

**Sygn. akt: KIO 851/13**

**Sygn. akt: KIO 854/13**

**WYROK**

**z dnia 2 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 12 kwietnia 2013 r. przez:

- A. Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Nieporęcie (sygn. akt KIO 851/13);
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Outcom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 854/13)

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Klembów

**orzeka:**

**1. Oddala oba odwołania;**

- 2. Kosztami postępowania obciąża Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Nieporęcie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Outcom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Nieporęcie tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Outcom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie - Warszawa - Praga**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 851/13**

**Sygn. akt: KIO 854/13**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Klembów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Zakup 300 zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem, instalacja ich u użytkowników oraz podłączenie do sieci internetowej, przeprowadzenie szkoleń z obsługi komputera i korzystania z Internetu”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 12 lutego 2013 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lutego 2013 r. pod numerem 2012/S 033-052372.

### **Odwołanie o sygn. akt KIO 851/13**

Computex Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Nieporęcie (zwany dalej: „*Odwołującym Comutex*”) w dniu 12 kwietnia 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy P.P.H.U. PIOMAR SP.J. S..... M....., S..... E..... oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Odwołujący Computex zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez P.H.U. PIOMAR SP.J. S..... M....., S..... E....., mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący Computex wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny złożonych ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę PIOMAR na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,
4. nakazanie Zmawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Computex kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożoną podczas rozprawy fakturą.

Odwołujący Computex uzasadniając swoje stanowisko w odwołaniu, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący Computex zaznaczył, że w załączniku nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia, w tabeli nr 1, w lp. 3 - wydajność obliczeniowa wymagał aby maksymalny pobór mocy zaoferowanego procesora wynosił nie więcej niż 65W. Wykonawca PIOMAR jak wynika z wypełnionego załącznika nr 1 dołączonego do oferty, jak również z przedstawionych raportów testów Sysmark i Passmark zaoferował procesor Intel Core i5-3570. Procesor ten według jego producenta - firmy Intel charakteryzuje się maksymalnym poborem mocy wynoszącym 77W, a więc przekraczającym wymagane w SIWZ 65W. Potwierdzenie tego faktu możemy znaleźć na stronie firmy Intel, przedstawiającej parametry zaoferowanego przez wykonawcę PIOMAR procesora. Ponadto Zamawiający w załączniku nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia, w tabeli nr 1, w lp. 10 system operacyjny wymagał możliwości dokonywania darmowych aktualizacji w ramach wersji systemu operacyjnego przez Internet (niezbędne aktualizacje, poprawki, biuletyny bezpieczeństwa muszą być dostarczane bez dodatkowych opłat) - wymagane podanie nazwy strony serwera www. firma PIOMAR jak wynika z wypełnionego załącznika nr 1 dołączonego do oferty nie podała nazwy strony serwera www., co nie pozwala jednoznacznie potwierdzić spełnienia tego wymogu.

### **Odwołanie o sygn. akt KIO 854/13**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Intaris Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Outcom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej: „Odwołującym Intaris”) w dniu 12 kwietnia 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy P.P.H.U. PIOMAR SP.J. S..... M....., S..... E..... oraz zaniechania

odrzućenia oferty ww. wykonawcy, jak również na zaniechanie odrzućenia oferty wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K.

Odwołujący Intaris zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez firmę PIOMAR odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez firmę Computex Sp. z o. o. Sp. K. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący Intaris wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze ofert,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny złożonych ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę PIOMAR na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Computex Sp. z o. o. Sp. K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,
5. nakazanie Zmawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Odwołujący Intaris uzasadniając swoje stanowisko w odwołaniu, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący Intaris wskazał, że w załączniku nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia, w tabeli nr 1, w Lp. 3 - wydajność obliczeniowa Zamawiający wymagał aby maksymalny pobór mocy zaoferowanego procesora wynosił nie więcej niż 65W.

Według Odwołującego Intaris wykonawca PIOMAR jak wynika z wypełnionego załącznika nr 1 dołączonego do oferty, jak również z przedstawionych raportów testów Sysmark i Passmark zaoferował procesor Intel Core i5-3570. W ocenie Odwołującego Intaris procesor ten według jego producenta - firmy Intel charakteryzuje się maksymalnym poborem mocy wynoszącym 77 W, a więc przekraczającym wymagane w SIWZ 65W, w załączeniu oświadczenie producenta. Potwierdzenie tego faktu w ocenie Odwołującego Intaris można znaleźć na stronie firmy Intel, przedstawiającej parametry zaoferowanego przez wykonawcę PIOMAR procesora pod adresem <http://ark.intel.com/products/65702/Intel-Core-i5-3570-Processor-6M-Cache-up-to-3> 80-GHz. Ponadto Max. TDP (Thermal Design Power ) – jak

wskazał Odwołujący Intaris - oznacza maksymalną moc jaką procesor pobiera podczas obciążenia za pomocą aplikacji a wartość ta w przypadku oferty wykonawcy PIOMAR wynosi 77W.

Według Odwołującego Intaris Zamawiający wymagał w SIWZ pkt 14.1 załączenia do oferty formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ wraz z wypełnionym załącznikiem nr 1 od umowy - opis przedmiotu zamówienia, zaś w ofercie wykonawcy Computex brakuje wypełnionego załącznika nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia w zakresie (SIWZ str. 36-46), tj. podstawowe oprogramowanie (typ 1 - system operacyjny, typ 2 - oprogramowanie biurowe, typ 3 - oprogramowanie antywirusowe licencja ważna na 5 lat) oraz opisu szkolenia i tym samym nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto wskazano, że Zamawiający pismem z dnia 28 marca 2013 r. wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę Computex do złożenia załącznika nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia w brakującym w ofercie zakresie (SIWZ str. 36-46). W wyznaczonym terminie, tj. 3 kwietnia 2013 r. wykonawca Computex uzupełnił błędnie wypełniony załącznik nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia, nie dołączając brakujących stron wyżej wymienionym zakresie. W związku z powyższym – w ocenie Odwołującego Intaris - brak wymaganego zapisami SIWZ dokumentu powinien skutkować odrzuceniem oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

W dniu 3 kwietnia 2013 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy P.P.H.U. PIOMAR SP.J. S..... M....., S..... E.....

Powyższa czynność Zamawiającego stała się przedmiotem odwołań, wniesionych przez wykonawców: Computex Sp. z o.o. Sp. K. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intaris Sp. z o.o. z Warszawy oraz Outcom Sp. z o.o. z Warszawy.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców - P.P.H.U. PIOMAR SP.J. S..... M....., S..... E..... oraz Computex Sp. z o.o. Sp. K. - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 15 kwietnia 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania w dniu 17 kwietnia 2013 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- P.P.H.U. PIOMAR SP.J. S..... M....., S..... E..... zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 851/13 oraz KIO 854/13 po stronie Zamawiającego;
- Intaris Sp. z o.o. z Warszawy zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 851/13 po stronie Odwołującego.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienia wykonawcy: P.P.H.U. PIOMAR SP.J. S..... M....., S..... E..... (zwanego dalej „Przystępującym Piomar”) – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 851/13 i 854/13 - są skuteczne, gdyż wykonawca zgłosił przystąpienia w dniu 17 kwietnia 2013 r. (data wpływu pism do Prezesa Izby), tj. w 2- dniu od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 15 kwietnia 2013 r.

Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy: Intaris Sp. z o.o. z Warszawy z uwagi na brak interesu w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba przypomina, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje, winien być związany z sytuacją zgłaszającego przystąpienie w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś rozstrzygnięcie na

korzyść strony do której wykonawca przystępuje wpływać na pozycję tegoż wykonawcy w postępowaniu.

Izba ustaliła, iż w niniejszym postępowaniu ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie tj. Intaris Sp. z o.o. z Warszawy oraz Outcom Sp. z o.o. z Warszawy. Następnie ustalono, iż zgłoszenie przystąpienia zostało wniesione przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. Intaris Sp. z o.o. W treści zgłoszenia przystąpienia jako stronę przystępującą wskazano Intaris Sp. z o.o. Zgłaszający przystąpienie nie wskazał, na czym polega jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego skoro wykonawca Intaris Sp. z o.o. nie złożył oferty w niniejszym postępowaniu (a wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. z Warszawy oraz Outcom Sp. z o.o. z Warszawy). Zatem – wobec tak ustalonego stanu faktycznego - Izba nie potwierdziła również skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy Intaris Sp. z o.o. z Warszawy z uwagi na brak interesu w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 851/13.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *„Zakup 300 zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem, instalacja ich u użytkowników oraz podłączenie do sieci internetowej, przeprowadzenie szkoleń z obsługi komputera i korzystania z Internetu”*.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi, następujące postanowienia:

Pkt 14 „Zawartość oferty”, ppkt 14.1: Oferta złożona w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia musi zawierać następujące dokumenty i oświadczenia: t.j. m. in. formularz oferty sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ wraz z wypełnionym załącznikiem nr 1 do umowy;

Załącznik nr 1 do umowy – opis przedmiotu zamówienia; Tabela nr 1, l.p. 3 – nazwa komponentu – „Wydajność obliczeniowa” – procesor klasy x86, zaprojektowany do pracy w komputerach stacjonarnych. Maksymalny pobór mocy procesora nie więcej niż 65 W. Komputer osiąga w teście wydajności SysMark2012 Rating wynik 170 pkt. Potwierdzeniem spełnienia tego wymogu będzie załączone przez wykonawcę, do oferty oświadczenie, że procesor w oferowanej konfiguracji komputera osiągnął wymagany wynik oraz wydruk z przeprowadzonych testów; w kolumnie: parametry techniczne oferowanego zestawu komputerowego – wypełnia wykonawca.



Załącznik nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia; Tabela nr 1, l.p. 10 – System operacyjny, tiret 3 - Darmowe aktualizacje w ramach wersji systemu operacyjnego przez Internet (niezbędne aktualizacje, poprawki, biuletyny bezpieczeństwa muszą być dostarczane bez dodatkowych opłat) – wymagane podanie nazwy strony serwera www.

W niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. P.P.H. U PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... z Brzegu z ceną: 1.291.512,00 zł;
2. Computex Sp. z o.o. Sp. K. z ceną 1.352.385,00 zł;
3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. z Warszawy oraz Outcom Sp. z o.o. z Warszawy z ceną 1.479.690,00 zł.

Zamawiający w dniu 3 kwietnia 2013 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.P.H. U PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... z Brzegu.

Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2013 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powiadomił wykonawców, że dokona ponownej oceny złożonych ofert.

Zamawiający – wobec wniesionych odwołań - wezwał poszczególnych wykonawców – Computex Sp. z o.o. Sp. K., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. oraz Outcom Sp. z o.o. a także P.P.H.U. PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... - do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów. Na rozprawie wskazał, że wobec postawionych zarzutów – w jego ocenie nie pozostawiając powyższe bez wyjaśnień – postanowił wyjaśnić zarzuty obu odwołań zwracając się do wykonawców o wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Wykonawcy w dniach: 18 oraz 22 kwietnia 2013 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożyli wyjaśnienia składając również stosowne dokumenty.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba dopuściła jako dowód w sprawie następujące dokumenty:

1. Oświadczenie firmy Intel z dnia 11 kwietnia 2013 r.,
2. Oświadczenie firmy Intel z dnia 16 kwietnia 2013 r.,
3. Oświadczenie HP Polska Sp. z o.o. z dnia 16 kwietnia 2013 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, oba odwołania podlegają oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy P.P.H.U PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienia wymagania Zamawiającego dotyczącego maksymalnego poboru mocy zaoferowanego procesora, który nie mógł wynosić więcej niż 65 W. Powyższy zarzut podnosili obaj odwołujący (Computex Sp. z o.o. Sp. K., oraz wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o. oraz Outcom Sp. z o.o.) w odwołaniach o sygn. akt KIO 851/13 oraz KIO 854/13.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższy zarzut nie zasługuje na uznanie.

Izba badając niniejszy zarzut wzięła pod rozwagę następujące okoliczności:

Po pierwsze należy przypomnieć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Jednak nie każda niezgodność skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a jedynie ta, która dotyczy materialnej sfery oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie (wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 297/11).

Po drugie odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy, gdyż – zgodnie z przyjętą regułą - przesłankę do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco, a Zamawiający nie może – odrzucając ofertę – opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim – w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty – spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z

których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy obaj Odwołujący twierdzili, że maksymalny pobór mocy zaoferowanego - przez wykonawcę P.P.H.U PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... - procesora wynosił więcej niż 65W, t.j. 77 W. Obaj wykonawcy (Computex Sp. z o.o. Sp. K. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Intaris Sp. z o.o.) powoływali się na informacje zawarte na stronach internetowych oraz oświadczenie producenta Intel z dnia 11 kwietnia 2013 r.

Na wstępie Izba wzięła pod rozwagę, że wykonawca P.P.H.U PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... w treści oferty – załącznik nr 1 – w kolumnie – parametry techniczne oferowanego zestawu komputerowego – oświadczył, że maksymalny pobór mocy procesora nie więcej niż 65 W – tak jak wymagał tego Zamawiający. Jak słusznie Zamawiający zauważył, iż wymagał jedynie oświadczenia w przedmiocie maksymalnego poboru mocy, nie wymagał zaś złożenia w tym zakresie dodatkowych dokumentów, potwierdzających tę okoliczność. Zatem niewywiązanie się przez wykonawcę z zobowiązania zawartego w treści oferty skutkować może innymi konsekwencjami – na etapie realizacji niniejszego zamówienia - w postaci np. zapłaty kar umownych czy też innymi sankcjami przewidzianymi w przepisach prawa. Czym innym jest etap badania i oceny ofert, którego to Zamawiający dokonuje w oparciu o wymagane oświadczenia czy też dokumenty, a czym innym jest etap realizacji zamówienia.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wobec postawionych – w odwołaniach zarzutów, wobec oferty wykonawcy P.P.H.U PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... P.P.H.U PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... postanowił „uznać niniejsze odwołania” i unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonać ponownej oceny ofert, jednocześnie występując do poszczególnych wykonawców o wyjaśnienia w spornym zakresie.

Izba zauważyła, że niniejszego „uznania zarzutów” Zamawiającego - w postaci unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 3 kwietnia 2013 r. - nie można utożsamiać jako procesowego uwzględnienia odwołania zdefiniowanego w art. 186 ustawy Pzp, a Izba orzekając zobowiązana jest w świetle przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wziąć za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a więc stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Zatem koniecznym jest uwzględnienie również czynności Zamawiającego po wniesionych odwołaniach a przed zamknięciem rozprawy, t.j.

czynności z dnia 15 kwietnia 2013 r. w postaci unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Odnosząc się do zarzutu oświadczenia co do maksymalnego poboru mocy zaoferowanego - przez wykonawcę P.P.H.U PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... - procesora I3ba w tym przedmiocie wzięta pod rozwagę wyjaśnienia tegoż wykonawcy.

Wykonawca wyjaśnił, że podana w ww. dokumencie wartość 77W w rzeczywistości nie stanowi maksymalnego poboru mocy procesora Intel i5-3570, lecz określa jego TPD (ang. Thermal Design Power - TDP), zaś TDP nie może być utożsamiane z maksymalnym poborem mocy przez procesor (sprzęt). TDP w procesorach Intel to maksymalna wydolność tego podzespołu w zakresie wartości ciepła, jaką musi być w stanie odprowadzić układ chłodzący -procesor. Wartość ta – jak wskazał wykonawca P.P.H.U PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... - jest abstrakcyjna, gdyż nie przekłada się na faktyczną wydolność obliczeniową procesora, tj. maksymalny pobór mocy procesora. O maksymalnym poborze mocy można mówić bowiem jedynie wtedy, gdy ten podzespół stanowi część składową komputera, odpowiednio skonfigurowanego przez producenta. Wówczas parametry innych podzespołów, założenia producenta względem sprzętu itp. determinują maksymalny pobór mocy procesora. Teoretycznie może się zdarzyć, że dany producent dobierze podzespoły i ustawienia w taki sposób, aby maksymalny pobór mocy równy był TDP. W praktyce jednak producenci obniżają i to znacznie maksymalny pobór mocy. Innymi słowy wysokość maksymalnego poboru mocy procesora w konkretnym modelu komputera zależy od technologii zastosowanej w komputerze. Na potwierdzenie powyższego wykonawca załączył oświadczenie firmy Hewlett-Packard z dnia 16 kwietnia 2013 r., w którym to oświadczeniu producent oferowanego przez wykonawcę komputera potwierdził, iż we wszystkich produkowanych komputerach sygnowanych logiem HP, w których został użyty procesor Intel i5-3570, maksymalny poziom poboru mocy nie przekracza 65W.

Powyższe rozróżnienie pojęć potwierdzały postanowienia SIWZ, t.j. załącznik nr 1 – opis przedmiotu zamówienia - Tabela nr 1, l.p. 3 – nazwa komponentu – „Wydajność obliczeniowa” – procesor klasy x86, zaprojektowany do pracy w komputerach stacjonarnych. Maksymalny pobór mocy procesora nie więcej niż 65 W. Komputer osiąga w teście wydajności SysMark2012 Rating wynik 170 pkt. Potwierdzeniem spełnienia tego wymogu będzie załączone przez wykonawcę, do oferty oświadczenie, że procesor w oferowanej konfiguracji komputera osiągnął wymagany wynik oraz wydruk z przeprowadzonych testów;

w kolumnie: parametry techniczne oferowanego zestawu komputerowego – wypełnia wykonawca.

Jak wskazał Zamawiający intencją jego było żądanie podania funkcjonalności - maksymalnego poboru mocy procesora w oferowanej konfiguracji komputera – odnoszącej się do opisanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia - nie zaś abstrakcyjnej, hipotetycznej wartości.

Nie ulega również wątpliwości, na co zwrócił uwagę Przystępujący Piomar, że w swojej ofercie zobowiązał się dostarczyć komputery stacjonarne HP COMPAQELITE 8300MT, jednocześnie – w odpowiedzi na zarzuty Odwoływających – w dniu 18 kwietnia 2013 r. złożył Zamawiającemu oraz na rozprawie przed Izba stosowne wyjaśnienia wraz z oświadczeniem producenta HP Polska Sp. z o.o., iż *„we wszystkich produkowanych komputerach sygnowanych logiem HP, w których użyty został procesor Intel® Core™ i5-3570 maksymalny poziom poboru mocy nie przekracza 65W”*. Jednocześnie odnosząc się do informacji ze stron internetowych, na które powołali się Odwoływający, Przystępujący Piomar wskazał, że z przytaczanej w odwołaniach strony internetowej wynika, również że *„maksymalne TDP systemu jest oparte na najgorszym z możliwych scenariuszu. Rzeczywiste TDP może być niższe, jeżeli nie wszystkie wejścia/wyjścia chipsetów są używane. Podane tu informacje mogą ulec zmianie w dowolnym czasie i bez powiadomienia. Firma Intel może w każdej chwili i bez powiadomienia dokonać zmian w cyklu życia produktu, specyfikacjach i opisach produktów. Informacje są dostarczane „jako takie” i firma Intel nie składa żadnych oświadczeń ani nie udziela żadnych gwarancji w zakresie dokładności danych czy funkcji produktu, dostępności funkcjonalności, czy zgodności wymienionych produktów. Więcej informacji na temat powyższych produktów, lub systemów można uzyskać u ich dostawcy”*. Zatem przywołana strona internetowa – jej treść, nie może być wiarygodnym dowodem potwierdzającym zarzuty obu odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na względzie powyższe okoliczności i złożone dowody uznała, że wykonawca P.P.H.U PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... w swojej ofercie wyraźnie oświadczył, że maksymalny pobór mocy zaoferowanego procesora, nie przekracza 65 W, a złożone dowody potwierdzają niniejszą okoliczność, wobec powyższego należało uznać, iż zarzut ten nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Odnosząc się do zarzutu nie podania nazwy strony serwera www., w ocenie Izby powyższy zarzut również nie potwierdził się w niniejszym stanie faktycznym. Izba wzięła pod rozważenie wyjaśnienia złożone przez Przystępującego Piomar, wskazującego, że *„nie jest i nie*

*było możliwe podanie w ofercie nazwy strony serwera WWW, na którym dostępne są darmowe aktualizacje w ramach wersji systemu operacyjnego przez Internet. W związku z powyższym oferowane oprogramowanie systemowe (Windows w odpowiedniej wersji) spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, w tym m.in. darmowe aktualizacje w ramach wersji systemu operacyjnego przez Internet (niezbędne aktualizacje, poprawki, biuletyny bezpieczeństwa muszą być dostarczane bez dodatkowych opłat). Wykonawca nie wskazał strony internetowej serwera z darmowymi aktualizacjami, gdyż omawianą funkcjonalność program Windows spełnia poprzez stosowne ustawienia systemu operacyjnego, a nie poprzez wejście na odnośną stronę internetową, a następnie ściąganie tych elementów przez użytkownika. Ponadto stan taki istniał również w dniu składania ofert. Zamawiający nie oznaczał żądanego systemu operacyjnego poprzez wskazanie nazwy systemu, lecz poprzez wskazanie wymaganych parametrów i funkcjonalności. Zgodnie z informacją zawartą na stronie 70 oferty, Wykonawca zaoferował system operacyjny Windows 8 Pro (64 bit) downgrade to Windows 7 pro 64 bit. Wykonawcy mogli zaoferować inny system operacyjny spełniający żądania Zamawiającego, np. Linux. System operacyjny Windows zapewnia dostęp do niezbędnych aktualizacji i poprawek w prostszy sposób niż inne systemy operacyjne. Omawianą funkcjonalność spełnia Windows Update, która pozwala na automatyczne lub manualne ściąganie aktualizacji, poprawek itp. Zatem, to nie przez stronę internetową użytkownik ma dostęp do tych elementów, lecz przez system operacyjny. Innymi słowy, użytkownik w ramach instalowania systemu operacyjnego ustawia, czy chce ściągać wszystkie aktualizacje w sposób automatyczny (sam system operacyjny je pobiera jak tylko pojawią się na rynku) czy też chce ściągać tylko wybrane elementy. Zarówno w opcji automatycznej jak i manualnej, użytkownik musi mieć dostęp do Internetu, lecz w celu ściągnięcia wymaganych elementów nie wchodzi na stronę internetową z aktualizacjami, lecz w odpowiednią funkcję systemu operacyjnego, tj. Windows Update. W przypadku systemu operacyjnego Windows nie ma możliwości pobrania żądanych elementów przez stronę internetową. Choć bowiem na stronach internetowych Microsoft jest również dostępna strona o adresie <http://www.update.microsoft.com>, to jednak strona ta odsyła do omawianej funkcjonalności Windows Update”.*

Nie ulega również wątpliwości - że nie można również w sposób mechaniczny dokonywać oceny złożonych ofert, a zgodność treści oferty z treścią SIWZ nie musi wyłącznie polegać na dosłownym powtórzeniu brzmienia zapisów SIWZ lub jej elementów w złożonych ofertach – i tylko w kategoriach czysto formalnych być oceniana – tak jak tego wymagają Odwołujący w niniejszym postępowaniu, twierdząc, że wykonawca nie podał nazwy strony serwera www. – jak chciał tego Zamawiający. Istotnym jest, to aby sens wyrażen składających się na treść oferty odpowiadał wymaganiom Zamawiającego i

spełnione zostały parametry i wymagania opisane przez Zamawiającego. Zatem istotnym było stwierdzenie Przystępującego Piomar, że wykonawca nie oferuje w ramach przedmiotowego zamówienia „nazwy strony serwera WWW”, lecz oferuje Zamawiającemu dostęp do aktualizacji, poprawek, biuletynów bezpieczeństwa, bez ponoszenia dodatkowych opłat – co zostało Zamawiającemu zapewnione oświadczeniem złożonym w ofercie: załącznik nr 1 – opis przedmiotu zamówienia, tabela nr 1 – Lp. 10 „System operacyjny” – tiret 3 – *„Darmowe aktualizacje w ramach wersji systemu operacyjnego przez Internet (niezbędne aktualizacje, poprawki, biuletyny bezpieczeństwa muszą być dostarczane bez dodatkowych opłat)”*, zaś wskazane przez niego strony: <http://technet.microsoft.com/pl-pl/security/bulletin>, oraz [www.microsoft.pl](http://www.microsoft.pl) w wyjaśnieniach z dnia 18 kwietnia 2013 r. zostały podane wyłącznie z ostrożności wobec wezwania Zamawiającego.

Należy pamiętać, że formalizm postępowania nie może wykraczać poza cel, któremu służy, a który sprowadza się do gwarantowania realizacji wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, i w konsekwencji zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zatem niezasadnym byłoby uznanie, że oferta Przystępującego Piomar nie spełnia wymagań Zamawiającego i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – gdy pod względem funkcjonalnym – spełnia ona wymagania Zamawiającego i osiągnięty zostanie cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w niniejszym stanie faktycznym.

Wobec powyższego zarzut niezgodności treści oferty Przystępującego Piomar z SIWZ – wskazany w obu odwołaniach – nie potwierdził się zatem odwołanie o sygn. akt KIO 851/13 podlega oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. z SIWZ, jak wynika z wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w dniu 22 kwietnia 2013 r. potwierdzony został przez tego wykonawcę fakt niezłożenia opisu przedmiotu zamówienia od strony od 36 do strony 46, zatem zarzut ten potwierdził się jednak Izba – jak wskazano powyżej - orzekając zobowiązana jest w świetle przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wziąć za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a więc stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy, co oznacza, że koniecznym było uwzględnienie również czynności Zamawiającego po wniesionych odwołaniach a przed zamknięciem

rozprawy, t.j. czynności z dnia 15 kwietnia 2013 r. w postaci unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponownego badania i oceny złożonych ofert, zatem na moment orzekania stan naruszenia przepisów ustawy Pzp nie istniał, nie istniała wadliwa czynność Zamawiającego, a dodatkowo Izba wzięła również pod rozważenie, że wobec niepotwierdzenia się zarzutów względem oferty wykonawcy P.P.H.U PIOMAR Sp. J. S..... M....., S..... E..... (zajmującego pierwsze miejsce w rankingu złożonych ofert pod względem zaoferowanej ceny), nawet potwierdzenie się zarzutów wobec oferty wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp. K. nie będzie miało wpływu na wynik niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp należało odwołanie o sygn. akt KIO 854/13 oddalić.

Odnosząc się do ogólnie sformułowanego zarzutu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Computex Sp. z o.o. Sp. K. Izba wskazuje, że za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzut należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie określonych okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Należy pamiętać, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Zatem należało uznać, że samo stwierdzenie, iż *„wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu”* nie tworzy zarzutu a Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację uznała, iż nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Należy również pamiętać, że zgodnie z art.190 ust. 6 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

W ocenie Izby zgłoszona przez Przystępującego Piomar - w zdaniu końcowym – opinia z dnia 18 kwietnia 2013 r. w sprawie *maksymalnego poboru mocy procesorów* została



powołana wyłącznie dla zwłoki niniejszego postępowania odwoławczego, gdyż istotne okoliczności sprawy zostały wykazane innymi dowodami a opinia prywatna z dnia 18 kwietnia 2013 r.– co potwierdził Przystępujący Piomar – została złożona na potwierdzenie jego argumentacji przedstawionej na rozprawie. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła przeprowadzenia wnioskowanej opinii, gdyż w ocenie Izby wnioskowany dokument został powołany wyłącznie celem przedłużenia niniejszego postępowania odwoławczego, zatem wobec treści art. 190 ust. 6 ustawy Pzp wnioskowany dowód należało oddalić (analogicznie wyrok SN z dnia 13 lutego 1997 r., sygn. akt I PKN 71/96, wyrok SN z dnia 7 marca 2001 r., sygn. akt I PKN 185/00).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:**

.....