że w BIOS będzie podana data produkcji BIOS, a nie data produkcji komputera. Potwierdzenie tego wymagania znajduje się w odpowiedziach udzielonych przez Zamawiającego, a w szczególności w odpowiedzi na pytanie nr 60 z dnia 2 lutego 2017 r., gdzie na pytanie: „Dotyczy wymagania dla Komputer All-in-One z punktu 16. BIOS tiret wersja Biosu wraz z datą produkcji. Czy Zamawiający oczekuje, żeby była podawana wersja BIOS wraz z datą produkcji BIOS? Zamawiający odpowiedział: „Tak. Zamawiający wymaga, aby wersja BIOS była podawana wraz z datą produkcji BIOS'. Zaoferowany przez Konsorcjum EnterCom, jak i Qumak komputer All-in One firmy Dell nie spełnia tego warunku.

O ile pierwsza wersja BIOS będzie wgrana do komputera w dacie jego produkcji, to po wykonaniu aktualizacji BIOS (zgodnie z tym, co podaje firma Dell) dalej będzie dostępna data produkcji komputera, a nie data produkcji BIOS. Ww. wymaganie nie zostało zatem spełnione przez zaoferowane komputery firmy Dell.

2) wymaganie o treści: „Możliwość z poziomu BIOS: ustawienia portów USB w tryb braku możliwości kopiowania danych na nośniki USB lub całkowitego braku komunikacji z urządzeniami pamięci masowej (na poziomie systemu operacyjnego)”.

To wymaganie nie jest spełnione, gdyż w urządzeniach Dell istnieje wyłącznie możliwość wyłączenia portu, jednak nie ma możliwości ustawienia portu w tryb braku możliwości kopiowania. Wyjaśnienie znajdujące się w Załączniku nr D4, tj. w oświadczeniu pochodzącym od firmy Dell dotyczącym tego wymagania, wskazuje, że do zapewnienia tej funkcjonalności jest konieczne dodatkowe oprogramowanie o nazwie DELL Command Configure. Funkcjonalność ta nie jest zatem bezpośrednio dostępna z poziomu BIOS.

Oferowane rozwiązanie - komputer All-in-One Dell 7440 nie spełnia ww. wymagań.

3) wymaganie o treści: „Możliwość z poziomu BIOS: ustawienia hasła: administratora, Power-On, HDD, przy update Biosu”.

W komputerach Dell, z poziomu BIOS, nie ma możliwości ustawienia hasła zabezpieczającego przed update Biosu. Zamawiający oczekuje, aby była dostępna w BIOS możliwość ustawienia hasła (ochrony hasłem) dla następujących czterech różnych czynności/funkcji: administratora - uruchomienie BIOS komputera, Power-On - włączenie komputera, HDD - modyfikacja ustawień dysku w BIOS, przy update Biosu - zabezpieczenie hasłem przed aktualizacją BIOS.

Z pisma firmy Dell wynika, że oferowany komputer nie posiada funkcji zabezpieczenia przed update BIOS. Jest natomiast informacja dodatkowa, że nie ma możliwości ustawienia hasła podczas wykonywania update BIOS, co nie ma związku z wymaganiami Zamawiającego. Brak tej funkcji znajduje potwierdzenie w publicznie dostępnej dokumentacji producenta znajdującej się na stronie internetowej. Ostatnia wersja tej dokumentacji „Dell OptiPlex 7440 All-in-One Owner's Manual” (Dell OptiPlex 7440 All-in-One Podręcznik użytkownika) na stronie 41 i 42 ma opisane dostępne funkcje bezpieczeństwa. Brak jest wśród nich możliwości ustawienia hasła zabezpieczającego przed update BIOS, co oznacza, że oferowane rozwiązanie: komputer All-In-One DELL 7440 nie spełnia wymagań.

4) wymaganie o treści „BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI - możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych, uzyskania informacji o: - stanie pracy wentylatora”.

Firma DELL w swoim oświadczeniu informuje, że funkcja ta nie jest dostępna w BIOS i należy uruchomić system diagnostyczny komputera. Oferowane rozwiązanie komputer All-in-One DELL 7440 nie spełnia więc wymagań Zamawiającego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EnterCom J. T., Red Clover Sp. z o.o. oraz wykonawca Qumak S.A. zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, pismem z dnia 8 maja 2017 r. Wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, Zamawiający podniósł, że Odwołujący błędnie utożsamia pojęcie komputera i sprzętu komputerowego. W ocenie Zamawiającego, obok komputera sprzęt komputerowy obejmuje urządzenia peryferyjne, nabywane wraz z komputerem np. drukarka, monitor lub modem. Powołał się na definicję sprzętu komputerowego zawartą w Wikipedii. Zamawiający nie miał wątpliwości, że wskazane przez Konsorcjum EnterCom doświadczenie obejmowało dostawę sprzętu komputerowego o wymaganej wartości. Z uwagi na przepis art. 24 ust. 8 Pzp,

żądanie wykluczenia jest co najmniej przedwczesne. Odwołujący nie wykazał w treści zarzutu jakiego rodzaju okoliczności uzasadniają zamierzone działanie, rażące niedbalstwo, lub lekkomyślność wykonawcy. W zakresie bezzasadnego dwukrotnego wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania przedmiotowe, w zakresie informacji wymaganej w pkt 11 ppkt 7 załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający wyjaśnił, że w formularzu asortymentowo-cenowym wykonawcy byli zobowiązani do podania nazwy własnej/typu/modelu oferowanego serwera. Zamawiający nie wymagał złożenia tej informacji wraz z ofertą lecz na wezwanie przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Na wezwanie z dnia 8 marca 2017 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, Konsorcjum EnterCom złożyło ww. formularz ze wskazaniem dla poszczególnych parametrów, że wymagane informacje znajdują się w załączonych specyfikacjach technicznych sprzętu. W dniu 28 marca 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia tłumaczeń ww. specyfikacji technicznych oraz do właściwego uzupełnienia Załącznika nr 1, przez jednoznaczne zaznaczenie i opisanie oferowanych parametrów, w tym m.in. pkt 7 (Serwer) – „prosimy o wskazanie (zakreślenie/podkreślenie) zaoferowanych parametrów w polskojęzycznej specyfikacji technicznej.” (pkt 37 wezwania). Wykonawca uzupełnił wymagane dokumenty, zgodnie z treścią wezwania. Dopiero na tym etapie Zamawiający spostrzegł, że nie otrzymał informacji na temat cech serwera dotyczących oprogramowania. W tym zakresie zostało skierowane kolejne wezwanie z dnia 12 kwietnia 2017 r.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu wykazu usług, dowodu opłacenia polisy, oświadczenia producenta w zakresie gwarancji, certyfikatu ISO 9001: 2000, Zamawiający wyjaśnił, że:

- warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykonanej dostawy sprzętu komputerowego został spełniony, wobec czego nie było potrzeby uzupełnienia tego wykazu,
- w świetle par. 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) Zamawiający uznał, że nie ma podstaw do żądania dowodów opłacenia polisy, a ponadto dokumenty te zostały przedłożone Zamawiającemu w dniu 8 maja 2017 r., co skutkuje brakiem wpływu ewentualnego naruszenia na wynik postępowania,
- w zakresie oświadczenia producenta dotyczącego przejęcia zobowiązań gwarancyjnych z dnia 15 marca 2017 r. należy przyjąć interpretację zgodnie z art. 65 ust.1 k.c., że firma Fujitsu miała zamiar potwierdzenia zobowiązań gwarancji w okresie 5 letniej gwarancji zaoferowanej przez Konsorcjum, a nie w okresie standardowym – 3-letnim, który wskazano w oświadczeniu. Ponadto, wobec przedłożenia Zamawiającemu przez wykonawcę nowego oświadczenia Fujitsu w dniu 8 maja 2017 r. zarzut jest już bezprzedmiotowy.
- postanowienie zawarte w poz. 11 załącznika nr 3 do SIWZ nie ustanawia obowiązku

złożenia dokumentu certyfikatu ISO 9001: 2000 dla firmy serwisującej. W razie braku jednoznacznych wskazań w tym zakresie należy przyjąć interpretację wymagania SIWZ względniejszą dla wykonawcy, w świetle której oświadczenie producenta z dnia 15 marca 2017 r. spełnia to wymaganie. Zamawiający zaznaczył, że nie postawił w SIWZ wymogu wskazania firmy serwisującej, a zatem nie mógł żądać przedstawienia (uzupełnienia) tej informacji.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w odniesieniu do oferty Konsorcjum EnterCom i Qumak Zamawiający uznał, że zaoferowany komputer Dell 7440 spełnia wymagania Zamawiającego. Zwrócił uwagę, że ze względu na tzw. procedurę odwróconą opisaną w art. 24 aa Pzp i przewidzianą w SIWZ, oferta Qumak nie była jeszcze badana w zakresie zgodności z SIWZ, a tym samym zarzut w odniesieniu do tej oferty należy uznać za przedwczesny. Zaoferowany natomiast przez Konsorcjum EnterCom komputer Dell AIO Optiplex 7440 zawiera datę produkcji komputera, która jest tożsama z datą produkcji BIOS (wyjaśnienia Dell Sp. z o.o. z dnia 6 kwietnia 2017 r.), co spełnia wymaganie zawarte w pkt 2 ppkt 16 Załącznika nr 1 do SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że nie wymagał przekazania informacji o dacie produkcji zaktualizowanego BIOS. Co do wymagania dotyczącego braku możliwości kopiowania – porty USB, Zamawiający wskazał, że Odwołujący błędnie interpretuje treść wymagania, które dopuszcza dwa alternatywne rozwiązania. Oferta Konsorcjum spełnia wymaganie drugie, tj. całkowity brak komunikacji z urządzeniami pamięci masowej (na poziomie systemu operacyjnego). Ponadto, istnieje możliwość uruchomienia programu Dell Command Configure z poziomu BIOS, który sprawia ustawienie portów USB w tryb braku możliwości kopiowania danych na nośniki USB. Co do wymogu hasła przy update BIOS, Zamawiający wyjaśnił, że celem tego warunku było zabezpieczenie przed nieautoryzowanym dostępem do czynności update BIOS. Zamawiający powołał się na zapisy instrukcji użytkownika w języku angielskim (str. 48-49), zgodnie z którymi możliwe jest ustawienie hasła przy update BIOS z poziomu BIOS. W zakresie informacji o stanie pracy wentylatora z poziomu BIOS, Zamawiający wyjaśnił, że z treści pisma Dell Sp. z o.o. z dnia 6 kwietnia 2017 r. wynika, że informacja ta jest dostępna w systemie diagnostycznym, który jest integralną częścią BIOS. Do uruchomienia narzędzia nie jest potrzebne żadne dodatkowe oprogramowanie lub urządzenie zewnętrzne.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie uwzględniła zarzutu zgłoszonego na rozprawie przez Konsorcjum EnterCom co do braku interesu po stronie Odwołującego wobec faktu, że Odwołujący znajduje się na trzeciej pozycji w klasyfikacji ofert według kryteriów oceny ofert. Izba zważyła, że w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Pzp (w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.) należy uznać, że wykonawcy, którzy złożyli ofertę w danym postępowaniu posiadają interes we wniesieniu odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zauważyć należy, że Zamawiający dokonuje badania i oceny oferty, która w stopniu najwyższym uzyskała punktację w ramach wstępnej oceny ofert. Pozostałe oferty podlegają odpowiednio badaniu dopiero wówczas, gdy oferta sklasyfikowana najwyższej podlega odrzuceniu. Zatem nie można wykluczyć sytuacji, w której każdy z wykonawców „oczekujących” może uzyskać zamówienie, gdyż oferty wyższe zostaną odrzucone. W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał badania i oceny oferty Konsorcjum EnterCom - pozostałe oferty nie były badane w zakresie wymaganych dokumentów, dlatego też należy uznać, że każdy z pozostałych wykonawców (w tym Odwołujący) ma szansę na uzyskanie zamówienia w sytuacji gdy oferty poprzedzające jego ofertę w klasyfikacji zostaną odrzucone.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EnterCom J. T., Red Clover Sp. z o.o. oraz wykonawca Qumak S.A. skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

#### **Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.**

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum EnterCom, które wprowadziło Zamawiającego w błąd w wyniku wskazania w wykazie wykonanych usług/dostaw nieprawdziwej wartości wykonanego zamówienia wykazanego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający w pkt IV.1.c SIWZ wskazał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i w pkt V postawił wymaganie dotyczące wykazania przez wykonawców: „minimum 1 dostawa sprzętu komputerowego o wartości min. 1.500.000,00 zł brutto (jeden milion pięćset tysięcy złotych). Przez dostawę należy rozumieć realizację jednej umowy bez względu na ilość dostaw częściowych oraz bez względu na

okres obowiązywania umowy z jednym Zamawiającym”, poprzez przedłożenie wykazu wykonanych dostaw/usług w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia dla Pakietu I.

Powyższy warunek udziału w postępowaniu został opisany w sposób jasny i jednoznaczny w odniesieniu do dostawy, a nie usługi oraz w odniesieniu do sprzętu komputerowego, a nie teleinformatycznego czy telekomunikacyjnego. Warunek ten należy interpretować w oparciu o jego treść literalną. Na tym etapie postępowania nie jest możliwe rozszerzanie zakresu przedmiotowego warunku na usługi montażu lub instalacji, lub dostawy sprzętu telekomunikacyjnego, który zgodnie z klasyfikacją CPV stanowi odrębną kategorię.

Konsorcjum EnterCom na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 marca 2017 r. przedłożyło wykaz dostaw/usług przedstawiający usługę zrealizowaną przez podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby - firmę MPC P. O.- „Zaprojektowanie, wybudowanie sieci LTE, dostarczenie usług dostępu do Internetu oraz dostawa i instalacja 370 komputerów dla wykluczonych w Gminie Piątek”, wskazując kwotę 1.603.708,84 zł brutto jako wartość dostawy oraz przedstawiło trzy dokumenty referencji wystawione przez Gminę Piątek:

- na całość przedmiotu zamówienia o wartości 3.288.000,00 zł,
- na wykonanie Etapu D - dostawa 70 szt. komputerów typu All-in One ZONEO PHANTOM wraz z rozstawieniem w 7 lokalizacjach oraz montaż stacji klienckiej Huawei eA660 w każdej z tych lokalizacji wraz z podłączeniem do wybudowanych nadajników LTE - na kwotę 306.336,38 zł,
- na wykonanie Etapu F – dostawa, instalacja i podłączenie do sieci LTE 300 szt. komputerów typu All-in One ZONEO PHANTOM wraz z 300 stacjami klienckimi Huawei eA660 – o wartości 1.297.372,46 zł.

Z powyższych dokumentów wynika, że oprócz sprzętu komputerowego (łącznie 370 komputerów All-in-One ZONEO PHANTOM) przedmiotem dostaw w ramach wykazanej wartości była dostawa sprzętu telekomunikacyjnego - 307 stacji klienckich (modemów) oraz usług montażu i instalacji, tj. zakres szerszy niż określony przez Zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący nie wykazał w toku postępowania, że ww. modemy stanowią sprzęt komputerowy w rozumieniu powszechnie przyjętym, wobec niesprecyzowania przez Zamawiającego tego pojęcia w sposób szczególny. Fakt, że przedmiot zamówienia zgodnie z pkt II.2 SIWZ obejmuje sprzęt informatyczny oraz wyposażenie szpitala w infrastrukturę teleinformatyczną w ocenie Izby nie dowodzi tego, że dostawa i instalacja infrastruktury teleinformatycznej mogła być przedmiotem wymaganej dostawy w świetle jednoznacznego zapisu treści warunku udziału, a wręcz przeciwnie – prowadzi do wniosku, że Zamawiający odrębnie traktował te elementy przedmiotu zamówienia.

Skoro zatem przedmiot wykazanych przez Konsorcjum EnterCom dostaw i usług obejmował oprócz sprzętu komputerowego również inne elementy, które nie zostały wskazane w treści warunku udziału w postępowaniu, to wykonawca powinien w ramach własnego oświadczenia zawartego w wykazie podać wartość dostaw tylko w wymaganym zakresie, tj. przedstawić odpowiednio wyliczoną wartość dostaw sprzętu komputerowego. Przedstawiona przez wykonawcę wartość obejmuje natomiast całość wynagrodzenia za Etapy – D i F zamówienia. W takim przypadku konieczne jest, co do zasady, wyjaśnienie treści wykazu dostaw oraz ewentualne uzupełnienie tego wykazu o właściwą wartość dostaw sprzętu komputerowego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Nie można jednak uznać, że przedstawienie przez Konsorcjum EnterCom powyższej wartości dostaw na potwierdzenie spełniania warunku stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd, gdyż wykonawca przedstawił Zamawiającemu prawdziwe informacje, co do wartości ww. etapów, która została potwierdzona w treści złożonych referencji. Fakt, że wykonawca nieprawidłowo zakwalifikował wartość sprzętu telekomunikacyjnego, uznając, że jest to sprzęt komputerowy, stanowi jego subiektywną ocenę. W złożonych Zamawiającemu dokumentach brak jest jednak informacji nieprawdziwych, a zatem wprowadzających w błąd Zamawiającego w rozumieniu art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp. Dodatkowo Izba zważyła, że Odwołujący nie wykazał zaistnienia szczególnych przesłanek wynikających z ww. przepisów, które uzasadniałyby wykluczenie Konsorcjum EnterCom na ich podstawie.

**Zarzut dotyczący bezpodstawnego wezwania Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia informacji w zakresie potwierdzenia parametrów oferty w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 7 Serwer, L.p. 11 (Oprogramowanie).**

Izba stwierdziła naruszenie art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne wezwanie Konsorcjum EnterCom w dniu 12 kwietnia 2017 r. do uzupełnienia dokumentu Załącznik nr 1 do SIWZ w zakresie informacji potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania opisane w SIWZ w zakresie potwierdzenia parametrów oferty w pkt 7 Serwer Lp. 11 Oprogramowanie.

Konsorcjum EnterCom zostało w dniu 8 marca 2017 r. wezwane przez Zamawiającego do przedłożenia m.in. dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania opisane w SIWZ. Jednym z tych dokumentów był opracowany przez Zamawiającego Załącznik nr 1 do SIWZ w formie tabeli, w której należało określić oferowane parametry sprzętu nie gorsze niż zawarte w tabeli.

Konsorcjum EnterCom złożyło ww. załącznik, zawierający jedynie ogólne odesłanie w poszczególnych pozycjach tabeli do złożonych przez wykonawcę specyfikacji technicznych sprzętu.

Zamawiający w dniu 28 marca 2017 r. wezwał Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia ww. dokumentu, poprzez wskazanie oferowanych parametrów, w tym m.in. w zakresie serwera - pkt 37 wezwania.

W uzupełnionym przez wykonawcę w dniu 7 kwietnia 2017 r. Załączniku nr 1 nie zostały zawarte oferowane parametry oprogramowania serwerów. Konsorcjum EnerCom, przedkładając uzupełniony Załącznik nr 1 w dniu 7 kwietnia 2017 r. w powyższym punkcie tabeli {z uwzględnieniem błędnego oznaczenia przez wykonawcę tabeli, jako „pkt 5 (Serwer) Lp. 11 (Oprogramowanie)} powtórzyło pierwotne informacje, niepotwierdzające wymaganych w tym miejscu parametrów.

W związku z powyższym, w dniu 12 kwietnia 2017 r. Zamawiający ponownie wezwał Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia załącznika nr 1 w powyższym zakresie.

Ponowne wezwanie do uzupełnienia tych samych informacji w ocenie Izby jest nieuprawnione, wobec możliwości jednokrotnego zastosowania trybu art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie uzupełniania dokumentów. Kolejne wezwanie do uzupełnienia w tym samym zakresie narusza art. 26 ust. 3 Pzp oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada jednokrotności wezwania w świetle art. 7 ust. 1 Pzp, jest jednoznacznie przyjęta w orzecznictwie KIO i sądów okręgowych oraz w praktyce zamówień publicznych.

W tej sytuacji nie ma wątpliwości, że ponowne wezwanie Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia błędnego dokumentu było niedopuszczalne. Nieuzupełnienie wymaganego Załącznika nr 1 w pełnym zakresie na wezwanie z dnia 28 marca 2017 r. winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że Zamawiający odstąpił również w tym przypadku od wymagania złożenia wypełnionego przez wykonawcę Załącznika nr 1 w postaci oferowanych parametrów, tj. w formie oświadczenia wykonawcy. Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął za dopuszczalne – jedynie odwołanie się do specyfikacji technicznych. Powyższe w ocenie Izby potwierdza nieuprawnione preferowanie tego wykonawcy przez Zamawiającego w świetle art. 7 ust. 1 Pzp.

### **Zarzuty dotyczące naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum EnterCom do uzupełnienia dokumentów.**

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia i ewentualnie uzupełnienia dokumentów w zakresie:

- wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyłą realizację,
- dokumentu potwierdzającego fakt opłacenia polisy,
- oświadczenia producenta komputera o przejęciu zobowiązań gwarancyjnych,

W ocenie Izby, Zamawiający nie miał podstaw do żądania od wykonawcy Certyfikatu



ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych dla firmy serwisującej laptopy.

Zarzut braku złożenia prawidłowego wykazu usług/dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

Przyjmując, że niepotwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych odnośnie wartości dostawy nie stanowi podstawy do wykluczenia Konsorcjum EnterCom na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, to nie zmienia to faktu, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku, co w tym przypadku skutkować powinno wezwaniem do wyjaśnienia, ewentualnie uzupełnienia w powyższym zakresie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Zarzut braku przedstawienia dowodu opłacenia polisy ubezpieczeniowej.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej Zamawiający wymagał w SIWZ złożenia przez wykonawcę dokumentu: „polisa OC, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 1.000.000,00 zł”. Powyższy warunek jest zgodny z treścią rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), dokumentem potwierdzającym sytuację ekonomiczną lub finansową wykonawcy jest dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

W celu wykazania przez Konsorcjum EnetrCom spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, na wezwanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentów, Konsorcjum EnterCom przedłożyło polisę odpowiedzialności cywilnej z dnia 22 października 2016 r. wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeniowe WARTA S.A., podlegającą opłacie w 4 ratach. Na dzień złożenia Zamawiającemu ww. dokumentu polisy upłynął termin płatności pierwszych dwóch rat.

Zgodnie z art. 814 § 1 k.c., jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Zatem, dla udowodnienia posiadania ochrony ubezpieczeniowej nie jest wystarczające zawarcie umowy ubezpieczenia (potwierdzonej w treści polisy), ale też opłacenie składki, co jest konieczne do powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela. Tylko w takim przypadku można uznać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej.

Z uwagi na powyższe, w celu wykazania, że na podstawie przedłożonej polisy ubezpieczeniowej powstała odpowiedzialność ubezpieczyciela - Konsorcjum EnetrCom powinno złożyć wraz z polisą dowody opłacenia wymaganych składek.

Konsorcjum EnterCom w dniu 8 maja 2017 r. (po wniesieniu odwołania) przedstawiło Zamawiającemu dowody uiszczenia wymaganych składek, co nie niweluje zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum EnterCom do przedstawienia dowodów posiadania wymaganego ubezpieczenia.  
Zarzut dotyczący oświadczenia producenta laptopów typu A i typu B.

W Załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę oświadczenia producenta komputera, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych przez wykonawcę lub firmę serwisującą, producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.

Konsorcjum EnterCom przedłożyło na wezwanie Zamawiającego oświadczenie firmy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z dnia 15 marca 2017 r. (przedstawiciela producenta sprzętu) potwierdzające przejęcie przez Fujitsu zobowiązań do serwisowania sprzętu w okresie 3 lat w przypadku nie wywiązywania się wykonawcy lub firmy serwisującej z obowiązków gwarancyjnych, podczas, gdy Konsorcjum EnterCom zaoferowało gwarancję 5- letnią. Dokument ten nie potwierdza zatem spełnienia wymagania i powinien podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Konsorcjum EnterCom w dniu 8 maja 2017 r. (tj. po wniesieniu niniejszego odwołania) przedłożyło Zamawiającemu nowy dokument – oświadczenie potwierdzające przejęcie przez Fujitsu zobowiązań do serwisowania sprzętu w okresie 5 lat, w przypadku nie wywiązywania się wykonawcy lub firmy serwisującej z obowiązków gwarancyjnych.

Fakt uzupełnienia powyższego dokumentu stanowi w pewnym stopniu przyznanie zasadności zarzutu. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, fakt ten nie stanowi jednak o braku wpływu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp na wynik postępowania. Podkreślić należy, że uzupełniony po wniesieniu odwołania dokument powinien co do zasady podlegać ocenie przez Zamawiającego w ramach powtórnej czynności badania i oceny oferty – Izba nie może bowiem zastępować Zamawiającego w wykonywaniu ww. czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nowy dokument złożony przez wykonawcę nie został formalnie oceniony przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu.

Zarzut braku złożenia przez Konsorcjum EnterCom certyfikatu ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych dla firmy serwisującej laptopy.

W Załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający postawił wymaganie „Firma serwisująca musi posiadać certyfikat ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadać autoryzację producenta komputera”. Zamawiający jednocześnie nie określił, jaki dokument

jest wymagany na potwierdzenie spełnienia tego wymagania, co oznacza, że pozostawił w tym zakresie wykonawcy wybór, za pomocą jakiego dokumentu wykaże spełnienie tego wymagania.

Konsorcjum EnterCom przedłożyło w ofercie oświadczenie producenta oferowanych urządzeń - firmy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z dnia 15 marca 2017 r. w którym producent potwierdził, że firma serwisująca posiada wymagany certyfikat ISO oraz autoryzację producenta, co w pełni potwierdza spełnienie ww. wymagania. Jednocześnie należy podkreślić, że skoro w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie zawarł wymogu podania nazwy firmy serwisującej, to wykonawcy nie mieli obowiązku podania tej nazwy w ofercie. Dlatego fakt, że Konsorcjum EnterCom nie wskazało w ofercie konkretnej firmy serwisującej nie stanowi niezgodności z treścią SIWZ. Zamawiający nie miał zatem podstaw do wezwania wykonawcy do uzupełnienia certyfikatu ISO.

Reasumując, biorąc pod uwagę, że oferta Konsorcjum EnterCom podlega odrzuceniu (co zostało wskazane poniżej), Izba uznała za niecelowe nakazanie Zamawiającemu dokonywania oceny uzupełnionych samodzielnie przez Konsorcjum Entercom ww. dokumentów.

#### **Zarzut naruszenia art. 89 ust., 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EnterCom i wykonawcy Qumak S.A.**

Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum EnterCom z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie parametrów technicznych oferowanych laptopów typu All-in One firmy Dell, wymaganych w pkt 2 Załącznika nr 1 do SIWZ - tabela, Lp. 16. Jednocześnie Izba uznała zarzut w powyższym zakresie za podniesiony przedwcześnie wobec oferty złożonej przez wykonawcę Qumak, która to oferta, według oświadczenia Zamawiającego, nie była badana pod kątem spełnienia wymagań SIWZ.

Odnosząc się do powyższego zarzutu w odniesieniu do oferty Konsorcjum EnterCom, Izba ustaliła, że w ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający określił wymagania techniczne sprzętu stanowiącego przedmiot zamówienia oraz wymagał potwierdzenia spełnienia parametrów opisanych w Załączniku nr 1 do SIWZ. Wśród wymaganych minimalnych parametrów technicznych dla komputerów All-in-One (pkt 2 Załącznika nr 1 - tabela, Lp. 16) komputery zaoferowane przez Konsorcjum EnterCom - All-in One Dell 7440 nie spełniają następujących wymagań:

- wymaganie: „Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych, uzyskania informacji o (...) wersja Biosu wraz z datą produkcji”.

Zaoferowane przez Konsorcjum EnterCom komputery firmy Dell nie spełniają tego wymagania, co wynika z treści oświadczenia firmy Dell z dnia 6 kwietnia 2017 r., załączonego do pisma zawierającego dokumenty złożone przez Konsorcjum EnterCom na wezwanie do uzupełnienia z dnia 28 marca 2017 r. We wskazanym piśmie w komentarzu do tego wymagania wskazano, że data produkcji BIOS jest tożsama z datą produkcji komputera, ze względu na to, że w dniu produkcji jest wgrany najnowszy dostępny BIOS. Powyższe daty nie są tożsame i nie mogą być zdaniem Izby utożsamiane. Należało wziąć pod uwagę przy tym jednoznacznie w powyższym zakresie treść odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 60 z dnia 2 lutego 2017 r. „Dotyczy wymagania dla Komputer All-in-One z punktu 16. BIOS tiret wersja Biosu wraz z datą produkcji. Czy Zamawiający oczekuje, żeby była podawana wersja BIOS wraz z datą produkcji BIOS?” Zamawiający odpowiedział: „Tak. Zamawiający wymaga, aby wersja BIOS była podawana wraz z datą produkcji BIOS”.

W szczególności zwrócić uwagę na fakt, że data produkcji BIOS będzie nie do odczytania po dokonaniu jego aktualizacji - dostępna będzie jedynie data produkcji komputera, a nie data produkcji BIOS, co było jednoznacznie wymagane przez Zamawiającego.

- wymaganie: „Możliwość z poziomu BIOS: ustawienia portów USB w tryb braku możliwości kopiowania danych na nośniki USB lub całkowitego braku komunikacji z urządzeniami pamięci masowej (na poziomie systemu operacyjnego)”.

Powyższe wymaganie nie jest spełnione, gdyż w komputerach Dell istnieje wyłącznie możliwość wyłączenia portu, a nie ma możliwości ustawienia portu w tryb braku możliwości kopiowania. W wymienionym powyżej oświadczeniu firmy Dell z dnia 6 kwietnia 2017 r. dotyczącym tego wymagania wskazano, że do zapewnienia tej funkcjonalności jest konieczne dodatkowe oprogramowanie o nazwie DELL Command Configure, a więc funkcjonalność ta nie jest bezpośrednio dostępna z poziomu BIOS. Ponadto, określenie „z poziomu BIOS” oznacza w ocenie Izby, funkcjonalność dostępną za pomocą BIOS w powszechnym znaczeniu tego określenia. Zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ (Załącznik nr 1), Zamawiający postawił powyższe wymaganie wobec BIOS, co wyklucza możliwość spełnienia tego wymagania za pomocą innej aplikacji.

- wymaganie: „Możliwość z poziomu BIOS: ustawienia hasła: administratora, Power-On, HDD, przy update Bios”.

W zaoferowanych przez Konsorcjum EnterCom komputerach firmy Dell nie ma możliwości ustawienia hasła zabezpieczającego przed update Biosu - z poziomu BIOS. Zamawiający wymagał, aby była dostępna w BIOS możliwość ustawienia hasła (ochrony hasłem) dla następujących czterech różnych czynności/funkcji:

- Administratora - uruchomienie BIOS komputera
- Power-On - włączenie komputera

- HDD - modyfikacja ustawień dysku w BIOS
- przy update Biosu - zabezpieczenie hasłem przed aktualizacją BIOS.

Powyższe rozumienie tego wymagania znajduje potwierdzenie w jednoznacznym zapisie wymagania oraz w oświadczeniu producenta Dell. Z tego pisma wynika jednoznacznie, że oferowany komputer nie posiada funkcji zabezpieczenia przed update BIOS. Brak tej funkcji znajduje potwierdzenie w dokumentacji producenta „Dell OptiPlex 7440 All-In-One Owner's Manual” (Dell OptiPlex 7440 All-In-One Podręcznik użytkownika) na stronie 41 i 42, gdzie opisano dostępne funkcje bezpieczeństwa, bez możliwości ustawienia hasła zabezpieczającego przed update BIOS. Nie można uznać, że skoro Zamawiający wymienił poszczególne hasła po przecinku, to możliwe jest spełnienie tego wymogu przy użyciu ogólnego hasła systemowego lub hasła konfiguracji systemu.

- wymaganie „BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI - możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych, uzyskania informacji o stanie pracy wentylatora”.

Firma Dell w ww. oświadczeniu z dnia 6 kwietnia 2017 r. wyjaśniła, że powyższa funkcja nie jest dostępna w BIOS, lecz w systemie diagnostycznym komputera, który jest odrębną aplikacją. Biorąc pod uwagę, że wobec tego systemu Zamawiający postawił odrębne wymagania, opisując je w odrębnej części Załącznika nr 1, należy uznać, że system ten nie stanowi systemu BIOS, w rozumieniu przedmiotowego wymagania.

W świetle powyższych informacji dostępnych od samego producenta zaoferowanego sprzętu komputerowego Izba nie uwzględniła wniosku o powołanie biegłego na okoliczność rozstrzygnięcia kwestii zgodności treści oferty z treścią SIWZ w omówionym powyżej zakresie.

W konsekwencji potwierdzenia się części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, skutkujących odrzuceniem oferty złożonej przez Konsorcjum EnterCom Izba stwierdziła, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Pakiecie I naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła ponadto, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, w świetle art. 192 ust. 2 Pzp, stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania oraz nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum EnterCom, która wobec powyższego nie musi podlegać uzupełnieniu w zakresie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak

w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

.....