

Sygn. akt: KIO 499/18

WYROK

z dnia 29 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2018 r. przez wykonawcę **Suntar sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie,**

przy udziale wykonawców: (i) **Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie** oraz (ii) **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., z siedzibą w Zielonej Górze,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Suntar sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Suntar sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie** 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 2017 r. poz. 1579 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

W dniu 15 marca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie (dalej „**Odwołujący**”) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej „**Zamawiający**”) podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. od:

- a) czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego;
- b) czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „**SIWZ**”);
- c) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- d) z ostrożności procesowej - od zaniechania wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostarczenie (dostawa do wskazanych lokalizacji łącznie z instalacją) fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego użytkowania, wraz z niezbędną infrastrukturą i oprogramowaniem niezbędnym do zachowania funkcjonalności 2602 sztuk komputerów stacjonarnych, zgodnie ze specyfikacją przedstawioną w Rozdziale I pkt 4 SIWZ, na warunkach i zasadach określonych we wzorze umowy wraz z załącznikami stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w D.U.U.E. z dnia 22 grudnia 2017 r. pod numerem 2017/S 246-514216. Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej pod adresem: <http://www.arimr.gov.pl/o-arimr/przetarej/przetargi/artvkulv/dpizp2610412017.html>

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ;

- b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty;
- c) z ostrożności, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby: (i) unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; (ii) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego; (iii) w konsekwencji dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Izba uznała, że dotychczas złożone wyjaśnienia treści oferty nie są wystarczające i nie rozwiewają wszystkich wątpliwości, Odwołujący wnosi również o nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie testu procesora.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ. Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego z następujących przyczyn:

Zgodnie z SIWZ:

- d) Oprogramowanie diagnostyczne musi umożliwiać:
 - wykonanie testu dysku twardego oraz procesora.

Odwołujący podkreślił, że żadnych innych wymagań odnośnie testu procesora przeprowadzanego przez oprogramowanie diagnostyczne Zamawiający nie sformułował, w szczególności:

- Zamawiający nie postawił w SIWZ wymagania dotyczącego przebiegu testu procesora,
- Zamawiający nie postawił w SIWZ wymagania dotyczącego sposobu uruchomienia testu procesora,
- Zamawiający nie postawił w SIWZ wymagania dotyczącego sposobu prezentacji wyniku testu procesora,

- Zamawiający nie postawił w SIWZ wymagania dotyczącego konkretnych parametrów procesora, które test procesora ma przebadać.

Innymi słowy wszystkie powyższe kwestie zostały pozostawione do uznania producenta oferowanego komputera, gdyż Zamawiający w żaden sposób nie uregulował ich w SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, iż autotest wykonywany podczas startu komputera (tak zwany POST), którego wynikiem jest informacja o fizycznej obecności procesora lub o jego braku lub o fizycznym uszkodzeniu procesora (równoznacznym z brakiem procesora), nie jest testem procesora wymaganym w SIWZ.

Niezależnie od powyższego, nawet jeżeli przyjąć, że Odwołujący miał się domyśleć, że autotest wykonywany podczas startu komputera (tak zwany POST) nie jest testem procesora wymaganym w SIWZ, to z wyjaśnień treści oferty udzielonych przez Odwołującego jasno i wyraźnie wynika, że oprogramowanie diagnostyczne w zaoferowanym przez Odwołującego komputerze umożliwia wykonanie testu procesora w znacznie szerszym zakresie niż tylko obecność procesora, brak procesora lub fizyczne uszkodzenie procesora. Odwołujący wskazał, iż w złożonych wyjaśnieniach treści oferty (str. 9 i 10) jasno wyjaśnił, iż:

„c) prezentowane parametry podczas automatycznego testu procesora wykonywanego przez zaimplementowane w BIOS oprogramowanie diagnostyczne zdefiniowane przez producenta oferowanego urządzenia to:

- *procesor sprawny - po wykonaniu testu komputer uruchamia się poprawnie i nie sygnalizuje problemów z funkcjonowaniem komponentu*
- *procesor niesprawny - błąd inicjalizacji procesora lub brak procesora w podstawce. Sygnalizacja dźwiękowa oraz za pomocą sekwencją mignięć i zmiany kolorów diody w przycisku zasilania*
- *procesor niesprawny - procesor niepoprawnie pracuje w bieżących ustawieniach lub procesor jest niekompatybilny. Sygnalizacja dźwiękowa oraz za pomocą sekwencją mignięć i zmiany kolorów diody w przycisku zasilania*
- *procesor niesprawny - procesor przekroczył swój próg termiczny. Sygnalizacja dźwiękowa oraz za pomocą sekwencją mignięć i zmiany kolorów diody w przycisku zasilania*

Jednocześnie nadmieniamy, że wskazane i przewidziane powyżej trzy stany awarii procesora posiadają różny sposób ich prezentowania (różny sygnał dźwiękowy i różną sekwencją mignięć i zmiany kolorów diody w przycisku zasilania)".

W ocenie Odwołującego w świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że oprogramowanie diagnostyczne w zaoferowanym przez Odwołującego komputerze umożliwia wykonanie testu procesora, a nie tylko testu na obecność procesora. To, co Zamawiający określa mianem testu na obecność procesora, jest tylko pierwszym z trzech wskazanych i przewidzianych powyżej stanów awarii procesora, prezentowanym w inny sposób niż pozostałe dwa stany awarii procesora. Zatem, w ocenie Odwołującego, nie ma żadnych wątpliwości, że w ramach testu procesora oprogramowanie diagnostyczne w zaoferowanym przez Odwołującego komputerze testuje również, czy:

- procesor poprawnie pracuje w bieżących ustawieniach,
- procesor jest kompatybilny,
- procesor przekroczył swój próg termiczny.

