

**Sygn. akt: KIO/2313/10**

**WYROK**  
**z dnia 9 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Robert Skrzyszewski**

**Marek Szafraniec**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2010 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2010 r. przez **LOCO Sp. j., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministra Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26a, 00-911 Warszawa**

przy udziale wykonawcy:

- 1) **Intaris Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53, budynek III, lok. 3, 03-885 Warszawa**
- 2) **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Web Tradecenter Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Lumena S.A. (Członek Konsorcjum), Unicom Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) i Techelon Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Trakt Brzeski 89, Zakręt, 05-077 Warszawa - Wesoła**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy LOCO Sp. j. z siedzibą w Bydgoszczy i dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Intaris Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53, budynek III, lok. 3, 03-885 Warszawa i Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Web Tradecenter Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Lumena S.A. (Członek Konsorcjum), Unicom Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) i Techelon Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Trakt Brzeski 89, Zakręt, 05-077 Warszawa – Wesoła i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez LOCO Sp. j., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania;**
  - 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) po połowie przez Intaris Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53, budynek III, lok. 3, 03-885 Warszawa i Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Web Tradecenter Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Lumena S.A. (Członek Konsorcjum), Unicom Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) i Techelon Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Trakt Brzeski 89, Zakręt, 05-077 Warszawa – Wesoła na rzecz LOCO Sp. j., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawy stacji roboczych i monitorów 2”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 16 lipca 2010 r., pod nr: 2010/S 136-209201. Postępowanie podzielone jest na 6 części, co do których Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym wykonawca: Loco S. j., z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący”) w dniu 25 października 2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy części drugiej zamówienia.

W dniu 28 października 2010 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 25 października 2010 r. wykonawcy:

- Intaris Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Intaris”) i
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Web Tradecenter Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Lumena S.A. (Członek Konsorcjum), Unicom Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) i Techelon Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla lidera Konsorcjum w Zakręcie, Warszawa – Wesola (dalej: „Konsorcjum Web Tradecentre”)

złożyli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 4 listopada 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło drogą faksową, jak również w sposób bezpośredni, pismo Zamawiającego, w którym uwzględnił on w całości zarzuty odwołania wniesionego przez Odwołującego.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący złożył opozycję przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego złożonego przez Konsorcjum Web

Tradecenter z uwagi na brak interesu po stronie tego wykonawcy w zgłoszeniu przystąpienia po stronie Zamawiającego. W toku posiedzenia Izba wydała postanowienie o oddaleniu opozycji.

Również w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron obydwaj wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili ustnie do protokołu sprzeciw wobec uwzględniania przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w postępowaniu odwoławczym Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania i jego uczestników:

#### I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący złożył odwołanie w związku z czynnością Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 oferty Intaris oraz w związku z odrzuceniem jego oferty. Rozstrzygnięciu temu zarzucił:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez złamanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zmierzające do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez nie wykluczenie wykonawcy Intaris, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
3. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nie uzupełnienie przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów;
4. naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione zaniechanie żądania od Odwołującego wyjaśnienia treści jego oferty, co w konsekwencji spowodowało odrzucenie jego oferty;
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nie odrzucenie oferty Intaris, pomimo iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Intaris jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1;
- 2) nakazanie odrzucenia oferty Intaris w zadaniu nr 1;

- 3) nakazanie dokonania badania testu głośności z oferty Intaris w zadaniu nr 1 celem potwierdzenia jego wiarygodności i w związku z tym konieczności wykluczenia wykonawcy;
- 4) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu w zadaniu nr 1 oraz uzupełniania dokumentów;
- 5) nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zadaniu nr 1
- 6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał, że Zamawiający w informacji o wynikach postępowania w zakresie zadania nr 1 podał, że zaoferowany w tej części zamówienia model stacji roboczej Fujitsu Esprimo P9900 nie spełnia wymagań określonych w SIWZ ponieważ:

- obudowa oferowanego modelu nie posiada wizualnego systemu diagnostycznego służącego do sygnalizowania i diagnozowania problemów z komputerem i jego komponentami, którego Zamawiający wymagał zgodnie ze wskazaniem w pkt 7a w wierszu „obudowa” w załączniku nr 1 do SIWZ;
- posiada 8 x USB 2.0 (z tyłu obudowy), 2 x USB 2.0 (z przodu obudowy), 4 x USB 2.0 (opcja), podczas gdy Zamawiający wymagał 4 x USB 2.0 z przodu obudowy.

Zamawiający ponadto wskazał, że zaproponowany przez Odwołującego program Nero 9 Essentials XL jako równoważny dla Cyberlink Power DVD nie posiada wymaganych przez Zamawiającego następujących funkcji:

- 9-krotny zoom dla powiększenia wybranych obszarów;
- jednoczesne wyświetlanie dwóch wersji językowych napisów;
- możliwość odtwarzania filmu na dwóch monitorach jednocześnie;
- dowolna nawigacja przez strukturę dysku DVD, możliwość zapisania listy ulubionych filmów i scen;
- wsparcie dla zewnętrznych napisów pozwalające na odtwarzanie plików avi, DivX oraz WMV (z napisami w formatach: SRT, SUB, SSA, ASS, PSM i SMI);
- wbudowana funkcja deinterlacingu;
- wbudowana funkcja dynamicznego dopasowania filmów w formacie 16:9 oraz 4:3 do rozmiarów monitora;
- wsparcie dla odtwarzania formatów takich jak: AVCHD, AVCREC, MPEG-4, AVC (H.264), MPEG-2 HD i WMV-HD;
- wsparcie dla następujących formatów audio: DTS-HD, Dolby TrueHD, Dolby Digital EX.

Niezależnie od powyższego Zamawiający poinformował, że Odwołujący do oferty nie dołączył określonych, wymaganych postanowieniami SIWZ, dokumentów.

Odwołujący stwierdził, że pomimo wątpliwości co do treści jego oferty Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie niejasnych części oferty, co powoduje, że wykonawca ten nie uzyskał szansy potwierdzenia minimalnych warunków technicznych oferty. Powyższe – jego zdaniem – doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Powołał się on w tym zakresie na orzecznictwo KIO. Podkreślił też, że Zamawiający wyłącznie w przypadku jego oferty, mając określone wątpliwości co do jej treści wystąpił o udzielenie wyjaśnień do tzw. „*technical support*”, który jest jedynie punktem udzielającym podstawowych informacji dotyczących rozwiązań problemów technicznych co do produktów Fujitsu oraz informacji co do serwisu lub gwarancji. Zamawiający nie wystąpi w tym zakresie o udzielenie wyjaśnień przez samego Odwołującego, który zaoferował sprzęt w wymaganej przez Zamawiającego konfiguracji. Odwołujący wyjaśnił, że *technical support*, do którego skierowano zapytanie nie mieści się nawet w Polsce, a w Unii Europejskiej, a dodatkowo zatrudnia osoby wielu narodowości i nie ma gwarancji, że osoba udzielająca informacji zrozumiała kontekst zapytania dotyczącego szczegółowych parametrów technicznych określonego modelu komputera, pomijając wszelkie inne parametry wynikające z treści SIWZ. Osoba występująca ze strony Zamawiającego z tym zapytaniem nie przedstawiła szczególnych okoliczności związanych z zaoferowaniem sprzętu w konkretny postępowaniu przetargowym. Udzielona w tym zakresie odpowiedź bez konsultacji z producentem menagerem z Polski odpowiedzialnym za daną linię produktową nie może być brana pod uwagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że same zapisy SIWZ wskazują, że zestawy komputerowe są urządzeniami konfigurowalnymi. Odwołujący na str. 3 swojej oferty oświadczył, iż oferta jest zgodna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ co w odwołaniu podtrzymał. W odpowiedzi natomiast na zarzuty Zamawiającego wyjaśnił, że zaoferowany model stacji roboczej Fujitsu Esprimo P9900 0-WATT w części pierwszej zamówienia jest w wykonaniu specjalnym pod to postępowanie.

Co do kwestii niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie braku wizualnego systemu diagnostycznego Odwołujący podniósł, że spełnia ten wymóg, natomiast zapytanie w tym przedmiocie skierowane przez Zamawiającego do *technical support* zawiera odmienne postanowienia niż dotyczące tego wymogu, a opisane w SIWZ. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO, wskazując, że jeśli Zamawiający w SIWZ określił jedynie rezultat jaki chce osiągnąć, a nie drogę do jego osiągnięcia, to w tym zakresie pozostawił swobodę działania dla wykonawców.

Co do kwestii niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie braku portów 4 x USB z przodu obudowy, Odwołujący podniósł, że Zamawiający w podstawie faktycznej

odrzućenia oferty Odwołującego wskazał, że wymagał porty USB 2.0, co nie jest prawdą, bowiem w postanowieniu SIWZ Zamawiający nie określił wymogów w tym zakresie co do wersji 2.0. Niezależnie jednak od powyższego oferowany przez Odwołującego model komputera spełnia również ten wymóg. Jednocześnie też Odwołujący zapewnił, że zaoferowana przez niego stacja robocza posiada 4 porty USB w górnej części obudowy.

Co do kwestii niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie określonych przez Zamawiającego funkcjonalności w zaoferowanym przez Odwołującego oprogramowaniu Nero 9 Essentials XL jako równoważny dla Cyberlink Power DVD Odwołujący oświadczył, że zaproponowane przez niego oprogramowanie spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, jest to oprogramowanie konfigurowalne przez dostawcę na potrzeby konkretnych wymagań i takie zostało zaoferowane przez Odwołującego. Podkreślił, że jest to najnowsza na dzień składania ofert wersja produktu i została ta wersja oprogramowania skonfigurowana przez producenta stacji roboczej, tj. firmę Fujitsu na etapie budowania oferty. Podniósł, że weryfikacji tego oprogramowania dokonał Zamawiający na podstawie wydruku ze strony internetowej sklepu internetowego, którego właścicielem nie jest firma Fujitsu, a jedynie jeden z jej partnerów, natomiast Zamawiający nie zwrócił się w tym zakresie do Odwołującego. Powołał się też na zastrzeżenie na tej stronie internetowej, z którego wynika, że błędne informacje tam zawarte nie mogą być podstawą roszczeń, dlatego też opis tam zawarty należy traktować jedynie w sposób informacyjny, a nie jako oferta handlowa. Odwołujący zaoferował oprogramowanie spełniające – jak twierdzi – wymogi Zamawiającego, natomiast oprogramowanie Cyberlink Power DVD wskazane w SIWZ nie spełnia – jego zdaniem – wszystkich żądanych funkcji i oferta, w której wskazano to oprogramowanie nie spełnia wymogów Zamawiającego co do żądanych funkcjonalności oprogramowania.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie stwierdził podobnej co w przypadku oferty Odwołującego dociekliwości w zakresie oferty Intaris. Wskazał na wątpliwości, które budzi treść oferty tego wykonawcy:

- co do oprogramowania Cyberlink Power DVD;
- co do oprogramowania Actina Data Manager;
- co do serwisu gwarancyjnego;
- co do raportu i oświadczenia dot. głośności.

Podkreślił, że w jego ocenie oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż nie spełnia minimalnych wymagań Zamawiającego, serwis gwarancyjny prawdopodobnie nie jest świadczony na terenie całego świata i istnieje podejrzenie co do wiarygodności dokumentu dot. testu głośności, w związku z czym wykonawca ten powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje. Powołał się w tym zakresie także na orzecznictwo KIO.



## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 4 listopada 2010 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania. W uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że na dzień oceny ofert decyzje Zamawiającego były słuszne co do konieczności odrzucenia oferty Odwołującego, co potwierdzały dodatkowo informacje uzyskane od *technical support* Jujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. producenta oferowanego przez Odwołującego sprzętu. Dlatego też Zamawiający nie wzywał Odwołującego do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże po złożeniu odwołania Zamawiający wystąpił ponownie do wskazanego producenta i uzyskał od niego oświadczenie zawarte w piśmie z dnia 3 listopada 2010 r. o potwierdzenie możliwości dostarczenia sprzętu w konfiguracji wskazanej przez Zamawiającego w SIWZ. W związku z tym, że żaden z przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przedstawił argumentacji, która podważałaby stanowisko Odwołującego, Zamawiający postanowił odwołanie uwzględnić w całości.

## III. Stanowisko Intaris

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Intaris, wykazując swój interes w przystąpieniu podniósł także, że treść złożonej przez niego oferty odpowiada wymogom SIWZ, a wykonawca ten nie złożył nieprawdziwych informacji, które mogły mieć lub miały wpływ na wynik tego postępowania. Wskazał też, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego została dokonana zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami SIWZ.

## IV. Stanowisko Konsorcjum Web Tradecenter

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Web Tradecenter w treści swojego przystąpienia nie podał żadnej argumentacji dotyczącej podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i jego uczestników, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Zarzuty odwołania dotyczą odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i przywrócenia do postępowania Odwołującego jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co wprost wskazuje na pozbawienie Odwołującego - w drodze czynności Zamawiającego - możliwości uzyskania przez niego zamówienia, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Izba rozpatrując złożone odwołanie ustaliła także krąg podmiotów związanych niniejszym postępowaniem, uznając, iż wykonawcy Intaris i Konsorcjum Web Tradecenter, zgłaszający swoje przystąpienia do odwołania po stronie Zamawiającego jako formalnych uczestników postępowania, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła w tym zakresie w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron opozycję złożoną przez Odwołującego, co do przystąpienia zgłoszonego przez Konsorcjum Web Tradecenter. Izba uznała, że przystąpienie, zgłoszone po stronie Zamawiającego, należy rozpoznawać na dzień jego złożenia, biorąc pod uwagę czynność Zamawiającego, bądź jego zaniechanie podlegające zaskarżeniu w trybie złożonego odwołania. Dla skuteczności zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego nie ma w tym zakresie znaczenia późniejsze uwzględnienie przez Zamawiającego całości zarzutów podniesionych w odwołaniu. Izba uznała także, że dla wykazania interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie ma znaczenia możliwość uzyskania przez wykonawcę zamówienia, jak to jest w przypadku przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W art. 185 ust. 2 ustawy Pzp mówi się o interesie w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Chodzi więc w tym przypadku o jakąkolwiek korzyść, jakieś dobro dla wykonawcy, które uzyska, jeśli strona, do której przystępuje wygra postępowanie odwoławcze. Jeśli więc przystępujący wykonawca zgłasza przystąpienie po stronie zamawiającego oczekuje, że odwołanie zostanie oddalone, a on sam pozyska z tego tytułu jakiś pożytek.

W niniejszej sprawie wymiernym pożytkiem dla wykonawcy Intaris jest pozyskanie przez niego zamówienia, zaś w przypadku drugiego z wykonawców – Konsorcjum Web Tradecenter – mamy do czynienia z pożytkiem wyrażającym się w tym choćby, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym uczestniczył, będzie

prowadzone w sposób prawidłowy, zgodny z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp. Można także wskazać tu na inne wymierne dobro pozyskiwane przez wykonawcę Web Tradecenter, którego oferta byłaby w przypadku oddalenia odwołania, sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingowej. Mianowicie wykonawca ten miałby szanse realizacji zamówienia, w sytuacji gdyby wybrany w postępowaniu wykonawca odmówił z jakichś powodów podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 94 ust. 3 ustawy Pzp).

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za zasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego całość dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności uwzględniono postanowienia SIWZ, ofertę Odwołującego oraz informacje o wynikach postępowania. Izba uwzględniła także przedkładane przez Odwołującego, Zamawiającego i Intaris oraz Konsorcjum Web Tradecenter dokumenty. Izba przeprowadziła również w postępowaniu dowód z oględzin komputera oferowanego firmy Fujitsu model Esprimo P9900.

Izba uwzględniła także pisemne i ustne stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w sprawie.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba ustaliła, że kwestionowane pierwotnie przez Zamawiającego – w informacji o wynikach postępowania – wymogi SIWZ zostały określone w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 7 część a zestawienia tabelarycznego pozycje: „porty”, „napęd optyczny” i „obudowa”. Zamawiający określił tam parametry techniczne wymagane we wskazanym zakresie, które jako wymóg Zamawiającego bezwzględny do spełniania, nie były kwestionowane, czy sporne pomiędzy stronami postępowania oraz jego uczestnikami. Zamawiający w SIWZ sformułował też wzór załącznika nr 2 do SIWZ – Formularz oferty, gdzie wymagał wpisania producenta oraz modelu i lub jego typu w jednoznaczny sposób umożliwiający identyfikację sprzętu z podaniem okresu gwarancji i ceny jednostkowej brutto oraz ceny oferty także brutto, w tym również co do zadania nr 1. W zakresie zadania nr 1 na formularzu ofertowym należało wpisać nazwę oprogramowania równoważnego programowi Nero Express, które posiada funkcje określone w załączniku nr 1 oraz podania nazwy oprogramowania równoważnego programowi Cyberlink Power DVD, które także określone w załączniku nr 1 do SIWZ funkcje posiada. Wszystkie pola przewidziane w formularzu ofertowym zostały przez Odwołującego wypełnione zgodnie z wymogami Zamawiającego. Podstawą sporu pomiędzy stronami postępowania oraz jego uczestnikami jest ocena, czy oferowany przez

Odwołującego sprzęt (stacje robocze Fujitsu Esprimo P9900) spełniają określone wymogi SIWZ. Izba uznała, że wymogi te, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oferta Odwołującego wypełnia.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ nigdzie nie wprowadził wymogu, aby dostarczany sprzęt odpowiednio skonfigurowany z określonym oprogramowaniem i funkcjonalnościami był produktem dostępnym do zakupu powszechnie, w każdej chwili, tzw. produktem „półkowym”. Tym samym też nie zabronił on, aby wykonawcy w postępowaniu mogli złożyć ofertę ze sprzętem specjalnie skonfigurowanym, dedykowanym dla tego konkretnego przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia – oferowany przez Odwołującego komputer określonego producenta i jego określony model został skonfigurowany przez producenta sprzętu (firma Fujitsu) na potrzeby tego konkretnego zamówienia publicznego, tak co do wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności dotyczących tego sprzętu, jak i funkcjonalności dotyczących oprogramowania. Podstawą takiej oceny Izby było przede wszystkim pozyskane w związku z niniejszym postępowaniem oświadczenie od firmy Fujitsu Technology Solution Sp. z o.o., zawarte w piśmie z dnia 3 listopada 2010 r. Oświadczenie to zostało udzielone w odpowiedzi na konkretne zapytanie Zamawiającego, skierowane w tym zakresie po złożeniu odwołania przez Odwołującego do producenta oferowanego sprzętu. Zapytanie wskazywało na konkretne wymogi SIWZ, których niespełnienie zarzucił Zamawiający Odwołującemu. Udzielona przez producenta sprzętu odpowiedź – zdaniem Izby - była jednoznaczna i wskazywała na możliwość elastycznego wyposażenia komputerów ESPRIMO w komponenty i usługi dodatkowe, niestandardowe.

Wykonawcy przystępujący do postępowania odwoławczego żadnych dowodów w tym zakresie nie przedstawili, kwestionując jedynie możliwość konfiguracji stacji roboczych specjalnie dla niniejszego zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba uznała za wystarczające potwierdzenie przez producenta sprzętu wskazanej spornej okoliczności, uwzględniając także tę okoliczność, że żadne dowody przez wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego w tym zakresie nie zostały przedstawione Izbie.

W drugiej kolejności, co do kwestii związanej z brakiem spełniania określonych funkcjonalności oprogramowania Nero 9 Essentials XL przez Odwołującego, Izba uznała w tym zakresie także za wystarczające przywołane oświadczenie firmy Fujitsu z dnia 3 listopada 2010 r., które zostało udzielone w związku z zapytaniem Zamawiającego w sposób szczegółowy, również odnoszący się do tej kwestii. Kontrdowodem w tym zakresie przedłożonym w toku rozprawy przez wykonawców przystępujących do postępowania

odwoławczego było oświadczenie firmy Nero, które Izba uznała za niewiarygodne i nie mające odniesienia do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po pierwsze stwierdzić należy, że to samo oświadczenie w angielskojęzycznej wersji, zostało złożone przez obydwu przystępujących do postępowania odwoławczego wraz z tłumaczeniami. Tłumaczenia tego samego dokumentu różnią się pomiędzy sobą. I tak np. w pkt B tego oświadczenia – określenie „*excluding*” zostało przetłumaczone w jednym przypadku jako określenie: „*wyłączając*”, w drugim przypadku: „*włączając*”, w pkt C tego oświadczenia – sformułowanie: „*All Nero Essentials are a stripped down versions of Nero Enterprise License*”, zostało przetłumaczone w jednym przypadku jako: „*Wszystkie Nero Essentials są okrojonymi wersjami w porównaniu z licencjami Nero Enterprise*”, w drugim zaś: „*Wszystkie wersje Nero są pozbawionymi niektórych funkcji Nero w porównaniu do wersji Nero Enterprise License*”. Z tego choćby względu, skoro wykonawcy nie przedstawili uwierzytelnionej wersji tłumaczenia (tłumaczenia przysięgłego) oświadczenia, Izba nie mogła przyjąć składanego oświadczenia jako wiarygodnego dowodu potwierdzającego, że firma Nero - producent oprogramowania oferowanego przez Odwołującego, potwierdza nie spełnienie wymogów SIWZ, co do określonych tam funkcjonalności tego oprogramowania.

Po drugie Izba, dokonując oceny tego oświadczenia stwierdziła, że dowód ten nie może być także wiarygodny z uwagi na to, iż nie posiada daty jego wystawienia. Stąd też nie wiadomo w jakich okolicznościach i kiedy przedstawiciel firmy Nero złożył owo oświadczenie. Równie dobrze oświadczenie to mogło być złożone jakiś czas temu i innemu podmiotowi. Biorąc natomiast pod uwagę dynamiczność rynku usług i produktów IT, nie można stwierdzić, czy mamy do czynienia z oświadczeniem tej firmy adekwatnym do sytuacji i aktualnych możliwości technicznych na dzień składania ofert. Przystępujący składający w poczet materiału dowodowego wskazane oświadczenie firmy Nero nie przedłożył także zapytania, w oparciu o które miałyby być wystawione przedkładane oświadczenie firmy Nero. Tym samym też Izba uznała przedłożony dowód za niewiarygodny. Przedłożone w postępowaniu odwoławczym oświadczenie firmy Alstor T. Szukała i Wspólnicy Sp. j. Izba uznała także za niewystarczające dla potwierdzenia, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ co do oprogramowania. Firma je wystawiająca, jak wskazuje się w treści oświadczenia – jest oficjalnym dystrybutorem na terenie RP produktów Nero AG. Oświadczenie to jednak nie wskazuje, czy jest to wyłączny dystrybutor. Jak wskazał Odwołujący przy oferowaniu sprzętu wraz z oprogramowaniem w niniejszym postępowaniu nie korzystał on z tego kanału dystrybucji oprogramowania firmy Nero AG, stąd też Izba uznała owo oświadczenie za nieprzydatne, bowiem druga strona (przystępujący do postępowania odwoławczego) w żaden sposób nie wykazała, iż na terenie RP istnieje wyłącznie jeden dystrybutor produktów firmy Nero AG. Izba za wiarygodne uznała oświadczenie Odwołującego złożone w toku rozprawy, że w przypadku sprzedaży

określonych produktów firmy Fujitsu (stacje robocze) istnieje porozumienie pomiędzy tym producentem sprzętu, a producentem oprogramowania (Nero AG) dające możliwość dostosowania oprogramowania do określonych przez producenta sprzętu potrzeb. Dowodów zaprzeczających takiemu oświadczeniu ze strony Odwołującego, przystępujący, twierdzący, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ, nie przedstawili.

Odnosząc się do dowodu przedłożonego przez Interis, będącego korespondencją mailową Zamawiającego, prowadzoną z *technical support* firmy Fujitsu, Izba uznała za niewystarczającą. Izba przyjęła za wiarygodne i potwierdzone oświadczeniem producenta z dnia 3 listopada 2010 r. możliwość konfiguracji przez producenta oferowanego sprzętu, biorąc pod uwagę szczególne zamówienie, dedykowane Zamawiającemu, tym samym zatem korespondencja dotycząca konkretnego modelu komputera – produktu „półkowego” nie będzie miała w tym zakresie żadnego znaczenia. Podobne stanowisko Izba prezentuje co do przeprowadzonego w toku rozprawy dowodu z okazania komputera Espresso P9900. Izba z podobnych przyczyn odmówiła przeprowadzenia dowodu z prezentacji tego komputera i działającego na nim oprogramowania, uznając - stosownie do art. 190 ust. 6 ustawy Pzp - że przeprowadzenie tego dowodu przedłużyłoby niepotrzebnie postępowanie odwoławcze, a okoliczność, iż konkretny model „półkowy” komputera nie spełnia określonych wymogów SIWZ, nie stanowiła przedmiotu sporu w postępowaniu odwoławczym. Kwestią sporną było ustalenie, czy istnieje możliwość zaoferowania specjalnego dedykowanego dla niniejszego zamówienia urządzenia (stacje robocze).

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z wydruku ze strony internetowej firmy Fujitsu, przedłożonego przez Intaris, z uwagi na to, że wydruki te zostały przedłożone w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Stosownie zaś do dyspozycji § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) dokumenty sformułowane w języku obcym, przedkładane w toku postępowania odwoławczego powinny być przedkładane wraz z tłumaczeniem.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, że oferta Odwołującego spełnia wymogi SIWZ, pierwotnie (informacji o wynikach postępowania), kwestionowane przez Zamawiającego i Zamawiający, dokonując jej odrzucenia, dopuścił się także naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W przypadku wątpliwości, które – jak wynikało z czynności badania i oceny ofert (mailowa korespondencja z *technical support* Fujitsu) Zamawiający miał przy ocenie oferty Odwołującego powinien był on w pierwszej kolejności skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wyjaśnić treść oferty, a nie ją od razu odrzucać. Na tym etapie postępowania we wskazanym powyżej zakresie wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym, jak również przedłożono tutaj dowody – zdaniem Izby – nie dają już podstaw

do wątpliwości, czy oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ. Tym samym też w ramach ponownej czynności badania i oceny ofert Zamawiający zobowiązany będzie do żądania uzupełnienia brakujących w ofercie Odwołującego dokumentów, których żądania uzupełnienia Zamawiający zaniechał w związku z uznaniem, że oferta ta podlega odrzuceniu.

Izba jako dodatkowy materiał poglądowy w sprawie uwzględniła również wydruki z prezentacji działania oprogramowania oferowanego przez Odwołującego co do kwestionowanych funkcjonalności oraz zdjęcia z komputera, którego model jest oferowany przez Odwołującego Zamawiającemu.

Co do zarzutów podniesionych w odwołaniu w zakresie oferty Intaris Izba uznała je za nieudowodnione, a tym samym niezasadne. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowód potwierdzających że wskazana oferta jest sprzeczna z SIWZ. Izba stwierdziła nawet, że treść odwołania we wskazanym zakresie ogranicza się wyłącznie do wątpliwości Odwołującego co do oferty Intaris, które nawet nie są poparte żadną argumentacją nie mówiąc już o jakichkolwiek dowodach na tę okoliczność przywoływanych.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ i nie dokonując wezwania do uzupełnienia dokumentów, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 ustawy Pzp, uznając także, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp, tj. obciążyła kosztami postępowania Intaris i Konsorcjum Web Tradecenter, przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, z racji tego, że złożyli oni sprzeciw wobec uwzględniania przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Izba uwzględniła również dyspozycję § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – zasądzając od wnoszących sprzeciw po połowie na rzecz Odwołującego równowartość wpisu od odwołania oraz koszty strony postępowania odwoławczego, o których mowa w § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia, tj. koszty obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunku.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....