

Sygn. akt: KIO 1847/11

**WYROK
z dnia 21 września 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Honorata Łopianowska

Protokolant:

Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2011 r., 16 września 2011r., 21 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko spółkę jawną w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Inspektorat Uzbrojenia przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- A. Intaris spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz ARCUS SA w Warszawie – po stronie Odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakrętu oraz Infover S.A. w Kielcach – po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko spółkę jawną w Bydgoszczy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko spółkę jawną w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*dostawa stacji roboczych dla resortu obrony narodowej*”, z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wartość zamówienia wynosi 15.938.369,11 zł, co stanowi równowartość 4.151.698,13 euro.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 marca 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2011/S 59-095622.

Zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2011 r. (pismo nr K/8632/11), uzupełnionym pismem z dnia 24 sierpnia 2011 r. (pismo nr K/8764/11) przekazał Wykonawcom, którzy złożyli oferty, informację o ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, z podaniem pozycji złożonych ofert i otrzymanej punktacji zapraszając jednocześnie wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej. W dniu 29 sierpnia 2011r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, z powodu niezgodności treści złożonej oferty z treścią siwz, w przypadku gdy nie zachodzi przesłanka do weryfikacji tej oferty w toku procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zw. z art 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 91b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, pomimo tego, iż złożono ofertę podlegającą odrzuceniu,

- 4) art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym poprzez bezpodstawne uznanie, iż oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach nie podlega odrzuceniu.

W oparciu o powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach;
- 2) odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach;
- 3) oraz ewentualnie - na wypadek przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej oraz nakazanie powtórzenia czynności zaproszenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, iż w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W sprawie bezspornym jest, iż nie zachodzą przesłanki do zastosowania wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wyspecyfikował osiem niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, szczegółowo precyzując argumentację w tym zakresie na posiedzeniu:

- 1) w zakresie wymaganej ilości i rozmieszczenia oraz funkcjonalności złączy i portów (wewnętrznych i zewnętrznych): w pkt. „płyta główna” - 4 złącza SATA (ze zintegrowanym kontrolerem RAID 0/1) i 1 złącze eSATA; w pkt. „porty” - 1 x eSATA, min 4 USB z przodu obudowy; oraz w pkt. „karta dźwiękowa” - wewnętrzny głośnik w obudowie komputera.

Na posiedzeniu Odwołujący doprecyzował ten zarzut: „w części opisu testu wydajnościowego dla przystępujących wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach - „Platform” wskazano w ostatnich dwóch pozycjach producenta oraz model oferowanej płyty. Z tych informacji - producenta Gigabyte Technology Co., Ltd oraz modelu, który dla tego producenta jest określany jako GA-Q57M-S2H można wywieść, analizując dokumentację dotyczącą płyty wniosek o niezgodności oferty WTC z SIWZ.” „Podstawowym rygorem testu

jest to, że komputer musi mieć określony BIOS. W ofercie – w dokumencie na str. 96 widnieje firma Phoenix jako producent BIOS-u w oferowanym przez przystępującego produkcie (stacja NTT W 914 G).”

- 2) **„co do wymaganej funkcjonalności stacji roboczej w zakresie rozbudowy.** W piśmie z dnia 20 kwietnia 2011 r. (Nr VII/3798/II) Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytanie 15: „Odpowiedź: Wszystkie wymagane złącza PCI i PCI-Express muszą być wolne w celu możliwości dalszej rozbudowy. Miejsce w tylnej części obudowy na wymagane sloty PCI i PCI-Express też ma pozostać wolne w celu dalszej rozbudowy o dodatkowe karty rozszerzeń. Jeżeli płyta główna stacji roboczej jest wyposażona w więcej złączy PCI lub PCI-Express niż wymagane to Zamawiający dopuszcza zajęcie tych portów przez dodatkowe niewyspecyfikowane urządzenia”.

Na posiedzeniu Odwołujący sprecyzował, że niezgodność nie wynika z przeprowadzonych testów, ale z oględzin z oferowanego przez Przystępującego sprzętu (w dniu 29 czerwca 2011 r., czyli w dniu testu dokonywał oględzin sprzętu oferowanego przez Przystępującego, a także w ramach wglądu do ofert innych wykonawców); Odwołujący zakupił analogiczną, jaka jest oferowana w tym postępowaniu płytę główną, a obudowę przyjął na podstawie dokumentacji producenta obudowy ze strony internetowej. Na podstawie płyty głównej i zdjęć tyłu obudowy stacji oferowanej przez Przystępującego można było stwierdzić, iż nie ma możliwości rozbudowy tylnej części stacji, gdyż miejsce w tylnej części obudowy przeznaczone do wyprowadzania złączy z kart instalowanych w komputerze jako rozbudowa jest zajęte. Na podstawie numeru seryjnego konkretnej stacji na stronie producenta można ustalić parametry w zakresie płyty głównej i w tym przypadku karty graficznej i że jest to model W 914 G.

- 3) **w zakresie wyposażenia w czujnik otwarcia obudowy,** gdzie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagano posiadania czujnika otwarcia obudowy współpracującego z oprogramowaniem zarządzającym komputerem, przy czym nie był dopuszczony czujnik otwarcia obudowy, zamontowany za pomocą kleju.

Na posiedzeniu odwołujący podał, że domyśla się, że Przystępujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach w jakikolwiek sposób nieprzewidziany przez producenta obudowy zainstalował czujnik. Wynika to z informacji producenta obudowy InWIN. Odwołujący przejrzał obudowy znajdujące się na stronie firmy NTT i stwierdza, że zastosowana obudowa według tej strony nie jest przyporządkowana do modelu W 914 G, tylko do modelu W 900 F. To wynika ze strony internetowej NTT - producenta komputerów. Odwołujący podał, że jeżeli chodzi o identyfikację modelu, to według strony producenta powinna być to inna obudowa, według zaoferowanego komputera jest to jeszcze inna obudowa. Odwołujący, zapytany skąd jest mu wiadomym, jaka obudowa będzie zastosowana w sprzęcie oferowanym zamawiającemu, to

jest czy będzie to obudowa od modelu W 914 G, czy modelu W 900 F, oświadczył, że zarówno jedna, jak i druga obudowa nie ma zainstalowanego czujnika otwarcia obudowy.

- 4) **w zakresie wyposażenia stacji roboczej w wbudowany w zewnętrznej części obudowy wizualny system diagnostyczny**, wskazując że w specyfikacji w załączniku nr 1 „Wymagania techniczne” Zamawiający wymagał: „- b w pkt. obudowa: Obudowa musi być wyposażona w wbudowany w jej zewnętrznej części wizualny system diagnostyczny (opcjonalnie wspierany systemem dźwiękowym), służący do sygnalizowania i diagnozowania problemów z komputerem i jego komponentami; a w szczególności musi sygnalizować:- przebieg procedury POST, - sumy kontrolne BIOSU; awarię procesora lub pamięci podręcznej procesora, - uszkodzenie lub brak pamięci RAM, uszkodzenia złączy PCI, kontrolera Video, dysku twardego, płyty głównej, kontrolera USB, pracę : dysku/-ów twardych”, a w piśmie z dnia 20 kwietnia 2011 r. (Nr VII/3798/II) Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie 7 : „Czy Zamawiający dopuści system diagnostyczny nie producenta komputera, a jeżeli tak to czy Zamawiający będzie nadal wymagał przejęcia wszelkich zobowiązań gwarancyjnych oraz związanych z serwisem przez producenta komputera? Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza systemu diagnostycznego, który będzie wyprodukowany przez innego producenta niż producent oferowanego komputera.”, także w odpowiedzi na pytanie 6 tego pisma Zamawiający potwierdził: „Zamawiający wymaga rozwiązania (systemu diagnostycznego), które będzie wyprodukowane przez producenta oferowanego komputera.”