Odwołujący wskazał, że powyższe testy w oczywisty i zasadniczy sposób wykraczają poza sprawdzenie fizycznej obecności procesora, jego braku czy fizycznego uszkodzenia procesora, czyli poza to, co Zamawiający określa mianem testu na obecność procesora, autotestu czy procedury POST. Co więcej, powyższe testy niewątpliwie są testami procesora, gdyż w ich ramach testowany jest procesor. Podsumowując, także w świetle argumentacji używanej obecnie przez Zamawiającego nie ma żadnych wątpliwości, że oprogramowanie diagnostyczne w zaoferowanym przez Odwołującego komputerze umożliwia wykonanie testu procesora a nie tylko testu na obecność procesora.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego podniósł również, że: „Opis przedstawiony przez Wykonawcę dot. sygnałów dźwiękowo świetlnych (dioda zasilania) - potwierdza tylko, że komputer wykonuje test na obecność procesora czyli tylko komunikuje brak procesora lub jego fizyczne uszkodzenie (de facto równoznaczne z brakiem procesora), ale nie wykonuje testu procesora za pomocą oprogramowania diagnostycznego zgodnie z wymogami SIWZ.”

W ocenie Odwołującego z powyższym stwierdzeniem Zamawiającego nie sposób się zgodzić i nie ma ono żadnego oparcia w wyjaśnieniach treści oferty udzielonych przez Odwołującego. Odwołujący wskazał tam wyraźnie, że różny sygnał dźwiękowy i różna sekwencja mignięć i zmiany kolorów diody w przycisku zasilania sygnalizują trzy różne stany awarii procesora. Tylko pierwszy z trzech wskazanych i przewidzianych powyżej stanów awarii procesora dotyczy braku fizycznej obecności procesora czy fizycznego uszkodzenia procesora, dwa pozostałe stany awarii procesora wskazują natomiast jednoznacznie, że w ramach testu procesora oprogramowanie diagnostyczne w zaoferowanym przez Odwołującego komputerze testuje również, czy:

- procesor poprawnie pracuje w bieżących ustawieniach,
- procesor jest kompatybilny,
- procesor przekroczył swój próg termiczny.

W ocenie Odwołującego, to, że wyniki ww. testów procesora są sygnalizowane za pomocą różnych sygnałów dźwiękowych i różnych sekwencji mignięć i zmiany kolorów diody w przycisku zasilania, nie jest żadną sprzecznością z treścią SIWZ. Jak to już bowiem podniesiono powyżej, Zamawiający nie postawił w SIWZ wymagania dotyczącego sposobu prezentacji wyniku diagnostyki procesora.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego podniósł również, że: „Procedura POST (która Wykonawca przedstawia jako autotest procesora) sprawdza przy uruchomieniu obecność (fizycznie zainstalowanie) wielu komponentów takich jak pamięć RAM, karta graficzna, czy też procesor i jest zaimplementowana w każdym komputerze (stacjonarny, laptop, serwer), ale nie jest diagnostyką, która powinna umożliwiać sprawdzenie poprawności pracy procesora realizując testy takie jak np.: wykonanie szeregu instrukcji procesora, aby wykluczyć błędy logiczne, testy obciążenia procesora i ewentualny wpływ obciążenia na temperaturę pracy procesora lub częstotliwość taktowania procesora.

Odwołujący wskazał, że oprogramowanie diagnostyczne w zaoferowanym przez Odwołującego komputerze umożliwia wykonanie testu procesora w znacznie szerszym zakresie niż tylko na obecność procesora oraz, że Zamawiający w oczywisty i rażący sposób wykracza tutaj ponad treść SIWZ i sformułowane tam wymagania. W SIWZ próżno szukać wymagania lub choćby sugestii, że oprogramowanie diagnostyczne powinno umożliwiać sprawdzenie poprawności pracy procesora realizując testy takie jak np.: wykonanie szeregu instrukcji procesora aby wykluczyć błędy logiczne, testy obciążenia procesora i ewentualny wpływ obciążenia na temperaturę pracy procesora lub częstotliwość taktowania procesora. SIWZ takich wymagań po prostu nie zawiera, natomiast ich wprowadzanie na obecnym etapie postępowania jest z oczywistych względów spóźnione i niedopuszczalne. W ocenie Odwołującego, jeżeli Zamawiający chciał, aby oprogramowanie diagnostyczne w ramach testu procesora przeprowadzało testy wskazane przez niego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, to powinien to jasno i wyraźnie wskazać w SIWZ. Skoro Zamawiający tego nie zrobił, to brak takich testów w ramach testu procesora nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Jak to wskazano m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 16 maja 2013 r., sygn. akt II Ca 397/13: „(...) od chwili udostępnienia SIWZ jest ona wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej

umieszczonych, co wynika z art. 701 § 4 k.c. W doktrynie wskazuje się, że SIWZ można uznać za warunki przetargu w rozumieniu kodeksu cywilnego, co uzasadnia stosowanie powołanego powyżej przepisu. W konsekwencji udostępnienie SIWZ skutkuje tym, że zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w SIWZ (zob. M. Stachowiak, Komentarz do art. 36 ustawy - Prawo zamówień publicznych, komentarz WKP 2012). Oznacza to, że po otwarciu ofert Zamawiający nie może dokonywać ich oceny w sposób dowolny, sprzeczny z treścią warunków określonych w SIWZ. Zamawiający nie może oceniać ofert w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę oferty wyłącznie o swoje intencje zamawiający może doprowadzić do dowolności, która stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców".

W ocenie Odwołującego zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecnictwem KIO wszelkie niejasne czy nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą szkodzić wykonawcom (np. w wyroku z dnia 4 stycznia 2018 r., KIO 2496/17, KIO 2513/17, KIO 2526/17: „zgodnie z przyjętą już i jednolitą linią orzecniczą wszelkie wątpliwości i niejasności nie mogą obciążać strony, co do której stawiane są zarzuty”). Jeśli zatem nawet intencją Zamawiającego było, aby oprogramowanie diagnostyczne w ramach testu procesora przeprowadzało testy wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, to takiej intencji Zamawiający nie dał wystarczającego wyrazu w SIWZ. Odwołujący nie ma natomiast obowiązku domyślać się jakie były intencje Zamawiającego.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarzucił również Odwołującemu, że: „na pytania, które dotyczyły diagnostyki procesora, Wykonawca uchyliła się od jednoznacznej odpowiedzi, sugerując, że autotest wykonywany podczas startu komputera - to dla Wykonawcy diagnostyka, czyli test procesora w zakresie wynikającym z SIWZ." Odnosząc się do powyższego po pierwsze wskazać trzeba, że za uchylanie się od wyjaśnień treści oferty (co w ocenie Odwołującego zresztą nie miało miejsca) ustawodawca nie przewidział żadnych sankcji. W szczególności uchylanie się od wyjaśnień treści oferty nie daje Zamawiającemu podstaw do odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Po drugie, w ocenie Odwołującego już pobieżna lektura wyjaśnień złożonych przez Odwołującego pozwala stwierdzić, że powyższy zarzut Zamawiającego jest absurdalny i sprzeczny z faktami. W rzeczywistości bowiem Odwołujący udzielił Zamawiającemu szerokich i wyczerpujących wyjaśnień na temat testu procesora przeprowadzanego przez oprogramowanie diagnostyczne w zaoferowanym komputerze. Wyjaśnienia te niemal w całości pokrywają się z argumentacją niniejszego odwołania. Co więcej, Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty

Odwołującego, w ogóle nie odniósł się do części informacji przekazanych mu przez Odwołującego w ramach wyjaśnień treści oferty. Odwołujący wskazał Zamawiającemu w swoich wyjaśnieniach, że automatyczny test procesora wykonywany przez zaimplementowane w BIOS oprogramowanie diagnostyczne wykrywa m.in. to, że procesor niepoprawnie pracuje w bieżących ustawieniach, procesor jest niekompatybilny lub że procesor przekroczył swój próg termiczny. Zamawiający natomiast uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego zachowuje się tak, jakby z tym fragmentem wyjaśnień nie zapoznał się i uparcie imputuje Odwołującemu, że ten utożsamia wymagany w SIWZ test procesora z testem na obecność procesora i że oprogramowanie diagnostyczne w zaoferowanym przez Odwołującego komputerze tylko taki test umożliwia.

Odwołujący za wyjaśnieniami udzielonymi Zamawiającemu ponownie wskazuje zatem, że producent zaoferowanego komputera przewidział automatyczny sposób uruchomienia procesu diagnostyki procesora. Automatyczne uruchomienie testu procesora wykonywane jest podczas każdorazowego startu komputera. Jak to już wskazano powyżej, oprogramowanie diagnostyczne w zaoferowanym przez Odwołującego komputerze umożliwia wykonanie testu procesora w znacznie szerszym zakresie niż tylko obecność procesora, brak procesora lub fizyczne uszkodzenie procesora. W ramach testu procesora oprogramowanie diagnostyczne w zaoferowanym przez Odwołującego komputerze testuje bowiem również, czy:

- procesor poprawnie pracuje w bieżących ustawieniach,
- procesor jest kompatybilny,
- procesor przekroczył swój próg termiczny.

Wszystkie te informacje jednoznacznie wynikają z wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego na żądanie Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, iż w piśmie zawierającym uzasadnienie odrzucenia oferty Zamawiający wskazał „wykonawca w odwołaniu złożonym na zapisy SIWZ podnosił zarzut naruszenia art. 29 ust. 112 ustawy i żądał wykreślenia z siwz zapisu mówiącego o umożliwieniu przez oprogramowanie diagnostyczne zaimplementowane w BIOS wykonanie testu procesora.”

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wyjaśnił, że odwołanie wobec postanowień SIWZ zostało wniesione niepotrzebnie, tj. wskutek omyłki przy ocenie spełniania wymagań SIWZ przez komputery stacjonarne, które zaoferował Odwołujący. Odwołujący, działając w pośpiechu i mając zaledwie 10 dni na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ, błędnie uznał, że komputery, które chce zaoferować Zamawiającemu, nie spełniają wymagań SIWZ, w tym nie spełniają wymagania dotyczącego testu procesora. W rzeczywistości, co okazało się

dopiero przy ponownej weryfikacji spełniania wymagań SIWZ na etapie przygotowania oferty, komputery zaoferowane przez Odwołującego spełniają wszystkie wymagania SIWZ, w tym wymagania zakwestionowane w odwołaniu wobec treści SIWZ. Pośrednio potwierdził to zresztą sam Zamawiający, uznając, że komputery zaoferowane przez Odwołującego spełniają dwa z trzech wymagań SIWZ, w odniesieniu do których Zamawiający pismem z dnia 08.02.2018 r. prosił o udzielenie wyjaśnień, tj. spełniają wymaganie opisane w Rozdziale 1.1 pkt 4 „Specyfikacja dla pojedynczego komputera” w Lp. 10 tabeli (Wymagania dodatkowe) ppkt d) dotyczące zaimplementowanego w BIOS oprogramowania diagnostycznego umożliwiającego:

- 1) wykonanie testu pamięci RAM,
- 2) wykonanie testu dysku twardego.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, Odwołujący wskazał, że zarzut ten stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, brak jest jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, to w konsekwencji Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, bowiem przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, Odwołujący podkreślił, że stawia powyższy zarzut z ostrożności procesowej i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że dotychczas złożone przez Odwołującego wyjaśnienia treści oferty nie są wystarczające i nie rozwiewają wszystkich wątpliwości. W ocenie Odwołującego dotychczas złożone wyjaśnienia treści oferty są całkowicie wystarczające i jednoznacznie potwierdzają, że oferta Odwołującego spełnia wymaganie, o którym mowa w SIWZ w Rozdziale 1.1 pkt 4 „Specyfikacja dla pojedynczego komputera” w Lp. 10 tabeli w zakresie testu procesora. Jeżeli jednak przyjąć by nawet, że jest inaczej, to nie ma żadnych wątpliwości, że przed odrzuceniem oferty Odwołującego Zamawiający powinien jednoznacznie wyjaśnić kwestię testu procesora, zwracając się do Odwołującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień treści złożonej oferty w tym zakresie. Jak to bowiem słusznie wskazała Izba m.in. w wyroku z dnia 24 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1454/16: „W przypadku zrodzenia się u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający ma obowiązek żądania od wykonawców

wyjaśnień dotyczących treści ofert. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. W myśl powyższego Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.i. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.). jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom." Z kolei za wyrokiem z dnia 2 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1334/16, wskazać trzeba, że: „Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy."

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego z dnia 8 lutego 2018 r. oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 13 lutego 2018 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień; (iv) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (v) protokół rozprawy, wyrok, odwołania oraz pisma procesowe złożone w ramach sprawy o sygn.. akt: KIO 31/18 na okoliczność ustalenia okoliczność faktycznych, w tym stanowiska prezentowanego przez Odwołującego w ramach postępowania; (vi) wydruki ze strony internetowej HP „Pomoc techniczna”, opinię p. Grzegorza Wójcika z Instytutu Łączności Państwowy Instytut Badawczy z dnia 26 marca 2018 r., porównanie oprogramowania diagnostycznego DELL, HP i Lenovo, wydruk informacji ze strony Instytutu Inteligentnych Systemów Informatycznych dotyczący procedury POST - na okoliczność wykazania, iż

urządzenie HP zaofertowane przez Odwołującego nie spełnia wymagań wskazanych w SIWZ; (vii) fragment Podręcznika konserwacji i serwisowania HP EliteOne 800 G3 All-in-One Business PC, wydruk ze strony internetowej informacji na temat procedury POST, skrócona specyfikacja techniczna HP EliteOne 800 G3 All-in-One Business Desktops PC, opinię p. Krzysztofa Rudzińskiego – Izba Rzecznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego z dnia 26 marca 2018 r. na okoliczność wykazania, iż urządzenie HP spełnia wymagania zawarte w SIWZ.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sprzedaż i dostarczenie (dostawa do wskazanych lokalizacji łącznie z instalacją) fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego użytkowania, wraz z niezbędną infrastrukturą i oprogramowaniem niezbędnym do zachowania funkcjonalności 2602 sztuk komputerów stacjonarnych, zgodnie ze specyfikacją przedstawioną w Rozdziale I pkt 4 SIWZ, na warunkach i zasadach określonych we wzorze umowy wraz z załącznikami stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w D.U.U.E. z dnia 22 grudnia 2017 r. pod numerem 2017/S 246-514216. Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej pod adresem: <http://www.arimr.gov.pl/o-arimr/przetarej/przetargi/artvku/v/dpizp2610412017.html>.

W Rozdziale I, pkt 4 „Specyfikacja pojedynczego komputera”, pkt 10, Zamawiający określił „Wymagania dodatkowe” co do wymaganego sprzętu i wskazał: „Zaimplementowane w BIOS oprogramowanie diagnostyczne działające bez udziału systemu operacyjnego czy też jakichkolwiek dołączonych urządzeń na zewnątrz czy też wewnątrz komputera, umożliwiające otrzymanie informacji o:

- producencie komputera, modelu, oznaczeniu PN i numerze seryjnym,
- zainstalowanym procesorze,
- ilości zainstalowanej pamięci RAM, producencie modułów pamięci,
- płycie głównej,
- zainstalowanym dysku twardym: producent, model,

Oprogramowanie diagnostyczne musi umożliwiać:

- wykonanie testu pamięci RAM;
- wykonanie testu dysku twardego oraz procesora.

W dniu 2 stycznia 2018 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pierwsze odwołanie Odwołującego. Zarzucił on Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający zaoferowanie urządzenia firmy HP, gdyż urządzenie to nie spełnia wymagań wskazanych w pkt 4 ppkt 10 SIWZ tj. diagnostyka urządzeń HP jest zainstalowana na wydzielonej partycji dysku twardego, który jest wewnętrznym urządzeniem podłączonym fabrycznie do komputera. Izba wyrokiem z dnia 22 stycznia 2018 r. oddaliła odwołanie.

W postępowaniu złożone 4 oferty. Odwołujący zaproponował najniższą cenę za realizację zamówienia. Jak wynika z oferty Odwołującego zaoferował on urządzenie produkowane przez HP Inc., Model: EliteOne 800 G3 AIO (Part Number: 3KQ74ES#AKD).

Pismem z dnia 8 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaimplementowanego w BIOS systemu diagnostycznego działającego bez udziału systemu operacyjnego czy też jakichkolwiek dołączonych urządzeń wewnętrznych czy też zewnętrznych. Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 13 lutego 2018 r.

Pismem z dnia 5 marca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Z pisma wynika, iż oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne, a w konsekwencji Izba oddaliła odwołanie.

W ocenie Izby istota spory pomiędzy stronami sprowadzała się do odmiennej interpretacji zapisu zawartego w SIWZ, Rozdział I.4 „Specyfikacja pojedynczego komputera”, ppkt 10 – Wymagania dodatkowe: „Zaimplementowane w BIOS oprogramowanie diagnostyczne działające bez udziału systemu operacyjnego czy też jakichkolwiek dołączonych urządzeń na zewnątrz czy też wewnątrz komputera, umożliwiające otrzymanie informacji o:

- producencie komputera, modelu, oznaczeniu PN i numerze seryjnym,
- zainstalowanym procesorze,
- ilości zainstalowanej pamięci RAM, producencie modułów pamięci,
- płycie głównej,
- zainstalowanym dysku twardym: producent, model,

Oprogramowanie diagnostyczne musi umożliwiać:

- wykonanie testu pamięci RAM;
- wykonanie testu dysku twardego oraz procesora.

Na wstępie wskazać należy, że przedmiotowe postępowanie przetargowe zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 22 grudnia 2017 r. W tym dniu Zamawiający zamieścił stosowne dokumenty na swojej stronie internetowej, w tym m.in. SIWZ zawierającą w/w sporny zapis. Jak wynika z akt postępowania przetargowego w dniu 2 stycznia 2018 r. Odwołujący wniósł swoje pierwsze odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej kwestionując powyższy zapis SIWZ jako naruszający art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał m.in., iż zapisy SIWZ uniemożliwiają zaoferowanie komputerów firmy HP, gdyż diagnostyka w komputerach HP umożliwiające otrzymanie informacji wymaganych w pkt 4 ppkt 10 SIWZ jest zainstalowana na wydzielonej partycji dysku twardego, który jest wewnętrznym urządzeniem podłączonym fabrycznie do komputera. Izba oddaliła pierwsze odwołanie Odwołującego.

Dalej wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący przyjął odmienne stanowisko i wskazał, iż oferowany przez niego produkt tj. urządzenie HP Inc., Model: EliteOne 800 G3 AIO (Part Number: 3KQ74ES#AKD) spełnia wymagania Zamawiającego, co wynika z przyjętej przez niego interpretacji zapisów SIWZ oraz ze stanowiska Zamawiającego prezentowanego podczas rozprawy w sprawie o sygn. akt: KIO 31/18.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Podkreślić należy na wstępie, że w postępowaniu przetargowym biorą udział podmioty profesjonalne, posiadające doświadczenie i wiedzę w zakresie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, zamawiający ma prawo domniemywać, iż wykonawcy decydujący się wziąć udział w przetargu będą analizować dokumentację przetargową posiadając odpowiednią wiedzę i doświadczenie, jakie przypisać można profesjonalistom działającym w danej branży. Profesjonalne zachowanie wykonawcy oznacza również przyjęcie odpowiedzialności i konsekwencji za podejmowane przez siebie czynności i prezentowane stanowiska w trakcie postępowania przetargowego. Wykonawca winien zawsze

wykazywać profesjonalizm, wiedzę i rzetelność, zaś chęć uzyskania zamówienia publicznego nie może prowadzić do wypaczenia i nadinterpretacji zapisów dokumentacji przetargowej. Oczywistym jest dla Izby, że postanowienia SIWZ niejednokrotnie zawierają szereg określeń budzących wątpliwości interpretacyjne. Ich interpretacją winna być jednak dokonywana zarówno z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, wszystkich zapisów SIWZ jak i profesjonalizmu podmiotów uczestniczących w przetargu. Przyjęte w orzecznictwie zasada interpretacji niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy nie oznacza i nie może oznaczać otwarcia drogi wykonawcom do nadinterpretacji postanowień SIWZ i dążeniu do uzyskania zamówienia „za wszelką cenę”. Zamawiający przygotowując SIWZ posługują się niejednokrotnie niezdefiniowanymi fachowymi określeniami, jakie funkcjonują w danej branży, przyjmując, iż profesjonalista działający na rynku za ich znaczenie. Wykonawca zaś mając wątpliwości interpretacyjne ma możliwość złożenia do zamawiającego wniosku o wyjaśnienie ich znaczenia lub złożenia odwołania.

W omawianej sprawie Odwołujący skorzystał w pierwszej kolejności z przysługującego mu prawa do złożenia odwołania na opis wymagań Zamawiającego w zakresie wymogu zawartego w pkt 4, ppkt 10 SIWZ (sprawa o sygn. akt: KIO 31/18). Odwołujący w treści odwołania, jak również w trakcie rozprawy prezentował konsekwentnie stanowisko, że nie ma możliwości zaoferowania urządzenia firmy HP, gdyż oprogramowanie diagnostyczne zaimplementowane w BIOS umożliwiające wykonanie testu procesora wymaga zainstalowania na wydzielonej partycji dysku twardego, który jest wewnętrznym urządzeniem podłączonym fabrycznie do komputera. Odwołujący złożył dowody potwierdzające w/w stanowisko, w tym m.in. oświadczenie firmy HP Inc Polska sp. z o.o. z dnia 11 stycznia 2018 r. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, która uznała, że wymogi Zamawiającego zawarte w pkt 10 „Wymagania dodatkowe” ppkt 4 nie naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Pomimo wyroku Izby, Odwołujący zaoferował Zamawiającemu urządzenie HP EliteDesk 800 G3 AIO, prezentując odmienną interpretację spornych postanowień SIWZ i wskazując, iż Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „test procesora” w SIWZ. Wskazał również, iż poprzednie odwołanie zostało wniesione w wyniku omyłki i przyjętej przez Odwołującego błędnej interpretacji spornych zapisów SIWZ, o zaistnieniu której wykonawca zdał sobie sprawę podczas rozprawy w sprawie KIO 31/18. Ustosunkowując się do stanowiska Odwołującego, Izba wskazuje co następuje.

Po pierwsze, w trakcie postępowania przetargowego Odwołujący nie podniósł nigdy zarzutu niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wystosował zapytania do Zamawiającego o wyjaśnienie treści spornych postanowień SIWZ, zaś w złożonym pierwotnie

odwołaniu brak jest jakiegokolwiek odniesienia, iż kwestionowane zapisy są niejednoznaczne czy budzące wątpliwości interpretacyjne wykonawcy. Kwestia niejasności zapisów SIWZ została podniesiona przez Odwołującego dopiero po odrzuceniu jego oferty.

Po drugie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, ani z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej ani też z protokołu rozprawy w sprawie KIO 31/18 nie wynika, iż Zamawiający dopuścił możliwość testu procesora za pomocą oprogramowania diagnostycznego zaimplementowanego w BIOS bez udziału systemu operacyjnego czy też jakichkolwiek dołączonych urządzeń na zewnątrz czy też wewnątrz komputera poprzez wykonanie procedury POST. Z przywołanych dokumentów nie wynika również, jak chciałby Odwołujący, iż Zamawiający dokonał odmiennej interpretacji SIWZ niż ta, która została zawarta w złożonej przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie. Przywołane przez Odwołującego zdanie wykonawcy ze strony nr 4 protokołu rozprawy: *„W przypadku HP test jest wykonywany automatycznie przy starcie komputera”* oraz rzekome potwierdzenie przez Zamawiającego, iż dopuścił możliwość testu procesora poprzez wykonanie procedury POST – zdanie Zamawiającego ze strony 6 protokołu rozprawy *„Ponadto, Odwołujący sam wskazał, że komputer HP wykonuje test, zatem twierdzenia Odwołującego są niejasne”* jest niedopuszczalną nadinterpretacją wyrwanej z kontekstu wypowiedzi Zamawiającego. Zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i w trakcie rozprawy w sposób konsekwentny prezentował stanowisko, iż umieszczenie oprogramowania diagnostycznego umożliwiającego m.in. test procesora na wydzielonej partycji dysku twardego, który jest wewnętrznym urządzeniem podłączonym fabrycznie do komputera nie spełnia wymogów zawartych w pkt 4 ppkt 10 SIWZ. Zarzuty zaś podniesione w odwołaniu nie dotyczyły tego czy procedura POST może być utożsamiana z wymogiem zawartym w pkt 4 ppkt 10 SIWZ i nie sposób odnieść jednej wypowiedzi Zamawiającego do zarzutu niepodniesionego w odwołaniu. Ponadto, gdyby Zamawiający rzeczywiście dopuścił możliwość wykonania testu procesora w ramach procedury POST, to z pewnością wyartykułowałby to w ramach rozprawy KIO 31/18, a tym bardziej uwzględniłby zarzuty podniesione w odwołaniu w sprawie KIO 31/18.

Po trzecie, z treści protokołu jak i z treści wyroku nie wynika, aby którakolwiek ze stron postępowania podnosiła jakiegokolwiek wątpliwości interpretacyjnego spornego zapisu SIWZ. Zarówno Zamawiający jaki i Odwołujący prezentowali konsekwentnie przyjęte przez siebie stanowiska. Zamawiający przedstawił uzasadnienie konieczności wymogu wskazanego w ppkt 10 co do testu procesora, zaś Odwołujący konsekwentnie argumentował, że oferuje rozwiązania równoważne, które wymaga instalacji dysku twardego i choć takie rozwiązanie nie spełnia wymogów zawartych w SIWZ, to jest to rozwiązanie w pełni zaspokajające interesu Zamawiającego. W toku rozprawy Odwołujący ani raz nie odwołał się do błędnego rozumienia

spornych zapisów SIWZ. Składane przez niego pisma, dowody oraz oświadczenie świadczą, w ocenie Izby, o tym, iż miał pełną świadomość znaczenia określenia „test procesora”.

Po czwarte, forsowane przez Odwołującego stanowisko jakoby złożenie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 31/18 było wynikiem błędu jest, w ocenie Izby, niewiarygodne i godzi w zasadę profesjonalnego działania wykonawcy. Wykonawca wskazał m.in., iż działając w pośpiechu wniósł odwołanie, gdyż błędnie zinterpretował zapisy SIWZ. Podkreślić jednakże należy, że od momentu wniesienia odwołania do dnia jego rozpatrzenia przez Izbę minęły dwa tygodnie, w trakcie których Odwołujący miał możliwość dogłębnej analizy spornych zapisów SIWZ i ewentualnego wycofania złożonego odwołania. Wykonawca jednak tego nie uczynił. W trakcie postępowania odwoławczego Odwołujący konsekwentnie prezentował stanowisko, iż urządzenia HP nie spełniają spornego wymagania Zamawiającego, przedstawiając stosowane dowody na tą okoliczność. Oznacza to, iż w okresie dwóch tygodni wykonawca przygotowywał materiał dowodowy na poparcie swojego stanowiska, co wyklucza prezentowane stanowisko o rzekomym omyłkowym wniesieniu odwołania. Jeśli o rzekomym błędzie wykonawca zdał sobie sprawę w trakcie postępowania w sprawie KIO 31/18, to rodzi się pytanie dlaczego brak jest jakiegokolwiek adnotacji w treści protokołu rozprawy o błędnym zrozumieniu przez Odwołującego zapisów SIWZ. Jeśli zaś błędne rozumienie zapisów SIWZ ujawniło się w świadomości Odwołującego w trakcie przygotowania oferty, to zadać sobie należy pytanie jakie to racjonalne i obiektywne okoliczności wpłynęło na zmianę stanowiska Odwołującego. Za taką okoliczność z pewnością nie można uznać wyrwanej z kontekstu wypowiedzi Zamawiającego zawartej protokole rozprawy. Pośpiech jako przyczyna omyłkowego wniesienia odwołania i błędnej interpretacji spornych zapisów SIWZ również, w ocenie Izby, nie stanowi wiarygodnego uzasadnienia zmiany stanowiska Odwołującego. Spór dotyczy jednego zapisu w SIWZ, zaś wykonawca od momentu złożenia odwołania do dnia wydania wyroku konsekwentnie prezentował swoje pierwotne stanowisko. Nie sposób więc uznać, że „omyłkowo” wniósł odwołanie, „omyłkowo” przygotowywał dowody na poparcie swojego pierwotnego stanowiska i „omyłkowo” prezentował je przed Izbą. W ocenie Izby, zmiana stanowiska Odwołującego i przyjęcie odmiennej interpretacji spornych postanowień SIWZ jest wyłącznie konsekwencją oddalenia odwołania w sprawie KIO 31/18 i braku dopuszczenia możliwości zaofiarowania urządzenia produkowanego przez firmę HP. Odwołujący zaś próbując nieudolnie wybrnąć z zaistniałej sytuacji, przyjął nową, korzystną dla siebie, interpretację zapisów SIWZ, powołując się na jej niejednoznaczność i brak wyczerpującego opisu określenia „test procesora” przez Zamawiającego. Działanie takie jest, w ocenie Izby, nieuprawnione. Jak Izba wskazała powyżej, chęć uzyskania zamówienia przez wykonawcę nie może prowadzić do dostosowania postanowień SIWZ do potrzeb danego wykonawcy. Z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia przyjmując stanowisko Odwołującego za zasadne.

W kwestii zaś spornych zapisów SIWZ, to wskazać należy, że przyjęta przez Odwołującego definicja „testu procesora” wskazana w treści odwołania nie może zostać uznana za prawidłową. Po pierwsze, nie było przedmiotem sporu i nie budziło żadnych wątpliwości ani Odwołującego ani jakiegokolwiek innego wykonawcy w trakcie postępowania przetargowego rozumienie powyższego określenia. Składając pierwotne odwołania Odwołujący nie podniósł zarzut niejasności zapisów SIWZ. Do Zamawiającego nie zostały skierowane również żadne zapytania o wyjaśnienie znaczenia powyższego określenia. Po drugie, Odwołujący, jako profesjonalista, składając pierwotne odwołanie, winien zdawać sobie sprawę z tego, iż urządzenie firmy HP ma zaimplementowaną procedurę POST. Gdyby zatem w treści SIWZ sporne wymaganie dotyczące testu procesora należało rozumieć, jak chciałby obecnie Odwołujący, jako wykonanie procedury POST przy uruchomieniu i restarcie komputera, to zbędne byłoby wnoszenie przez Odwołującego pierwotnego odwołania i konsekwentne prezentowanie stanowiska, iż urządzenie HP EliteOne 800 G3 AIO (PN:3KQ74ES#AKD) nie spełnia wymagań wskazanych w SIWZ. Po trzecie, wskazać należy, iż w przypadku braku zdefiniowania przez zamawiającego określonego pojęcia czy zwrotu użytego w SIWZ, należy mu przypisać znaczenie powszechnie przyjmowane w danej branży. W ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, jak również stanowiska stron prezentowane w trakcie postępowania odwoławczego zarówno w sprawie o sygn. akt: KIO 31/18, jak również w przedmiotowym postępowaniu wskazuje, iż procedura POST oraz zaimplementowany w BIOS system diagnostyczny działający bez udziału systemu operacyjnego czy też jakichkolwiek dołączonych na zewnątrz czy też wewnątrz komputera służący m.in. do testu procesora to dwie odrębne funkcjonalności. Procedura POST jest implementowana w każdym komputerze dowolnego producenta przy starcie czy też restarcie urządzenia. Jak wskazał Odwołujący, co zresztą nie było sporne pomiędzy stronami, w ramach procedury POST w urządzeniu HP użytkownik otrzymuje komunikaty świetlne oraz dźwiękowe o braku zainstalowania procesora, o przegrzaniu procesora oraz procesor niekompatybilny, nie obsługuje włączonej funkcji. Wskazuje więc stany awarii procesora, wyłącznie, jak wskazał sam Odwołujący w treści złożonych wyjaśnień, w trybie automatycznego rozruchu komputera. Wymóg zaś zawarty w pkt 4 ppkt 10 SIWZ odnosi się do konieczności zaoferowania produktu, który posiada zaimplementowane w BIOS oprogramowanie diagnostyczne. W udzielonej Zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 8 lutego 2018 r. Odwołujący nie wskazał jakie oprogramowanie diagnostyczne zlokalizowane poza dyskiem twardym komputera, realizuje procedurę testową procesora. Odwołujący wskazał wyłącznie na procedurę automatycznego uruchomienia testu przy starcie procesora. Procedura ta jednak według informacji podanych przez samego producenta HP nie jest uznawana za procedurę diagnostyki usterek urządzenia. Jak wynika bowiem z dokumentów złożonych przez

Przystępującego (dowód nr 4 – Komputery HP Testowanie awarii sprzętowej) procedura POST nie zalicza się do procedur testowych, a jedyne narzędzie diagnostyczne spełniające wymagania Zamawiającego tj. program HP Basic System Diagnostic nie testuje procesora. W ocenie Izby Odwoływający nie wykazał, iż w obrocie profesjonalnym procedura POST jest równoznaczna z testem procesora za pomocą zaimplementowane w BIOS oprogramowanie diagnostyczne.

Za nieuprawnione, w ocenie Izby, jest wnioskowanie Odwoływającego oparte na założeniu, że skoro Zamawiający nie wykluczył w SIWZ procedury POST, to zasadne jest przyjęcie przez wykonawcę, że procedura ta została dopuszczona. Gdyby przyjąć tok rozumowania Odwoływającego za prawidłowy, to zasadne byłoby stwierdzenie, że skoro Zamawiający nie wskazał w spornym zapisie SIWZ, że przez test procesora należy rozumieć wykonanie procedury POST, to uznać należy, że chodzi o inny rodzaj testu procesora. Wnioskowanie takie prowadzi do wadliwej interpretacji SIWZ. Nie jest bowiem obowiązkiem Zamawiającego zawarcie w SIWZ listy zakazów. Sporządzanie takiej listy zakazów jest niejednokrotnie niemożliwe. Zadaniem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem zasad wskazanych w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Oczywistym jest, że w opisie przygotowanym przez zamawiającego pomogą być zawarte określenia czy zwrotu mniej lub bardziej precyzyjne. Definicja takich pojęć winna być jednak dokonywana z uwzględnieniem wiedzy i doświadczenia jakie posiadają wykonawcy uczestniczący w przetargu. W przedmiotowym postępowaniu brak jest obiektywnych przesłanek do uznania, iż profesjonalista działający na rynku utożsamia procedurę POST z testem procesora za pomocą zaimplementowanego w BIOS oprogramowania diagnostycznego działającego bez udziału systemu operacyjnego czy też jakichkolwiek dołączonych urządzeń na zewnątrz czy też wewnątrz komputera. Podkreślić również należy, że skoro procedura POST wykonywana jest w każdym komputerze przy starcie i restarcie, to stawianie w sekcji „Wymagania dodatkowe” konieczności wykonania testu procesora poprzez procedurę POST nie wnosiłoby żadnej wartości dodanej Zamawiającemu. Ograniczenie zaś możliwości przeprowadzeniu testu procesora wyłącznie w trybie automatycznego rozruchu komputera jest w ocenie Izby nieuprawnionym zawężeniem funkcjonalności wymaganej przez Zamawiającego. Wymóg wyposażenia komputera w oprogramowanie diagnostyczne umożliwiające przeprowadzenie testu procesora obejmuje swoim zakresem również możliwość wykonanie diagnostyki procesora w sposób wymagany przez Zamawiającego przez użytkownika w dowolnym czasie. Gdyby intencją Zamawiającego było ograniczenie powyższej funkcjonalności w sposób zaproponowany przez Odwoływającego, to musiałyby to znaleźć odzwierciedlenie w zapisach SIWZ.

Za niezasadne w ocenie Izby jest stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie miał prawa badać i żądać informacji jaki system diagnostyczny zaimplementowany jest w urządzeniach firmy HP i czy spełnia on wymagania zawarte w SIWZ. Skoro sam Odwołujący pierwotnie oświadczył, iż urządzenia HP nie spełniają wymogów SIWZ, a takie właśnie urządzenie zaoferował Zamawiającemu, to Zamawiający miał prawo i obowiązek skierować do Odwołującego wezwanie o złożenie wyjaśnień w jaki sposób realizowana jest w urządzeniach firmy HP funkcjonalność wymagania w pkt 4, ppkt 10 SIWZ. Nie można pozbawić Zamawiającego, jak chciałby Odwołujący, prawa do badania czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego, opierając się na twierdzeniu, iż Zamawiający nie wyartykułował w SIWZ wymogów co do diagnostyki procesora. W przedmiotowym postępowaniu obowiązek zbadania w jaki sposób realizowane są funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego wywołał sam Odwołujący swoim postępowaniem prezentując dwa odmienne stanowiska co do właściwości oferowanego urządzenia.

Co się zaś tyczy dowodów złożonych podczas rozprawy, to wskazać należy co następuje. Zarówno opinia prywatna przedłożona przez Odwołującego przygotowana przez p. Krzysztofa Rudzińskiego z Izby Rzeczników Polskiego Towarzystwa Informatycznego jak i opinia prywatna przygotowana przez p. Grzegorza Wójcika z Instytutu Łączności Państwowy Instytut Badawczy nie mają znaczenia dla sprawy. Opinia przedłożona przez Odwołującego potwierdza okoliczność, która nie była, w ocenie Izby, sporna pomiędzy stronami, tj. iż urządzenia zaoferowane przez Odwołującego w ramach procedury POST informuje za pomocą sygnalizacji świetlnej i dźwiękowej o stanach awarii procesora. Opinia zaś złożona przez przystępującego Computex również potwierdza tę okoliczność. Tą okoliczność potwierdzają również inne dowody złożone przez Odwołującego tj. Skrócona specyfikacja techniczna dla urządzenia HP EliteDesk 800 G3 i HP EliteOne 800 G3 Business Desktops PC, fragment z Podręcznika konserwacji i serwisowania HP EliteOne 800 G3 All-in-One Business PC oraz wydruk informacji z internetu na temat procedury POST. Z kolei dowód złożony przez Przystępującego Computex potwierdza, iż procedurę POST nie jest uznawana przez producenta za procedurę diagnostyczną usterek urządzenia – Dowód nr 4 Testowanie awarii sprzętowej, zaś pozostałe dowody potwierdzają okoliczność niesporną pomiędzy stronami tj. jakie czynności wykonywane są w ramach procedury POST w urządzeniu HP. Podobnie dowód złożony przez Zamawiającego tj. wydruk ze strony internetowej Instytutu Inteligentnych Systemów Informatycznych informacji o procedurze POST potwierdzają, iż w ramach procedury POST wykrywane są wyłącznie stany awarii procesora.

W konsekwencji Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, iż odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego

jest bowiem sprzeczna z SIWZ. Tym samym zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp uznać należy za niezasadny.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 2 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: