

Sygn. akt: KIO/UZP 1010/09

**WYROK**  
z dnia 19 sierpnia 2009 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska - Maziarz

**Członkowie:** Izabela Niedziałek - Bujak  
Ryszard Tetzlaff

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Makronet Sp. z o.o., 02-925 Warszawa, ul. Okrężna 56** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centralny Zarząd Służby Więziennej, 02-521 Warszawa, ul. Rakowiecka 37a** protestu z dnia 30 czerwca 2009 r.

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Makronet Sp. z o.o., 02-925 Warszawa, ul. Okrężna 56**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Makronet Sp. z o.o., 02-925 Warszawa, ul. Okrężna 56,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Makronet Sp. z o.o., 02-925 Warszawa, ul. Okrężna 56.**

### **U z a s a d n i e**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego - Centralny Zarząd Służby Więziennej - w trybie przetargu nieograniczonego, na dostawę komputerów klasy PC i komputerów przenośnych, wykonawca – Makronet Sp. z o.o. (dalej Makronet), złożył protest na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz zapisy specyfikacji istotnych warunków (dalej SIWZ), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez nie przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
2. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję,
3. art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia wskazujące na konkretnego producenta,
4. art. 41 pkt 15 ustawy Pzp, poprzez nie zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, a które zamawiający przewidział w rozdziale XVIII SIWZ,
5. art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
6. art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie oświadczeń od producenta sprzętu, a nie wykonawcy biorącego udział w przedmiotowym postępowaniu,

7. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wymaganie dokumentów niezgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Makronet wniósł o dostosowanie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia do treści obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez:

1. wyeliminowanie wszystkich nieprecyzyjnych zapisów SIWZ, opisanych w uzasadnieniu protestu,
2. zmianę zapisów SIWZ, poprzez takie określenie przedmiotu zamówienia, aby możliwe było złożenie ważnej oferty nie opartej na produktach Dell (zmodyfikowanie zapisu na następujący: Gniazda rozszerzeń: "Wbudowane: 1 x LPT: 1 x R5232, VGA, e5ATA, DisplayPort lub DVI...."),
3. dostosowanie zapisów SIWZ do przepisów ustawy Pzp,
4. dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W uzasadnieniu protestu Makronet wskazał:

#### odnośnie terminu realizacji zamówienia

Makronet podał, że w rozdziale III SIWZ zamawiający zaznaczył, iż oczekuje realizacji zamówienia w terminie do 14 dni od dnia zawarcia umowy, zaś miejscem realizacji zamówienia są jednostki organizacyjne Służby Więziennej, których szczegółowe wykazy dla poszczególnych części zamówienia stanowią załączniki do projektu umowy - jest ponad 140 miejsc dostaw przedmiotu zamówienia.

W ocenie Makronet wyznaczony termin ten jest niemożliwy dla rzetelnej i profesjonalnej realizacji przez wykonawcę i jako termin nierealny należałoby go wydłużyć. Jednak w SIWZ zamawiający dopuścił zmianę umowy, zgodnie z art. 144 ust 1 ustawy Pzp, tj. zmiana postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty możliwa jest tylko wtedy, gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-2738/06, podnosząc, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przewiduje, iż zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Wskazał, że w myśl art. 387 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Umowa może być dotknięta nieważnością (bezwzględna), jeżeli świadczenie dłużnika przewidziane w umowie jest niemożliwe do wykonania, zaś zgodnie z przepisem art. 140 ust 1 ustawy Pzp, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, co oznacza, że zamawiający nie może, zawierając umowę o zamówienie publiczne, podać innego terminu wykonania niż ten określony w SIWZ bez uprzedniej modyfikacji, a ta w myśl art. 38 ust 4 ustawy Pzp jest możliwa jedynie przed terminem składania ofert.

Makronet podniósł także, że tak ustanowiony termin narusza zasady równego traktowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, ponieważ 14 dniowy termin może być możliwy do wykonania dla wykonawcy, który w chwili obecnej świadczy na rzecz zamawiającego usługę czy dostawę tożsamą z zamawianą.

Wskazał, że określenie terminu rozpoczęcia realizacji usług powinno uwzględniać skalę przedsięwzięcia oraz uwarunkowania techniczne i organizacyjne świadczenia usługi.

Powołał się na wyroki Zespołów Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-533/06 oraz UZP/ZO/0-566/07.

odnośnie trwałego oznaczenia płyty głównej, klawiatury, myszy logo producenta jak jednostki centralnej

Makronet podał, że zamawiający w zadaniu nr 1 i 2 postawił wymóg, aby płyta główna, klawiatura, mysz i monitor posiadały trwałe oznaczenie logo producenta jednostki centralnej, który to wymóg w ocenie Makronet jest zbędny i nierealny oraz narusza rażąco art. 29 ust 2 ustawy Pzp.

Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-2655/06 (monitor jest oddzielnym, niezależnym od jednostki centralnej urządzeniem. Zazwyczaj monitory są produkowane przez innych producentów niż producenci jednostek centralnych)

odnośnie oświadczenia producenta o przejęciu obowiązków gwarancyjnych, sprawdzania konfiguracji komputera oraz warunków gwarancji, a także dostępu do sterowników i uaktualnień na stronie producenta

Makronet podał, że w rozdziale VI SIWZ pkt 7 zamawiający zażądał, aby do oferty wykonawca załączył oświadczenie producenta oferowanego sprzętu o przejęciu wszelkich zobowiązań związanych z serwisem gwarancyjnym w przypadku, gdy z obowiązków gwarancyjnych nie wywiąże się wykonawca lub wskazany przez niego serwisant, a nadto w zadaniu nr 1 i 2 opis przedmiotu zamówienia w pkt 22 wprowadził wymóg, aby była możliwość telefonicznego sprawdzenia konfiguracji sprzętowej komputera oraz warunków gwarancji po podaniu numeru seryjnego bezpośrednio u producenta lub jego przedstawiciela oraz dostępu do najnowszych sterowników i uaktualnień na stronie producenta zestawu

realizowany, poprzez podanie na dedykowanej stronie internetowej producenta numeru seryjnego lub modelu komputera (do oferty należy dołączyć link strony).

Makronet podniósł, że producent sprzętu nie jest stroną w przedmiotowym postępowaniu, a zamawiający może żądać dokumentów tylko i wyłącznie od wykonawcy, którego pojęcie zdefiniowano w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

odnośnie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazuje na jednego producenta – firmę Dell

#### złącze

Makronet podał, że w specyfikacji dotyczącej komputera zawarto zapis, precyzujący wymagania, które ma spełniać płyta główna, w pozycji "Porty", tj. "Wbudowane: 1 x LPT; 1 x RS232, VGA, eSATA, DisplayPort...."

Wskazał, że aktualnie powszechnym standardem złącza karty graficznej jest złącze DVI. Złącze DisplayPort jest rzadko spotykane i występuje jedynie w ofercie niektórych producentów międzynarodowych. Jeśli istnieje popularny i powszechny standard połączenia taki jak DVI, to należy go dopuścić jako rozwiązanie równoważne. Taki zapis SIWZ eliminuje polskich producentów komputerów.

Zdaniem Makronet zamawiający nie może precyzować sposobu podłączenia monitora do komputera, a jedynie żądać odpowiedniej funkcjonalności zestawu.

#### obudowa (wymiar, chłodzenie, system diagnostyczny)

Makronet podał, że w SIWZ zawarto zapis precyzujący wymagania, które ma spełniać obudowa: Małogabarytowa typu small form factor o wymiarach boków nie większych niż: „wysokość 9,5 cm, szerokość 32 cm, głębokość 35 cm, fabrycznie przystosowana do pracy w układzie pionowym i poziomym, system wentylacji typu przód - tył (nie dopuszcza się wylotów powietrza umiejscowionych na bocznej lub górnej części obudowy)."

Według Makronet, podawanie wymiarów obudowy co do 0,5 cm nie ma wpływu na jej funkcjonalność, nie można także zabraniać oferowania obudów z wylotami powietrza umiejscowionych na bocznej lub górnej części obudowy, ponieważ to producent obudowy jest odpowiedzialny za jej chłodzenie i umiejscowienie otworów wentylacyjnych.

Podkreślił, że zamawiający może wymagać zachowania odpowiednich parametrów termicznych niezawodności systemu, ale nie może narzucać sposobu zapewnienia tych właściwości.

Podał także, że w specyfikacji komputera zawarto zapis precyzujący wymagania, które ma spełniać system diagnostyczny: "W obudowę komputera musi być wbudowany wizualny system diagnostyczny, służący do sygnalizowania i diagnozowania problemów z komputerem i jego komponentami, a w szczególności musi sygnalizować Przebieg procedury POST, Sum kontrolnych BIOS-u, awarii procesora lub pamięci podręcznej

procesora, uszkodzenia lub braku pamięci RAM, uszkodzenia złącza PCI, kontrolera Video, dysku twardego, płyty głównej, kontrolera USB".

Zdaniem Makronet, ten zapis SIWZ wskazuje na producenta komputera - firmę DELL, ponieważ funkcjonalności wymienione przez zamawiającego są możliwe do zrealizowania tylko w komputerach firmy DELL, co pozostaje w sprzeczności z art. 7 ustawy Pzp.

Wskazał, że:

1. można spotkać podobne rozwiązania diagnostyczne w produktach innych firm międzynarodowych, np. HP, ale pełna funkcjonalność wymagana przez zamawiającego w SIWZ wraz z pozostałymi wymaganiami wskazuje jednoznacznie na komputery firmy DELL,
2. funkcja BIOS-u, opisana jako "Możliwość zmiany trybu pracy dysku twardego: na pracę zapewniającą największą wydajność, na pracę zmniejszającą poziom hałasu generowanego przez dysk twardy." jest cechą unikalną, wskazującą na producenta międzynarodowego, która uniemożliwia złożenie oferty polskim producentom komputerów,
3. w SIWZ wymagane jest zaoferowanie procesora klasy x86 dwurdzeniowego o częstotliwości taktowania min. 2,50 GHz, 800 Mhz, L2 2MB.  
Według Makronet, taki wymóg jest nieprawidłowy, gdyż zamawiający, opisując wymagany procesor, powinien oprzeć się na jego wydajności, która w istocie jest najważniejsza, a nie na częstotliwości.
4. w specyfikacji komputera w pkt 1 zamawiający żąda, aby płyta główna była zaprojektowana na zlecenie producenta jednostki centralnej komputera i trwale oznaczona jego logo, a w pkt 17, aby była możliwość wyłączenia portów USB w tym: wszystkich portów, tylko portów znajdujących się na przedzie obudowy, tylko tylnych portów.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 1240/08 (KIO nakazała między innymi: wykreślenie wymogu, aby płyta główna zaprojektowana była na zlecenie producenta jednostki centralnej komputera, wykreślenie wymogu, iż komputer musi być wyposażony w wizualny system diagnostyczny, służący do sygnalizowania diagnozowania problemów z komputerem i jego komponentami, a szczególności musiała sygnalizować: przebieg procedury POST, sum kontrolnych BIOS-u, awarii procesora lub pamięci podręcznej procesora oraz uszkodzenia lub braku pamięci RAM, uszkodzenia złącza PCI, kontrolera Video, dysku twardego, płyty głównej, kontrolera USB i dopuszczenie rozwiązań diagnostycznych opartych o inne metody sygnalizacji także w ramach innych komponentów w tym systemu operacyjnego, wykreślenie wymogu dotyczącego BIOS-u, a dokładniej możliwości wyłączenia portów USB, w tym: wszystkich portów, tylko portów znajdujących się na przedzie obudowy, tylko tylnych portów, wykreślenie wymogu

dotyczącego BIOS-u a dokładniej możliwości zmiany trybu pracy dysku twardego: na pracę zapewniającą największą wydajność, na pracę zmniejszającą poziom hałasu generowanego przez dysk twardy).

Podniósł, że zamawiający winien unikać wszelkich sformułowań i parametrów, które by wskazywały na konkretne urządzenie lub konkretnego producenta.

Powołał się na wyroki Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-181 0/05, UZP/ZO/0-2239/05 oraz Sądu Okręgowy w Bydgoszczy o sygn. akt II Ca 693/05 (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudniania konkurencji).

#### odnośnie zamówień uzupełniających

Makronet podał, że w rozdziale XVIII SIWZ zamawiający zastrzegł sobie możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Podniósł, że zgodnie z art. 41 pkt 15 ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień.

#### odnośnie wymagań w zakresie efektywności energetycznej

Makronet podniósł, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić wymagania w zakresie efektywności energetycznej co najmniej równoważne ze wspólnymi specyfikacjami technicznymi Energy Star, zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z dnia 15 stycznia 2008 roku w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych (Dz. Urz. WE L 39 z 13 lutego 2008 r.) Tymczasem Zamawiający wymaga dołączenia do oferty oświadczenia producenta oferowanego sprzętu w szczególności zgodności z normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25g, zgodnie z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych.

Według Makronet, wymóg ten jest wymogiem nadmiernym, w żaden sposób nieuzasadnionym.

Powołał się na zasadę racjonalności, nie wyrażoną wprost w ustawie z dnia Prawo zamówień publicznych, a przejawiającą się w tym, że sposób dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi być adekwatny do przedmiotu zamówienia, tj. bez wprowadzania nadmiernych wymagań w stosunku do rzeczywistych potrzeb.

#### odnośnie certyfikatów ISO

Makronet podał, że zamawiający w rozdziale VI pkt 1 SIWZ wymaga, aby do oferty załączyć certyfikat ISO 9001: 2000 producenta sprzętu oraz w pkt. 21 opisu komputera

wymaga, aby firma serwisująca posiadała ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadała autoryzację producenta komputera.

W ocenie Makronet, wymóg ten narusza postanowienia § 3 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z którym zamawiający może żądać zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich.

Podniósł, że wskazanie wymogu posiadania certyfikatu ISO 9001:2000 dla producenta sprzętu, nie oznacza, że norma będzie odnosiła się do produkcji komputerów.

Zdaniem Makronet, w takiej formie zapis jest niedopuszczalny i nieuzasadniony, ponieważ wcale nie oznacza, że zamawiający otrzyma urządzenia od producenta, który ma wdrożony system ISO w produkcji urządzeń, z zapisu wynika bowiem, że spełnieniem warunku może być posiadanie certyfikatu ISO dla producenta np. na obsługę interesantów.

Makronet wskazał, że jego interes prawny może doznać uszczerbku w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający protest Makronet odrzucił, uznając, że został złożony po terminie.

W odwołaniu Makronet ponowił zawarte w proteście zarzuty, żądania i argumentację.

Dodatkowo, wobec odrzucenia protestu, zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, iż złożony przez niego protest został wniesiony po terminie, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia protestu i nie uwzględnienia zarzutów w nim zawartych oraz zażądał unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu protestu Makronet.

Odnosnie swojego interesu prawnego wskazał, że posiada interes prawny, gdyż każdy podmiot ubiegający się o zamówienie ma prawo do jego uzyskania i realizacji, przy poszanowaniu zasad równego traktowania wykonawców oraz zasad uczciwej konkurencji. Zaistnienie uszczerbku w interesie prawnym odwołującego czy też samą możliwość zaistnienia takiego uszczerbku, orzecznictwo oraz większość doktryny łączy z utratą możliwości jego uzyskania (wyrok SO w Warszawie z 10.04.2003, sygn. akt V Ca 165/03, wyrok sa w Warszawie z 04.10.2005, sygn. akt V Ca 1136/05).



Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. Ogłoszenia o zamówieniu z dnia 18.06.2009 r. (2009/S 115-166396), Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu oraz odwołaniu, a także w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odnośnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny tak na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania (z zastrzeżeniem poczynionym w dalszej części wyroku odnośnie zarzutu dotyczącego braku w ogłoszeniu informacji o możliwości udzielenia zamówień uzupełniających i certyfikatów ISO), ponieważ potwierdzenie się zarzutów, że zamawiający zawarł w SIWZ postanowienia, które uniemożliwiły odwołującemu złożenie oferty zgodnej z wymogami SIWZ, oznaczałoby, że zamawiający pozbawił go szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut odnośnie terminu realizacji zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z rozdziałem II SIWZ Przedmiotem zamówienia jest dostawa 560 komputerów klasy PC (część I), 20 komputerów klasy PC (część II), 5 komputerów przenośnych (część III), 3 komputerów przenośnych (część IV), wg specyfikacji technicznej odrębnej dla każdej z tych części.

Wyznaczony przez zamawiającego termin wynosi 14 dni od dnia zawarcia umowy (Rozdział III SIWZ). Miejsca dostaw zostały wyszczególnione w wykazach (Załącznik nr 1 do wzoru umowy), które obejmują niemal 150 miejsc łącznie, przy czym w wielu przypadkach są to miejsca zlokalizowane w tych samych miastach (Warszawa, Wrocław, Rzeszów, Łódź, Opole, Olsztyn, Kraków, Tarnów, Koszalin, Gdańsk, Grudziądz, Katowice, Bydgoszcz, Białystok).

Odwołujący zakwestionował realność 14-dniowego terminu dostawy zamawianego sprzętu komputerowego.

Jednak poza wskazaniem, że dostawa sprzętu nastąpić ma do ponad 140 miejsc do wymienionych w załączniku nr 1 do umowy jednostek organizacyjnych zamawiającego oraz dywagacjami prawnymi natury ogólnej odwołujący nie uzasadnił swojego stanowiska.

Nie wykazał na czym miałyby polegać rzekome uprzywilejowanie wykonawców, którzy wcześniej współpracowali z zamawiającym lub w chwili obecnej świadczą na rzecz zamawiającego usługę czy dostawę tożsamą z zamawianą, w szczególności w ogóle nie

wskazał, o jaki rodzaj współpracy / usługi / dostawy chodzi i jaki jest związek tej współpracy / usługi / dostawy z obecnie zamawianą dostawą sprzętu komputerowego.

Za gołosłowne skład orzekający Izby uznał twierdzenia odwołującego zaprezentowane na rozprawie, tj. że sama produkcja komputerów zamawianych w ramach przedmiotowego postępowania będzie trwała około 2 tygodni, natomiast kolejnego tygodnia wymaga dostawa sprzętu do wskazanych miejsc.

Za nieudowodnione skład orzekający Izby uznał również, że przedmiotem tego postępowania są objęte komputery specjalistyczne, wymagające „specjalnego” skonfigurowania (nie na potrzeby biurowe).

Wobec obowiązku uwzględnienia przez skład orzekający Izby, przy ocenie zasadności zarzutu, przepisu art. 6 kodeksu cywilnego i art. 188 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp wskazujących, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, skład orzekający Izby uznał, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że nie jest możliwa dostawa sprzętu komputerowego w ramach tego postępowania we wskazanym 14 – dniowym terminie.

Złożenie przez odwołującego oferty w ramach tego postępowania (część I), w której zadeklarował realizację zamówienia w ciągu 14 dni przeczy stanowisku zawartemu w proteście i odwołaniu.

Zarzuty odnośnie wymogu trwałego oznaczenia płyty głównej logo producenta jednostki centralnej oraz żądania, aby płyta główna była zaprojektowana na zlecenie producenta jednostki centralnej komputera logo nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że wymóg trwałego oznaczenia płyty głównej logo producenta jednostki centralnej jest zbędny i nierealny, zaś w przypadku wymogu, aby płyta główna była zaprojektowana na zlecenie producenta jednostki centralnej komputera odwołujący powołał się na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym Izba orzekła o konieczności wykreślenia wymogu SIWZ, aby płyta główna zaprojektowana była na zlecenie producenta jednostki centralnej komputera (KIO/UZP 1240/08).

Skład orzekający Izby stwierdza, że zgodnie z art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem nie jest możliwe przyjmowanie przez Izbę i uznanie za udowodnione faktów, które były podstawą wydania orzeczenia w innej sprawie, która toczyła się przed innym składem orzekającym Izby. Powołanie się zatem przez odwołującego na orzeczenie KIO/UZP 1240/08 nie może stanowić samoistnej podstawy do oparcia się na argumentacji i dowodach, jakie zostały w tej innej sprawie zaprezentowane przez strony.

Wobec faktu, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił słuszności swoich twierdzeń, skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutów.

Zarzut odnośnie trwałego oznaczenia klawiatury, myszy i monitora logo producenta skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania wobec jego wycofania na rozprawie (w związku z modyfikacją SIWZ przez zamawiającego z dnia 21.07.2009 r.).

Zarzuty odnośnie oświadczenia producenta oferowanego sprzętu o przejęciu zobowiązań związanych z serwisem gwarancyjnym w przypadku, gdy z obowiązków gwarancyjnych nie wywiąże się wykonawca lub wskazany serwisant, odnośnie możliwości telefonicznego sprawdzenia konfiguracji sprzętowej komputera oraz warunków gwarancji u producenta po podaniu numeru seryjnego oraz odnośnie dostępu do najnowszych sterowników i uaktualnień na stronie producenta, poprzez podanie na dedykowanej stronie internetowej producenta numeru seryjnego lub modelu komputera nie zasługują na uwzględnienie.

Jedynym argumentem, jaki odwołujący podniósł w uzasadnieniu powyższych zarzutów było stwierdzenie, że producent sprzętu nie jest stroną w przedmiotowym postępowaniu oraz odwołanie się do definicji legalnej wykonawcy, zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

Powyższy argument nie daje, w ocenie składu orzekającego Izby, podstaw do uwzględnienia zarzutu, ponieważ co do zasady Izba nie wyklucza możliwości żądania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczeń / dokumentów pochodzących od osób i podmiotów trzecich, a nie wyłącznie od wykonawcy.

Wobec obowiązku uwzględnienia przez skład orzekający Izby, przy ocenie zasadności zarzutów, przepisu art. 6 kodeksu cywilnego i art. 188 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp wskazujących, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, skład orzekający Izby uznał, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał słuszności swoich twierdzeń.

Zarzut odnośnie złącza DisplayPort nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zakwestionował postawiony przez zamawiającego wymóg odnośnie portów, tj. co do wbudowania złącza DisplayPort (pkt 9 w Formularzu ofertowym dla części I i II zamówienia).

Argumentem przemawiającym za niedopuszczalnością takiego wymogu zamawiającego, jest w ocenie odwołującego to, że powszechnym i popularnym standardem

karty graficznej jest złącze DVI, natomiast złącze DisplayPort jest rzadko spotykane i występuje w ofercie niektórych producentów międzynarodowych oraz, że opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wskazuje na firmę Dell.

Na rozprawie odwołujący podniósł, że złącze analogowe łączące komputer z monitorem (wymóg zamawiającego: złącze 15 stykowe D-Sub) uniemożliwi zamawiającemu skorzystanie ze złącza DisplayPort.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że złącza DisplayPort nie będzie wykorzystywał do łączenia jednostki centralnej z monitorem, ale że będzie je wykorzystywał do podłączania projektorów na salach szkoleniowych i konferencyjnych, co zapewni mu to, że projektor umieszczony na stałe pod sufitem będzie mógł odbierać sygnały na odległość 15 m bez zniekształceń i zakłóceń, czego nie zapewniłoby złącze DVI, które umożliwia przesyłanie sygnałów na krótsze odległości (3 m). Wskazał także, że zamierza wykorzystywać złącze DisplayPort do odbioru telewizji cyfrowej (większa przepustowość kanałów i głębia kolorów).

W ocenie składu orzekającego Izby, wskazany przez zamawiającego na rozprawie sposób wykorzystania żądanego rozwiązania w wystarczający sposób uzasadnia potrzebę postawienie wymogu złącza DisplayPorty skoro tylko to złącze jest w stanie sprostać potrzebie zamawiającego na oczekiwanym poziomie jakościowym, przy czym skład orzekający Izby nie doszukał się w argumentacji odwołującego potwierdzenia, czy choćby uprawdopodobnienia, że jedynie firma Dell oferuje to złącze. Zamawiający nie ma obowiązku dostosowywania opisu przedmiotu zamówienia do oczekiwań wykonawców, natomiast jest uprawniony do określenia wymagań, jakich oczekuje względem zamawianych produktów, odpowiadających jego potrzebom. Sam fakt, iż wykonawca nie jest w stanie zaproponować produktu spełniającego wymagania zamawiającego nie jest okolicznością potwierdzającą, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy.

Skład orzekający Izby za przeciwny twierdzeniom odwołującego uznał fakt, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone oferty oparte, jak stwierdził sam odwołujący na rozprawie, na sprzęcie – obok firmy Dell, także na sprzęcie Fujitsu Siemens oraz PCF.

Zarzuty odnośnie wymiarów obudowy oraz systemu wentylacji skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania wobec ich wycofania na rozprawie (w związku z modyfikacją SIWZ przez zamawiającego z dnia 21.07.2009 r.).

Zarzut odnośnie systemu diagnostycznego nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący poprzestał w tym zakresie na głośnym twierdzeniu, że postanowienie SIWZ dotyczące systemu diagnostycznego wskazuje na firmę Dell oraz, że podobne rozwiązania diagnostyczne spotkać można w produktach innych firm międzynarodowych, ale

pełna funkcjonalność wymagana przez zamawiającego wraz z pozostałymi wymaganiami jest właściwa jedynie dla komputerów tej firmy. Powołał się także na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym Izba orzekła o konieczności wykreślenia wymogu SIWZ odnośnie wizualnego systemu diagnostycznego (KIO/UZP 1240/08).

Zamawiający z kolei powołał się na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym Izba orzekła o dopuszczalności żądania wyposażenia sprzętu komputerowego w wizualny system diagnostyczny (KIO/UZP 799/08).

Skład orzekający Izby stwierdza, że zgodnie z art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem nie jest możliwe przyjmowanie przez Izbę i uznanie za udowodnione faktów, które były podstawą wydania orzeczenia w innej sprawie, która toczyła się przed innym składem orzekającym Izby. Powołanie się zatem przez odwołującego na orzeczenie KIO/UZP 1240/08 nie może stanowić samostnej podstawy do oparcia się na argumentacji i dowodach, jakie zostały w tej innej sprawie zaprezentowane.

Wobec faktu, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił słuszności swoich twierdzeń, skład orzekający Izby nie uwzględnił tego zarzutu.

Skład orzekający Izby za przeciwny twierdzeniom odwołującego uznał fakt, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone oferty oparte, jak stwierdził sam odwołujący na rozprawie, na sprzęcie – obok firmy Dell, także na sprzęcie Fujitsu Siemens oraz PCF.

Skład orzekający przyjął, na podstawie wyjaśnień zamawiającego, iż wskazana funkcjonalność, oczekiwana przez zamawiającego uzasadniona jest potrzebami zamawiającego, tj. skróceniem czasu potrzebnego do usunięcia awarii sprzętu.

#### Zarzut odnośnie funkcji BIOS-u,

Odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że funkcja BIOS-u opisana jako możliwość zmiany trybu pracy dysku twardego: na pracę zapewniającą największą wydajność, na pracę zmniejszającą poziom hałasu generowanego przez dysk twardy jest cechą unikalną, wskazującą na producenta międzynarodowego, która uniemożliwia złożenia oferty polskim producentom komputerów oraz powołał się na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym Izba orzekła o konieczności wykreślenia wymogu SIWZ odnośnie BIOS-u (KIO/UZP 1240/08).

Skład orzekający Izby stwierdza, że zgodnie z art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem nie jest możliwe przyjmowanie przez Izbę i uznanie za udowodnione faktów, które były podstawą wydania orzeczenia w innej sprawie, która toczyła się przed innym składem orzekającym Izby. Powołanie się zatem przez odwołującego na orzeczenie KIO/UZP 1240/08 nie może

stanowić samoistnej podstawy do oparcia się na argumentacji i dowodach, jakie zostały w tej innej sprawie zaprezentowane.

Wobec faktu, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił słuszności swoich twierdzeń, skład orzekający Izby nie uwzględnił tego zarzutu.

Skład orzekający Izby za przeciwny twierdzeniom odwołującego uznał fakt, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone oferty oparte, jak stwierdził sam odwołujący na rozprawie, na sprzęcie – obok firmy Dell, także na sprzęcie Fujitsu Siemens oraz PCF.

Zarzut odnośnie procesora o wskazanej częstotliwości taktowania nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący poprzestał na gołosłownym twierdzeniu, że taki wymóg jest nieprawidłowy, ponieważ zamawiający, opisując wymagany procesor powinien oprzeć się na jego wydajności, która w istocie jest najważniejsza.

Wobec faktu, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił słuszności swojego twierdzenia, skład orzekający Izby nie uwzględnił tego zarzutu. Wskazany powyżej sposób sformułowania zarzutu (użyto sformułowania: „wymóg jest nieprawidłowy”) wskazuje nadto, że to nie sam wymóg stanowi dla odwołującego przeszkodę w złożeniu oferty, ale że zastrzeżenie odwołującego dotyczą jedynie sposobu jego wyrażenia.

Zarzut odnośnie możliwości wyłączania portów USB nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący powołał się jedynie na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym Izba orzekła o konieczności wykreślenia wymogu SIWZ odnośnie możliwości wyłączania portów USB (KIO/UZP 1240/08).

Skład orzekający Izby stwierdza, że zgodnie z art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem nie jest możliwe przyjmowanie przez Izbę i uznanie za udowodnione faktów, które były podstawą wydania orzeczenia w innej sprawie, która toczyła się przed innym składem orzekającym Izby. Powołanie się zatem przez odwołującego na orzeczenie KIO/UZP 1240/08 nie może stanowić samoistnej podstawy do oparcia się na argumentacji i dowodach, jakie zostały w tej innej sprawie zaprezentowane.

Wobec faktu, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił słuszności swojego twierdzenia, skład orzekający Izby nie uwzględnił tego zarzutu.

Zarzut odnośnie zamówień uzupełniających potwierdził się.

Zamawiający potwierdził na rozprawie, że nie zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o planowanych zamówieniach uzupełniających oraz nie zmieniał treści ogłoszenia w tym zakresie.

Skład orzekający Izby ustalił, że w Rozdziale XVIII zamawiający zastrzegł możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodzić się należy z odwołującym co do tego, że zgodnie z art. 41 pkt 15 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający winien zawrzeć informację o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, jeżeli przewiduje udzielenie takich zamówień

Jednak fakt pominięcia takiej informacji w treści ogłoszenia nie zamyka zamawiającemu drogi do zgodnego z prawem udzielenia zamówienia uzupełniającego, ponieważ zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przesłanką wystarczającą do zastosowania zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamówień uzupełniających jest przewidzenie takiej możliwości w treści SIWZ. Brak jest w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp warunku, aby informacja ta musiała być zawarta również w treści ogłoszenia.

Uznać zatem należy, że w przedmiotowym przetargu nieograniczonym, pomimo uchybienia zamawiającego, polegającego na braku w treści ogłoszenia o zamówienia informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, zamawiający będzie mógł skorzystać, przy zaistnieniu pozostałych przesłanych wskazanych w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z możliwości udzielenia zamówień uzupełniających.

Ponadto wskazane uchybienie w żaden sposób nie narusza interesu prawnego odwołującego w uzyskaniu zamówienia, bowiem pozostaje bez wpływu na możliwość złożenia ważnej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut odnośnie efektywności energetycznej skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania wobec jego wycofania na rozprawie (w związku z modyfikacją SIWZ przez zamawiającego z dnia 21.07.2009 r.).

Zarzut odnośnie certyfikatów ISO nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w proteście i odwołaniu argumentował, że: „Wskazanie w siwz wymogu posiadania certyfikatu ISO 9001:2000 dla producenta sprzętu, nie oznacza, że norma będzie odnosiła się do produkcji komputerów. W takiej formie zapis ten jest niedopuszczalny i nieuzasadniony, ponieważ nie oznacza, że zamawiający otrzyma urządzenia od producenta, który ma wdrożony system ISO w produkcji urządzeń, z zapisu wynika bowiem,

że spełnieniem warunku może być posiadanie certyfikatu ISO dla producenta np. na obsługę interesantów”.

Z powyższego wynika, że odwołujący nie tyle kwestionuje sam fakt żądania certyfikatów ISO, lecz brak precyzji postanowienia SIWZ w tym zakresie.

Wobec faktu, że odwołujący, jak oświadczył na rozprawie, posiada zarówno certyfikat ISO z serii 9001, jak i 14001 i załączył je do złożonej przez siebie oferty w części I zamówienia, skład orzekający Izby uznał, że kwestionowany przez odwołującego wymóg nie stanowił dla niego przeszkody w złożeniu oferty, co oznacza, że odwołujący nie legitymował i nie legitymuje się w tym zakresie interesem prawnym.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 – 3, 22 ust. 2, 26 ust. 1 oraz 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 41 pkt 15 ustawy Pzp, jednak nie uznał, aby pominięcie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o możliwości udzielenie zamówień uzupełniających miało lub może mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, wobec czego nie uwzględnił odwołania z tego powodu (art. 191 ust. 1a ustawy Pzp) z przyczyn wskazanych w części orzeczenia dotyczącego tego zarzutu.

Skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, stwierdzając dodatkowo, że sposób rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego jest weryfikowany przez Izbę w wydawanym orzeczeniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....