Na posiedzeniu Odwołujący sprecyzował: „zarzut należy podzielić na 2 części - część informującą o wizualnym systemie diagnostycznym oraz drugą - zamawiający wymagał, iż producentem systemu diagnostycznego ma być producent oferowanego komputera. Za sam proces i procedury testowe odpowiedzialny jest BIOS i on jest systemem diagnostycznym w komputerze. Producentem BIOS-u i płyty głównej nie jest producent oferowanego komputera, co można stwierdzić bez oględzin i posiadania stacji roboczej. Firma NTT nie produkuje płyt głównych, na oficjalnej stronie można wyczytać, że są to płyty producentów trzecich, a firma NTT zajmuje się składaniem komputera. Wnioskuje to ze strony producenta. Żaden z modeli komputerów oferowanych przez NTT nie spełnia tego warunku - firma NTT nie produkuje płyt głównych czyli BIOS-u też. W ofercie przystępującego na str. 96 jest informacja, że producentem BIOS-u jest firma Phoenix.”

- 5) **w zakresie funkcji BIOS/iAMT**, wymaganych w specyfikacji w załączniku nr 1 „Wymagania techniczne” Zamawiający: - w pkt. funkcje BIOS: 1. Funkcja blokowania/odblokowania BOOT-owania stacji roboczej z zewnętrznych urządzeń; 2. możliwość polegająca na kontrolowaniu urządzeń wykorzystujących magistralę komunikacyjną PCI, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego

komputera lub innych podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych. Pod pojęciem kontroli Zamawiający rozumie funkcjonalność polegającą na blokowaniu / odblokowaniu slotów PCI; 3. możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego lub innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych, ustawienia hasła na poziomie systemu, administratora oraz dysku twardego (...); - w pkt. bezpieczeństwo i zarządzanie: możliwość blokowania portów USB w tym: wszystkich portów, tylko portów przednich, tylko portów tylnych – funkcja realizowana z poziomu BIOS lub zintegrowana z wymaganym chipsetem płyty głównej i dostępna z poziomu administratora.

Na posiedzeniu Odwołujący sprecyzował, iż *jeżeli chodzi o funkcję BIOS-u, to Odwołujący zbadał BIOS firmy Phoenix dla różnych dostępnych płyt głównych i stwierdza iż tych funkcji tam nie odnalazł. Zaoferowany komputer powinien posiadać BIOS firmy Phoenix a komputer dostarczony na testy posiada BIOS firmy Award Soft International IMC, model V600PG.*

- 6) **w zakresie wymagań dotyczących systemu operacyjnego**, gdzie w załączniku nr 1 do specyfikacji „Wymagania techniczne” Zamawiający wymagał: w pkt. „system operacyjny”: Preinstalowany Windows 7 Professional x 32 PI (z możliwością downgrade do Windows XP Professional PI x 32 z SP3).

Na posiedzeniu odwołujący wyjaśnił, że *„zarzut wynika z testu SysMark 2007. Zamawiający wymagał innego systemu operacyjnego: Windows 7 Professional i taki zaoferował w ofercie Przystępujący, podczas gdy z testu wynika, że do testu zastosowano Microsoft Windows 7 Ultimate”.*

- 7) **w zakresie wymagań dotyczących serwisu gwarancyjnego**, gdzie w załączniku nr 1 do specyfikacji „Wymagania techniczne” Zamawiający wymagał: w pkt. „wymagania dodatkowe”: Serwis gwarancyjny świadczony na terenie całego świata (międzynarodowa gwarancja producenta), przy czym w piśmie z 9 maja 2011 r. (nr VII/4359/II) w odpowiedzi na pytanie 7 Zamawiający potwierdził: *„Odpowiedź : Serwis gwarancyjny ma być świadczony na terenie całego świata (międzynarodowa gwarancja producenta).”.*

Na posiedzeniu Odwołujący sprecyzował w powyższym zakresie, że *„dysponuje dokumentami przystępującego, z których wynika, iż serwis oferowanego sprzętu ma miejsce w jednym miejscu w Polsce: w miejscowości Zakręt, tam, gdzie siedzibę ma firma NTT. Nie jest możliwe wykonywanie serwisu z jednego miejsca. Z § 8 pkt 7 projektu umowy wynika, że serwis ma być prowadzony w trybie on site”.*

- 8) **w zakresie wymagań dotyczących oznakowania zasilacza**, wobec postawionego wymagania i odpowiedzi Zamawiającego w piśmie z dnia 20 kwietnia 2011 r. (nr VII/3798/II) na pytanie 1: *„1. Czy zamawiający dopuści zaoferowanie komputerów wyposażonych w zasilacze, które spełniają wymagania w SIWZ jednak nie posiadają*

żadnych oznakowań? Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza możliwości zaoferowania komputerów wyposażonych w zasilacze, które nie posiadają żadnych oznakowań. Zamawiający ponadto informuje, iż wymaga zaoferowania komputerów, wyposażonych w zasilacze, które spełniają wszystkie wymagania SIWZ oraz posiadają stosowne, trwałe oznaczenie takie jak: znak CE, logo producenta oraz maksymalną wartość mocy zasilacza.”

Na posiedzeniu Odwołujący sprecyzował argumentację odnośnie tego zarzutu podając, iż *„jest w posiadaniu dokumentów, z których wynika, że NTT korzysta z zasilaczy innych producentów, nie możliwe jest, by na jednym zasilaczu znajdowały się loga dwóch producentów. W tym przypadku producent komputera nie jest producentem zasilacza, więc nie może oznakować zasilacza swoim logiem”* a także że *„rozumiał postawiony warunek że zasilacze muszą mieć logo producenta komputerów. Jest to typowe dla producentów komputerów. Odwołujący jest w posiadaniu zasilacza firmy HP i Fujitsu i wszystkie te zasilacze są oznakowane logo producentów tych komputerów i są przez tych producentów wyprodukowane. Jeżeli firma NTT nie produkuje zasilaczy, to nie może oznakować zalicza logiem NTT.”*

Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prezentując w powyższym zakresie następujący zarzut i uzasadniającą go argumentację: *wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach „dopuszcili się czynu nieuczciwej konkurencji podejmując działanie sprzeczne z prawem oraz dobrymi obyczajami, które zagroziło lub nawet naruszyło interes Odwołującego tudzież Zamawiającego, poprzez takie oznaczenie oferowanego w nin. postępowaniu towaru, które może wprowadzić Zamawiającego w błąd co do jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, napraw lub innych istotnych cech, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich.”*

Po stronie Odwołującego przystąpili skutecznie wykonawcy: Intaris spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz ARCUS SA w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięć na korzyść Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z odpowiedziami jej dotyczącymi, udokumentowaną czynność testów wydajnościowych, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania, oraz złożone na rozprawie dowody, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oddalono wnioski Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach a także Zamawiającego o odrzucenie odwołania. Nie podzielono argumentacji, że o podstawie do wniesienia odwołania odwołujący powziął wiadomość w dacie testów wydajnościowych, która miała miejsce 29 czerwca 2011 r., co zmierzało do wykazania, że odwołanie złożono po upływie dziesięciodniowego terminu. Przeprowadzone przez Zamawiającego testy wydajnościowe nie oznaczały uznania, że oferty wykonawców są zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w samej specyfikacji także nie zawarto postanowień, wskazujących na to, że Zamawiający zaprosi do testów tylko wykonawców, których oferty uzna za zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Również fakt przeprowadzenia testów nie oznacza, że Zamawiający w tej dacie, poprzez uzyskanie przekraczającego wymaganą wartość wyniku testów uznał oferty wykonawców za odpowiadające specyfikacji. Odwołanie dotyczy bowiem zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, zatem do momentu uzewnętrznienia przez Zamawiającego dokonania oceny oferty tego wykonawcy nie sposób mówić, by podniesione zarzuty w tym zakresie były spóźnionymi. Zasadnym mógł być taki wniosek, gdyby Zamawiający dokonał jakiegokolwiek czynności związanej z pozytywną oceną oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, co pozwalałoby przyjąć, że z tą chwilą przedmiotowa czynność podlega ewentualnej kontroli w ramach środków ochrony prawnej. Tym samym, zasadnym jest przyjęcie, że do momentu zaproszenia Przystępującego do składania ofert Zamawiający pozostawał w trakcie czynności oceny ofert.

Nie podzielono także argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą odwołanie powinno podlegać odrzuceniu wobec niewłaściwego oznaczenia Zamawiającego jako „*Skarb Państwa - Minister Obrony Narodowej reprezentowany przez Inspektorat Uzbrojenia*”. W

treści odwołania zawarto bowiem wszelkie dane pozwalające w sposób jednoznaczny zidentyfikować zarówno nazwę Zamawiającego, jak i rozstrzygnąć czy Zamawiający jest określony jako podmiot występujący samodzielnie albo działający z upoważnienia Ministra Obrony Narodowej (w jego imieniu i na jego rzecz). W treści odwołania, w części służącej oznaczeniu Zamawiającego, od którego czynności lub zaniechania składane jest odwołanie, Odwołujący rzeczywiście podał: „*Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa, Skarb Państwa - Minister Obrony Narodowej*”, jednak to niekonsekwentne oznaczenie, przy jednoczesnym wskazaniu numeru postępowania nadanego przez Zamawiającego, a także numeru ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, a także wszelkich innych informacji dotyczących postępowania pozwala rozwiązać wątpliwości co do Zamawiającego, a w konsekwencji uznać, że nie zachodzi którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W analizowanej sprawie, w zakresie wyznaczonym treścią postawionych w odwołaniu zarzutów, nie dopatrzono się takich naruszeń.

Uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

Po pierwsze – w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Rozpatrywane mogły być zatem jedynie te zarzuty, jakie zostały wyraźnie wyartykułowane w odwołaniu. W przedmiotowej sprawie odwołanie względnie ogólnie wskazuje źródło upatrywanych niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach ze specyfikacją, zaś uszczegółowienie zarzutów, ich właściwe uzasadnienie, a także wskazanie podstaw wnioskowania o niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach ze specyfikacją przedstawione zostało na posiedzeniu i rozprawie. Rozpatrzeniu podlegać zatem mogły jedynie te zarzuty, których przynajmniej podstawowy zarys przedstawiony został w odwołaniu.

Po drugie – w myśl znajdującego zastosowanie do przedmiotowego stanu faktycznego art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - odwołanie wnosi się

w terminie przewidzianym ustawą, który w analizowanej sprawie wynosi 10 dni od daty przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania. Wszelka zatem argumentacja, która nie znalazła odzwierciedlenia w złożonym w terminie odwołaniu, a która została podniesiona przez Odwołującego później (na posiedzeniu i rozprawie) nie mogła podlegać rozpatrzeniu, jako stanowiąca w istocie niedopuszczalne rozszerzenie odwołania wyrażone po terminie na jego złożenie.

Przypomnienia wymaga, że właściwe, pełne przedstawienie zarzutów w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także – wobec obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu – służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu. Stąd konieczne jest wyznaczenie granicy dopuszczalnego sprecyzowania zarzutów odwołania, dla przesądzenia kiedy nowa, podniesiona na posiedzeniu czy rozprawie argumentacja mieści się w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów, a kiedy już stanowi wykroczenie poza ich treść. Na podstawie podniesionych zarzutów wraz z pełną argumentacją oraz dowodami ją potwierdzającymi zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ust. 1 i 2 ustawy). Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów. W wyniku dokonanej analizy zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, a wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz o ewentualnym sprzeciwie – w przypadku uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego. Znamiennej jest tutaj konstatacja uczyniona przez Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach w piśmie procesowym z dnia 9 września 2011 r., zgodnie z którą Odwołujący przedstawił jedynie „*kadłubowy (spełniający jedynie wymagania formalne) katalog zarzutów*”, wobec czego nie sposób „*w sposób całościowy odnieść się do tego rodzaju twierdzeń*”.

Nie jest dopuszczalne, by w wyniku doprecyzowania postawionych zarzutów odwołanie, już po terminie na jego złożenie, w istocie zostało sformułowane na nowo, wskazując na nowe zarzuty, uprzednio w nim nie zawarte.

I tak – co do wskazanych w odwołaniu niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, uwzględniono tylko te zarzuty i dopełniającą je argumentację, które znajdowały źródło w odwołaniu.

Poddając analizie podniesione zarzuty, w pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga kształt postępowania nadany przez Zamawiającego. Zamawiający – będąc gospodarzem

postępowania, odpowiadając za czyniące zadość jego uzasadnionym interesom określenie warunków i sposobu złożenia oferty, opisu oferowanego przedmiotu ukształtował postępowanie w ten sposób, że wiedzę o oferowanym przedmiocie, niezbędne informacje o jego cechach i parametrach wykonawcy mieli zaprezentować w formie oświadczenia – złożenia wypełnionego formularza, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zał. nr 3 do specyfikacji – Formularz ofertowy). W pkt I.2-4 ppkt 1) – 5) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił wymagania stawiane przedmiotowi zamówienia, zaś w pkt I.4 ppkt 6) specyfikacji Zamawiający podał sposób wykazania, że oferowany przedmiot spełnia te wymagania: „Wykonawca zobowiązany jest wskazać (opisać) w kolumnie „Specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia” (załącznik 3 do SIWZ) oferowane parametry (wyposażenie) poprzez jednoznaczne ich określenie (nazwa, typ i oferowana konfiguracja). Zamawiający dopuszcza oferowanie innych parametrów (wyposażenia) niż żądane, jednak muszą to być parametry (wyposażenie) równoważne lub jakościowo i technicznie korzystniejsze dla Zamawiającego.”. Zamawiający jednocześnie, w pierwotnym brzmieniu specyfikacji zastrzegł co do oferowanych stacji: „Oferowane modele (typy) stacji roboczych muszą znajdować się na liście Windows 7 Compatibility Center i posiadać logo „Compatible with Windows 7”. Oświadczenie Producenta lub przedstawiciela producenta w Polsce na spełnienie powyższych wymogów musi być dołączone do oferty wraz z wydrukiem z ww. listy. W przypadku gdy producent wystawi takie oświadczenie w innym języku niż polski, musi być ono przetłumaczone na język polski. Oferowane stacje robocze, wraz z zainstalowanymi w nich procesorami — załącznik nr 1 do SIWZ — muszą spełniać minimalne wymagania wydajnościowe Zamawiającego. **Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty wydruk z przeprowadzonych testów BAPCo SysMark 2007 potwierdzający, iż oferowany model komputera z oferowanym procesorem osiągnął wynik min. **SYSMark2007 Preview Rating** wynik mm. 200 punktów oraz załączyć do oferty płytę CD lub DVD z wynikami testu. Zamawiający zastrzega sobie w celu potwierdzenia wyników wydajnościowych przeprowadzanie testu. W takim przypadku, Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia stacji roboczej z zainstalowanym oprogramowaniem SysMark2007 i przeprowadzenia testu wydajnościowego w obecności Zamawiającego. Czas na dostarczenia sprzętu do testowania od chwili powiadomienia wykonawcy wynosi 3 dni robocze. Sprzęt zostanie zwrócony dopiero po rozstrzygnięciu przetargu.” Z części tego postanowienia Zamawiający w toku postępowania się wycofał – pismem z dnia 19 maja 2011 r. poinformował uczestników postępowania, iż: „wymienione w załączniku 1 do SIWZ testy, certyfikaty, oświadczenia wymagane w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot spełnia wymagania określone w SIWZ, które obecnie są wymagane na etapie składania oferty – zastępuje się oświadczeniem wykonawcy potwierdzającym odpowiednio że**

zapropozowany w ofercie sprzęt spełnia wymagania określone w SIWZ – w załączeniu aktualny załącznik nr 3 Formularz Ofertowy”. Wraz z powyższą zmianą Zamawiający nie dokonał zmiany ani dookreślenia znaczenia dalszego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest dotyczącego możliwości przeprowadzenia testów wydajnościowych – pozostawione one zostały jako możliwość, uprawnienie, które zamawiający zastrzegł w celu potwierdzenia wyników testów (już nie załączonych do oferty jako wydruk z samodzielnie przeprowadzonych przez wykonawców testów, ale wynikających z oświadczenia wykonawców w Formularzu ofertowym – jego pkt 4. 1). Jednocześnie Zamawiający w pkt 2 pisma z 19 maja 2011 r. dopełnił brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia o pkt XVIII ppkt 5, przewidujący, że „wybrany wykonawca, pod rygorem uznania przez Zamawiającego jako uchylanie się wykonawcy od podpisania umowy przedmiotowej umowy, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w „Zaproszeniu do podpisania umowy”, dostarczy do Zamawiającego: 1) wydruk z przeprowadzonych testów zaoferowanych stacji roboczych potwierdzający, że oferowane stacje robocze wraz z procesorem osiągają wynik w teście wydajnościowym **SYSMark2007 Preview Rating** **punktów**, 2) oświadczenie producenta stacji roboczych, że posiada certyfikat ISO9001 obejmujący proces projektowania i produkcji; 3) oświadczenie producenta stacji roboczych, że posiada certyfikat ISO 14001; 4) kopię certyfikatu, potwierdzającego poprawną współpracę oferowanych modeli stacji roboczych z systemem operacyjnym Windows 7 (...).”

Przytoczone postanowienia dokumentów postępowania – specyfikacji wraz z jej modyfikacjami wskazują, że Zamawiający przyjął w tym postępowaniu konwencję wykazania, że oferowane stacje odpowiadają Jego oczekiwaniom opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie Formularza ofertowego – zawartych w nim oświadczeń wykonawców. Zamawiający jednocześnie „przesunął” obowiązek złożenia dokumentów (testów, certyfikatów i oświadczeń producentów stacji, deklaracji zgodności) z etapu składania oferty na moment poprzedzający podpisanie umowy (pismo z dnia 19 maja 2011 r.). Zamawiający, rezygnując z obowiązku złożenia wydruku z testów wydajnościowych oferowanych stacji z oferowanym procesorem pozostawił jednocześnie to postanowienie specyfikacji, które odnosząc się do tego wymagania, mówiło o możliwości przeprowadzenia testów wydajnościowych mających potwierdzać wyniki wydajnościowe.

W toku badania ofert Zamawiający zaprosił w dniu 24 czerwca 2011 r. wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty do udziału w testach wydajnościowych, określając następująco ich zakres: „proszę o dostarczenie do siedziby Zamawiającego w dniu 29 czerwca 2011 r. o godz. 8:00 sala 6 jednej kompletnej konfiguracji (zawierającej wszystkie elementy złożone w ofercie) stacji roboczej b) e) g) h) wraz z monitorem celem przeprowadzenia testów na zgodność ze specyfikacją techniczną i złożoną ofertą.

Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia takiej infrastruktury technicznej aby mógł w pełni zademonstrować funkcjonalność oferowanej stacji roboczej. Program testów:

- 1) sprawdzenia konfiguracji i funkcjonalności stacji roboczej na zgodność z wymaganiami zamawiającego i złożoną ofertą,*
- 2) przeprowadzenia testu wydajnościowego”.*

Tak określony zakres badania sprzętu został zakwestionowany przez Przystępującego jako wykraczający poza dopuszczony treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie obejmował on tylko testy wydajnościowe. Zamawiający zastosował się do żądań zawartych w złożonym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach odwołaniu na czynność wezwania (jego zakres) do testów wydajnościowych, korygując uprzednio wystosowane wezwanie. Pismem z 29 czerwca 2011 r. sprostował to wezwanie następująco: **„Zamawiający informuje, że w dniu 29 czerwca 2011 r. o godz. 8.00 zostaną przeprowadzone jedynie testy wydajnościowe zaproponowanych w ofercie stacji roboczych zgodnie z informacją zawartą w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”**. Tego samego dnia Zamawiający przeprowadził testy z udziałem wykonawców, przy czym pozostawił do decyzji wykonawców zaprezentowanie stacji w szerszym zakresie, aniżeli testy wydajnościowe – spośród dziesięciu wykonawców dwaj wykonawcy, w tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach skorzystali z uprawnienia, nie wyrażając zgody na otwieranie komputera i sprawdzanie konfiguracji, w odniesieniu do jednego z wykonawców stwierdzono, że przedstawiony komputer do testów nie jest tym, który zaoferowano i nie przeprowadzono testów. Pozostałych siedmiu wykonawców poddało oferowane stacje testom wydajnościowym oraz sprawdzeniu całej konfiguracji pod kątem jej zgodności ze specyfikacją.

Teza o niezgodności oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach oparta jest, co do zasady, na niezgodności zaprezentowanego na testach sprzętu ze specyfikacją. Odwołujący nie kwestionuje przeprowadzonych w dniu 29 czerwca 2011 r. testów wydajnościowych: sposobu ich przeprowadzenia oraz uzyskanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach wyniku 213 punktów wg testu SysMark 2007. Odwołujący nie stawia także zarzutu co do niewłaściwego przeprowadzenia testów, nie żąda ich powtórzenia.

Odwołujący upatruje zasadności większości przedstawionych zarzutów w tym, że stacja dostarczona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach na testy wydajnościowe przeprowadzone z zastosowaniem SysMark 2007 jest stacją, jaka jest oferowana przez tych wykonawców i jaka w związku z tym musiałaby być dostarczona w ramach przedmiotowego

zamówienia. W tym też kontekście zostały złożone wnioski o przeprowadzenie dowodów: *II.1 z oględzin zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu IU/257/VII-53/ZO/PN/AEDOS/K/2011 przez Uczestnika postępowania stacji roboczej oznakowanej jako NTT Business W 914 G, znajdującej się w dyspozycji Zamawiającego zgodnie z pkt I.1. pkt 3 SIWZ oraz z II.2 opinii biegłego z zakresu informatyki/IT na okoliczność ustalenia, czy istnieje zgodność pomiędzy stacją roboczą o której mowa w pkt II.1, a specyfikacją techniczną wymaganą przez Zamawiającego, zawartą w SIWZ, w zakresie wskazanym w odwołaniu, tj. co do: 1. ilości i rozmieszczenia oraz funkcjonalności złącz i portów (wewnętrznych i zewnętrznych), 2. wymaganej funkcjonalności w zakresie rozbudowy, 3. wyposażenia w czujnik otwarcia obudowy, 4. wyposażenia w wbudowany w zewnętrznej części obudowy wizualny system diagnostyczny, 5. wymaganych funkcji BIOS/iAMT, 6. wymagań dotyczących systemu diagnostycznego, 7. wymagań dotyczących serwisu gwarancyjnego (vide: pismo Odwołującego z 12 września 2011 r.)*

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii zgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ma charakter testów wydajnościowych, jaki nadał im Zamawiający w specyfikacji, w tym przesądzenie, czy w świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej na użytek przedmiotowego postępowania, stanowiły one element oferty, czy też miały inne znaczenie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sformułowania przywołanego przepisu „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie nakazują odnieść go do aspektu merytorycznego. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania

zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Uznano, że przeprowadzonych przez zamawiającego w dniu 29 czerwca 2011 r. testów wydajnościowych nie sposób traktować jako części oferty. Niewątpliwym jest, że w postępowaniu o zamówienie publiczne ofertę można złożyć w terminie podanym przez zamawiającego w specyfikacji – późniejsza zmiana, negocjacje co do złożonej oferty po upływie tego terminu są niedopuszczalne (art. 84 i 87 ust. 1 ustawy). Fakt, że testy wydajnościowe przewidziano jako instrument po złożeniu oferty i to instrument nieobowiązkowy, zależny od woli Zamawiającego (*Zamawiający zastrzega sobie w celu potwierdzenia wyników wydajnościowych przeprowadzenie testu*) przemawia za uznaniem, że testy te nie stanowią elementu oferty, a w konsekwencji – że nie mogą stanowić o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 25 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Katalog oświadczeń lub dokumentów, które powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań Zamawiającego (art. 25 ust.1 pkt 2 ustawy) określa rozporządzenie w sprawie dokumentów wydane na podstawie delegacji ustawowej wynikającej z art. 25 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z § 5 ust.1 pkt 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817)*, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów lub fotografii (...).

Wskazuje się, że prezentacje, testy sprzętu w postępowaniu o zamówienie publiczne zwykle noszą cechy próbki w rozumieniu przytoczonych przepisów, a także że (...) *nie istotne jest użycie literalnie słowa: „próbki”, czy też innego określenia, gdyż konieczne jest każdorazowe ustalenie celu jakim kierował się Zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy też wzoru. Inny bowiem będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał*

służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego (tak też: wyrok KIO z 17 września 2008 r., w spr. KIO/UZP 919/08).

Na gruncie analizowanej sprawy, należy uznać, że przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia testy wydajnościowe nie stanowią elementu oferty w aspekcie materialnym, tj. deklaracji wykonawcy (oświadczenia woli) co do rodzaju przedmiotu zamówienia zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu - zamawiający nie zawarł w specyfikacji jakiegokolwiek postanowienia uprzedzającego wykonawców, iż składają się one na treść oferty, nie przypisał także w sposób jednoznaczny znaczenia tej czynności. Przemawia za taką konstatacją także niekategoryczna forma ich zastrzeżenia ich przeprowadzenia opisana w specyfikacji (uzależnienie ich przeprowadzenia od woli Zamawiającego).

Niezależnie od tego, nie sposób odmówić pewnego znaczenia przeprowadzonym testom, to jest takiego, jaki wynika z ich zakresu i celu przewidzianego treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bezspornym jest, że testy wydajnościowe nie miały służyć do zbadania ogólnej i pełnej zgodności oferowanych stacji ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Z jednej strony, z technicznego punktu widzenia test SysMark 2007 nie nadaje się do zbadania pewnych parametrów oferowanych stacji (np. ilości portów, zasilacza), obejmując sprawdzenie wydajności płyty głównej. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wyraźnie przewidział wymaganie przeprowadzenia przez wykonawców z zastosowaniem narzędzia SysMark 2007 testu jako mającego służyć zbadaniu wydajności stacji roboczej, akcentując zarazem, że ma to być stacja z procesorem. Z drugiej strony, próba Zamawiającego rozszerzenia zakresu zbadania oferowanego przedmiotu w zakresie dalej idącym - pełnej zgodności ze specyfikacją, przy okazji przewidzianych testów wydajnościowych została uznana za bezpodstawną i wykraczającą poza uprawnienia przewidziane treścią specyfikacji. Testy wydajnościowe – jak wynika z treści szczegółowych raportów z ich przeprowadzenia – badają elementy płyty głównej; raporty zawierają informacje na temat następujących elementów badanego sprzętu: procesor, chipset płyty głównej, pamięć operacyjna, dysk twardy, karta graficzna (video), karta audio, karta sieciowa (internetowa), ustawienia monitora (display). Test bada, przy konkretnym zestawieniu elementów ogólną wydajność sprzętu, przyznając odpowiednią wartość.

Sporną jest kwestia, czy do przeprowadzenia testów konieczne było dostarczenie do Zamawiającego oferowanej stacji, tej samej, która będzie przedmiotem dostawy, czy też wystarczający był taki sprzęt, którego zgodność z oferowanym w postępowaniu będzie zachowana w zakresie, jaki jest możliwy do zbadania za pomocą testów wydajnościowych z zastosowaniem BAPCo SysMark 2007. W tej mierze stanowiska stron są zatem sporne: czy do testów wydajnościowych należało dostarczyć pełną i dokładnie tę stację, jaka jest

oferowana (co postuluje Odwołujący), czy też wystarczyło dostarczyć jakąkolwiek stację, jeśli tylko wyposażona była ona w te elementy, które podlegają badaniu za pomocą testu wydajnościowego BAPCo SysMark 2007 (do czego zmierza Zamawiający oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach).

Zwrócić w tym miejscu należy uwagę na zaakcentowane w postanowieniu pierwotnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułowania „oferowane stacje robocze z oferowanym procesorem” – w części, gdzie mówi się o dokumentach dotyczących oferowanego sprzętu, oraz ogólnie: „testy wydajnościowe stacji” – w zakresie związanym z możliwością przeprowadzenia testów wydajnościowych. Zestawienie tych treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje, że Zamawiający raz posługiwał się pojęciem „oferowane stacje”, „oferowany procesor” (w odniesieniu do obowiązku złożenia dokumentów dotyczących stacji, od którego to obowiązku ostatecznie odstąpił), innym razem „stacje” (jeśli chodzi o testy wydajnościowe). Uznano, że to rozróżnienie nie jest przypadkowym, szczególnie że wskazanie, iż chodzi o oferowane stacje, zostało w tej części postanowienia specyfikacji, gdzie je użyto aż dwukrotnie podkreślone – zarówno co do stacji, jak i co do znajdującego się w tych stacjach procesora. Podzielono zatem stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym do testów wymagane było dostarczenie nie całego, dokładnie takiego jak oferowany przedmiotu, ale stacji, której cechy i wyposażenie odpowiadają oferowanym w postępowaniu i podlegają badaniu za pomocą testu SysMark 2007. Takie elementy stacji jak obudowa, liczba odpowiednich portów, rodzaj zasilacza nie podlegają badaniu za pomocą testów wydajnościowych, bez znaczenia pozostaje zatem podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że na testy Przystępujący dostarczył stację w innej obudowie, aniżeli będą miały stacje przez niego oferowane. Okoliczności tej Przystępujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach nie zaprzecza, a wręcz przyznaje: odwołujący poczynił błędne założenie, że sprzęt przekazany do testów (przypomnijmy raz jeszcze – wyłącznie wydajnościowych, a nie testów na okoliczność zgodności sprzętu z wymogami SIWZ) to ten sam sprzęt, który uczestnicy dostarczać zamierzają w toku realizacji umowy. Tymczasem przedłożenia takiego sprzętu nie wymagał SIWZ. Wykonawca – w przypadku zawarcia umowy – dostarczać będzie sprzęt, który przedłożony zostanie na rozprawie. W zakresie elementów podlegających weryfikacji testem SysMark, sprzęt ten jest zbieżny ze sprzętem przedłożonym do testów (pismo tego wykonawcy z dnia 13 września 2011 r.). Jakkolwiek zgodzić się należy z wnioskiem Przystępującego Intaris sp. z o.o., iż wpływ na wynik testów ma wiele czynników, w tym zastosowanie i konfiguracja odpowiednich elementów podlegających badaniu może

zmieniać ten wynik, to istotne jest tutaj, jak te testy zaplanował Zamawiający, jaki charakter im nadał i jaki ich zakres mieścił się w Jego intencji.

Zamawiający jednoznacznie nigdzie nie wskazał, że na testy wydajnościowe konieczne jest dostarczenie tych samych (takich samych) stacji roboczych, jakie są oferowane. Przeciwnie - żądanie Zamawiającego dostarczenia na testy jednej kompletnej konfiguracji (zawierającej wszystkie elementy złożone w ofercie) stacji roboczej b) e) g) h) i) (tak: pismo Zamawiającego z 24 czerwca 2011 r. w przedmiocie wezwania wykonawców do testów wydajnościowych) a nie pięciu konfiguracji stacji, które są przedmiotem zamówienia wskazuje, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, nie wymagając dostarczenia każdej z konfiguracji oferowanego sprzętu konsekwentnie wyrażał intencję, że testy wydajnościowe będą miały za przedmiot nie pełne oferowane stacje robocze, w takim kształcie i ze szczegółową konfiguracją oraz oprzyrządowaniem jaki obejmuje oferta, ale jedynie reprezentatywną ich część, wspólną wszystkim stacjom. Powyższe okoliczności pozwalają wnioskować, że do testów można było dostarczyć stację z innymi aniżeli oferowane elementami, jeśli nie podlegają one badaniu w ramach testów wydajnościowych, z zastosowaniem testu SysMark 2007.

Potwierdza taki wniosek zastosowanie się przez Zamawiającego do zastrzeżeń sformułowanych w odwołaniu dotyczących zaplanowanego zakresu badania oferowanego sprzętu w ramach testów wydajnościowych i ostateczne ograniczenie tej czynności do wąskiego zakresu badania oferowanego sprzętu, to jest tylko do testów wydajnościowych.

Podzielono w powyższym zakresie prezentowane na rozprawie stanowisko Zamawiającego co do znaczenia spornych testów wydajnościowych, zgodnie z którym: *„próbka”, jaką był przeprowadzony test nie stanowiła integralnej części oferty. Należy uznać, że odwołujący wnosi odwołanie na czynność którą zamawiający dokonał w dniu 29 czerwca. Z punktu widzenia uzyskania wyników testu nie jest konieczne przedstawienie badanego elementu w identyczne obudowie, gdyż obudowa nie ma wpływu na wynik testu wydajnościowego. Ważne są elementy składowe komputera a pozostałe elementy nie mają znaczenia i wpływu na zafałszowanie testu. Zakres badania został doprecyzowany 29 czerwca 2011r. Elementem, który podlegał ocenie była wydajność i wykonawcy byli poinformowani, w jakim zakresie będzie przeprowadzone badanie. Zamawiający żądał w SIWZ, aby przedstawić wraz z ofertą wydruk z przeprowadzonych testów i kolejne zmiany SIWZ to podtrzymały a przeniesienie sprawdzenia postawionych wymogów na okres przed dostawą pozostał. Wszak to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego postępowania, on zatem jest uprawniony do ostatecznego, w razie wątpliwości, wypowiedzenia się co do intencji, jakie wyrażają postanowienia opracowanego przez niego dokumentu – specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Reasumując, te zarzuty odwołania, które opierają się na konfrontacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze sprzętem dostarczonym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach na testy wydajnościowe w zakresie, w jakim sprzęt nie był poddany badaniu tymi testami, nie zasługują na uwzględnienie.

Tym samym, zarzuty dotyczące niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia **w zakresie wymaganej ilości i rozmieszczenia oraz funkcjonalności złącz i portów (wewnętrznych i zewnętrznych)**, w zakresie wymagania „*plyta główna*” - 4 złącza SATA (ze zintegrowanym kontrolerem RAID 0/1) i 1 złącze eSATA; w pkt. „*porty*” - 1 x eSATA, min 4 USB z przodu obudowy; oraz w pkt. „*karta dźwiękowa*” - wewnętrzny głośnik w obudowie komputera (zarzut 1), **zarzuty dotyczące funkcjonalności stacji roboczej w zakresie rozbudowy** (zarzut 2), **wyposażenia w czujnik otwarcia obudowy** (zarzut 3), **wbudowanego w zewnętrznej części obudowy wizualnego systemu diagnostycznego** (zarzut 4) oparte na przyjęciu tezy, że w stacji poddanej testom wydajnościowym nie można było zaobserwować odpowiednich elementów, jak również, że na stronie internetowej producenta oferowanych stacji podano określone informacje dla standardowej konfiguracji takiej stacji, nie mogą stanowić podstawy do uznania niezgodności w powyższym zakresie oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zdjęcia stacji dostarczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, poddawanej testom wydajnościowym, wnioski na podstawie samodzielnie przez Odwołującego skonfigurowanej stacji w oparciu o obserwacje tej stacji na testach oraz w ramach zapoznania się z ofertami konkurencyjnych wykonawców, oraz wydruk z testów wydajnościowych a także zawartość informacyjna strony producenta oferowanej stacji, model NTT Business W 914 G, o numerze seryjnym stacji, która została poddana testom nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do wnioskowania w przedmiocie tych zarzutów.

Przystępujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach oświadczył w formularzu ofertowym o cechach i parametrach oferowanego przedmiotu, zostało to dodatkowo potwierdzone przesłuchaniem w charakterze strony. Nie jest niemożliwą sytuacją, że stacje o konkretnym modelu, w obrocie oznaczone przez ich producenta jako NTT Business W 914 G zostaną przez tego producenta zmodyfikowane w zakresie portów, złączy, obudowy pod kątem wymagań postawionych w przedmiotowym postępowaniu. Przedmiotem tego postępowania nie jest niewielka ilość stacji; relatywnie duży zakres zamówienia uprawdopodobnia dokonanie modyfikacji standardowego modelu pod kątem potrzeb stawianych przez Zamawiającego. Okoliczność, że Zamawiający postawił wymaganie, by dotyczące tych stacji dokumenty,

takie jak testy, certyfikaty, oświadczenia mające potwierdzać, że stacje spełniają wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, potwierdzały je na dzień składania ofert (tak: odpowiedź Zamawiającego na pytanie dotyczące specyfikacji, z dnia 23 maja 2011 r., str. 248 dokumentacji) nie przeczy tej tezie. Standardowy model, prezentowany na stronie internetowej producenta stacji został opatrzony informacją „*Komputer NTT Business W 914 G – poniższa konfiguracja jest przykładowa. W celu złożenia zamówienia lub w razie pytań prosimy o kontakt z Państwa Opiekunem Handlowym*”.

Także stanowisko Odwołującego w tej mierze jest niekonsekwentne – nie kwestionując faktu, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach zaoferowali model NTT Business W 914 G. Odwołujący w zakresie argumentacji wskazującej na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia opierał się na wnioskowaniu na podstawie obudowy stacji poddanej testom wskazując, że była ona charakterystyczną dla modelu W 900 F. Zatem i Odwołujący przyjmuje, że zaoferowany model stacji (model NTT Business W 914 G) może posiadać pewne elementy właściwe dla innego modelu. Podobnie, argumentacja Odwołującego dotycząca niezapewnienia wyposażenia stacji w czujnik otwarcia obudowy przystosowany inaczej niż za pomocą kleju nie mogła być wzięta pod uwagę. Sam Odwołujący przyznał, że uczyniona w odwołaniu konstatacja oparta jest na domyśle, że w stacjach, w sposób nieprzewidziany przez producenta obudowy zainstalowano czujnik, że na podstawie typowych obudów, standardowo stosowanych w modelu NTT Business W 914 G a także modelu, którego obudowę widział na testach wydajnościowych (W 900 F) stwierdzono, że obie obudowy nie mają zainstalowanego czujnika otwarcia obudowy. Zasadnym jest w tych okolicznościach przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał zasadności tego zarzutu, zaś jego argumentacja opiera się na przypuszczeniach, których nie może z całą pewnością udowodnić.

Zarzut wskazujący na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie **wyposażenia stacji roboczej w wbudowany w zewnętrzną część obudowy wizualny system diagnostyczny** (zarzut nr 4) także nie zasługuje na uwzględnienie. Nie jest niemożliwą taką modyfikacją stacji oferowanej w tym postępowaniu w stosunku do standardowego modelu NTT Business W 914 G, która w zewnętrznej części obudowy zapewni funkcjonowanie systemu diagnostycznego wizualnego. Argumentacja, zgodnie z którą, za proces i procedury testowe odpowiedzialny jest BIOS (on jest systemem diagnostycznym w komputerze), zaś producentem BIOS-u i płyty głównej nie jest producent oferowanego komputera, oparta na tezie, że firma NTT nie produkuje płyt głównych, zajmuje się składaniem komputerów, co ma wynikać także z dokumentu WHCL zawartego na str. 96 oferty, nie wydaje się zasadną. Po pierwsze, Odwołujący nie stawia zarzutu niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w

Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach w części dotyczącej płyty głównej z tym postanowieniem specyfikacji, które wymaga by oferowane stacje pochodziły od jednego producenta. Zarzut ten skierowany został jedynie w odniesieniu do systemu diagnostycznego – jego wkomponowania w zewnętrzną część obudowy. Trudno zatem dopatrzeć się związku zarzutu dotyczącego **wyposażenia stacji w wbudowany w zewnętrznej części obudowy wizualny system diagnostyczny** z faktem wyprodukowania płyty głównej przez takiego czy innego producenta, jeśli jednocześnie nie postawiono zarzutu wobec samej płyty głównej w tym zakresie. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach potwierdzili, że BIOS zastosowany w płytach głównych w oferowanych stacjach spełnia wymagania Zamawiającego, że jest on dostosowywany przez producenta do szczególnych potrzeb składającego zlecenie, jak ma to miejsce wobec NTT, producenta stacji.

Uznano przy tym, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach wyjaśnili w sposób wiarygodny wskazanie w treści dokumentu WHCL (Raport Weryfikacji Logo Windows – str. 95 i 96 oferty tych wykonawców) jako producenta BIOS na płycie głównej stosowanej w modelu NTT Business W 914 G firmy Phoenix, podczas gdy BIOS w sprzęcie poddawany testom wydajnościowym został zidentyfikowany przez SysMark 2007 jako wyprodukowany przez Award Software International Inc. Z wyjaśnień tych wynika, że obie firmy połączyły się w 1998 r., zaś w ramach fuzji obie marki – Phoenix i Award pozostają w obrocie, wiąże się to z prawami licencyjnymi. Wyjaśniono przy tym, że w dokumencie WHCL producenta wpisano „ręcznie”, ale jest to wciąż BIOS firmy Award, ten sam, który jest zaoferowany i będzie zastosowany w oferowanych stacjach.

Z tych samych względów nieuwzględnieniu podlega zarzut dotyczący **funkcji BIOS** wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zarzut nr 5 odwołania). W odwołaniu Odwołujący nie wskazuje, na czym ma polegać ta niezgodność, zaś na posiedzeniu Odwołujący sprecyzował, iż zbadał BIOS firmy Phoenix dla różnych dostępnych płyt głównych i stwierdził iż wymaganych przez Zamawiającego funkcji tam nie odnalazł, przy czym zaoferowany komputer powinien posiadać BIOS firmy Phoenix a komputer dostarczony na testy posiada BIOS firmy Award Soft International IMC, model V600PG. Odwołujący jednak nie kwestionuje przeprowadzonych testów, nie stawia zarzutu niedopuszczalnej zmiany treści oferty, zaś sam zarzut nie został poparty szerszym uzasadnieniem lub dowodami. Nie są wystarczającym dowodem złożone przez Odwołującego wydruki obrazujące wizualną stronę BIOS firmy Phoenix ani wyciąg z publikacji dotyczącej budowy komputerów.

Nie podzielono również zarzutu dotyczącego niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie **wymagań wobec systemu operacyjnego** (zarzut 6

odwołania), gdzie w załączniku nr 1 do specyfikacji „Wymagania techniczne” Zamawiający wymagał: w pkt. „system operacyjny”: Preinstalowany Windows 7 Professional x 32 PI (z możliwością downgrade do Windows XP Professional PI x 32 z SP3). Na posiedzeniu odwołujący wyjaśnił, że „zarzut wynika z testu SysMark 2007. Zamawiający wymagał innego systemu operacyjnego: Windows 7 Professional i taki zaoferował w ofercie przystępujący, podczas gdy z testu wynika, że do testu zastosowano Microsoft Windows 7 Ultimate”. Tak postawiony zarzut, bez jednoczesnego kwestionowania samych testów wydajnościowych nie mógł zostać uwzględniony. Niewątpliwym jest, że w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach wskazano jako system operacyjny przeinstalowany Windows 7 Professional x 32 PI (z możliwością downgrade do Windows XP Professional PI x 32 z SP3). Niewątpliwym jest także, że do testów wydajnościowych zastosowano nie tę wersję systemu operacyjnego, ale Microsoft Windows 7 Ultimate – potwierdza to jednoznacznie szczegółowy raport z testów stacji wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach złożony przez Zamawiającego. Nie tłumaczy rozbieżności tych systemów, że do testów SysMark 2007 można zastosować system operacyjny w wersji anglojęzycznej (system Microsoft Windows 7 Professional także jest przyjmowany przez test SysMark 2007). Oba systemy nie są tożsame, nie można wyłączyć że wynik testu z zastosowaniem właściwego, oferowanego systemu byłby inny, na co wskazuje złożony przez Przystępującego Intaris sp. z o.o. wydruk testów dla stacji innego producenta z zastosowaniem każdego z tych systemów operacyjnych. Niezależnie od tego – Odwołujący nie kwestionuje testów wydajnościowych, testy te nie stanowią treści oferty, zatem zarzut, ukierunkowany na wykazanie niezgodności treści oferty (której testy nie są elementem) ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie mógł zostać uwzględniony.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach **w zakresie wymagań dotyczących serwisu gwarancyjnego** (zarzut 7), to jest serwisu gwarancyjnego świadczonego na terenie całego świata (międzynarodowa gwarancja producenta). Złożone przez Odwołującego na poparcie tego zarzutu wydruki ze strony internetowej producenta oferowanych komputerów nie przekonują o zasadności postawionego zarzutu. Także z ich wynika, że producent przewiduje usługę serwisu On – Site. Nie sposób także wnioskować o zakresie usługi na podstawie ogólnej informacji handlowej, dedykowanej do ogólnego grona potencjalnych odbiorców za pośrednictwem strony internetowej. W sprawie mamy do czynienia z ofertą kierowaną w konkretnym postępowaniu, zaś samo oświadczenie o świadczonym serwisie ma znaczenie oświadczenia o charakterze zobowiązaniowym, składanym w warunkach konsekwencji wynikających z umowy, w tym kar umownych czy nawet odstąpienia od umowy. Złożenie oświadczenia w

ofercie (formularz ofertowy), zgodnie z którym: *serwis gwarancyjny świadczony na terenie całego świata (międzynarodowa gwarancja producenta)* oznacza uczynienie zadość wymaganiu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie podzielono zarzutu i argumentacji **w zakresie wymagań dotyczących oznakowania zasilacza** (zarzut nr 8), to jest nie dopuszczenia możliwości zaoferowania komputerów wyposażonych w zasilacze, które nie posiadają żadnych oznakowań oraz wymagania by posiadały one stosowne, trwałe oznaczenie takie jak: znak CE, logo producenta oraz maksymalną wartość mocy zasilacza. Wnioskowanie przez Odwołującego na podstawie dokumentów, z których wynika, że NTT korzysta z zasilaczy innych producentów, zakładanie, że producent komputera nie jest producentem zasilacza, więc nie może oznakować zasilacza swoim logiem, nie przesądza o trafności postawionego zarzutu. W powyższym zakresie Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu.

Nie potwierdził się też zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie sposób mówić o oznaczeniu oferowanego w postępowaniu towaru, które może wprowadzić Zamawiającego w błąd co do jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, napraw lub innych istotnych cech, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich, skoro mamy do czynienia z ofertą, składaną w odpowiedzi na warunki i wymagania postawione przez Zamawiającego. W tym zakresie oferta dedykowana do konkretnego postępowania, nie podlegająca odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, stanowiąc zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia określonego przedmiotu w pełni odpowiada na postawione przez Zamawiającego wymagania. Trudno zatem wnioskować o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego co do jakości, składników, czy innych istotnych cech oferowanego przedmiotu, gdy oferta stanowi odpowiedź na jednostronnie określone przez Zamawiającego oczekiwania co do tego przedmiotu. Nie bez znaczenia jest także, że Zamawiający zapewnił sobie jeszcze przed podpisaniem umowy uzyskanie dodatkowej wiedzy o przedmiocie świadczenia, wymagając od wybranego wykonawcy złożenia przed podpisaniem umowy odpowiednich dokumentów dotyczących stacji. Stąd powyższy zarzut nie znalazł także potwierdzenia.

Wobec przyjęcia, że testy wydajnościowe, na gruncie przedmiotowego postępowania nie mogą być rozpatrywane w kategorii treści oferty, nie podlegały uwzględnieniu odpowiednie wnioski Odwołującego, Zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach o przeprowadzenie oględzin stacji (będących przedmiotem testów wydajnościowych – we wniosku Odwołującego lub tych, które wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach zamierzają

dostarczyć w ramach zamówienia) oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Jak wskazano wyżej, stacje wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach poddawane testom wydajnościowym w zakresie nie objętym tymi testami nie musiały odzwierciedlać oferowanego przedmiotu. Nadto, okoliczność, że elementy obudowy, odpowiednie porty, wyposażenie zewnętrznej części obudowy wizualny system diagnostyczny stacji prezentowanej przez Przystępującego na testach wydajnościowych nie są sporne między stronami, skoro Przystępujący nie zaprzeczał, że dostarczona na testy stacja w tym zakresie nie odzwierciedla jego oferty. Nie zostały także uwzględnione wnioski Zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach o przeprowadzenie dowodu z oględzin sprzętu, jaki ma być dostarczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach w ramach tego zamówienia. Postępowanie o zamówienie publiczne, szczególnie w kształcie przyjętym w tym postępowaniu nie przewidywało wykazania, że sprzęt odpowiada wymaganiom technicznym postawionym przez Zamawiającego poprzez okazanie Zamawiającemu oferowanego sprzętu. To badanie sprowadzać się miało do konfrontacji treści wymagań stawianych przez Zamawiającego z oświadczeniami zawartymi w ofercie. Postępowanie odwoławcze służy zbadaniu w kontekście stawianych zarzutów poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego. Jeśli w postępowaniu nie ma obowiązku okazywania przedmiotu, który będzie przedmiotem dostawy, to brak jest podstaw do badania tego przedmiotu za pomocą instrumentów, których Zamawiający nie zastrzegł, nawet jeśli dysponent sprzętu sam o to wnioskuje.

Oddalono wnioski o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność zgodności oferowanego przedmiotu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Oferowany przedmiot zamówienia, to stacje opisane w ofertach wykonawców. Nie ma zatem potrzeby, w celu ustalenia stanu faktycznego sprawy sięgania do opinii biegłego. Dowodem jest oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, dopełniona przesłuchaniem strony, zaś do ich oceny, zdaniem Izby, nie jest wymagane posiadanie wiedzy specjalistycznej. Strony i uczestnicy postępowania mieli możliwość odniesienia się do powyższych dowodów, czego wynikiem są ich oświadczenia złożone w toku rozprawy do protokołu. Wskazuje to na fakt, iż strony i uczestnicy postępowania odwoławczego, posiadają wiedzę umożliwiającą ocenę zaprezentowanych w postępowaniu dowodów. Na uwagę zasługuje okoliczność, iż Odwołujący zastrzeżenia co do zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia koncentrował w przeważającej części w odniesieniu do sprzętu, który widział w trakcie testów wydajnościowych a następnie szczegółowo analizował po jego zdeponowaniu u Zamawiającego.

Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem prowadzonym między profesjonalistami, i to nie tylko w znaczeniu zorganizowanego sposobu prowadzenia działalności, ale przede wszystkim profesjonalistami w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. Taką samą wiedzą winien dysponować Zamawiający dokonując w ramach prowadzonej działalności statutowej zakupu urządzeń informatycznych.

Z opisanych wyżej względów nie potwierdziły się stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, z powodu niezgodności treści złożonej oferty z treścią siwz, art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zw. z art 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 91b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Zakręt oraz Infover S.A. w Kielcach, pomimo tego, iż złożono ofertę podlegającą odrzuceniu, oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: