

**WYROK**  
**z dnia 23 sierpnia 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2017 roku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **KONCEPT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – **ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz Odwołującego **KONCEPT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 597,75 zł (słownie: osiemnastu tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych 75/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Gdańsku**

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

7 sierpnia 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą Pzp” – odwołanie złożył wykonawca „KONCEPT” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Dostawa sprzętu komputerowego stanowiącego wyposażenie stanowisk pracy” prowadzi Zamawiający: ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S 028-050388.

Odwołanie wniesiono wobec czynności badania i oceny oferty dokonanej przez Zamawiającego, zarzucając naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „SUNTAR”);
2. art. 38 ust. 4b ustawy Pzp poprzez zmianę postanowień SIWZ w zakresie portów wymaganych dla stacji dokującej po terminie składania ofert i na tej podstawie przyjęcie, jako zgodnej z treścią SIWZ oferty firmy SUNTAR;
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i przeprowadzenie na tej podstawie negocjacji dotyczących treści oferty SUNTAR;
4. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy SUNTAR pomimo podania przez niego w ofercie nieprawdziwych informacji w zakresie parametrów oferowanego sprzętu.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) odrzucenia oferty SUNTAR oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania;
- 3) uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w złożeniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SUNTAR oraz wykluczenia z postępowania tego wykonawcy wprost skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, którego oferta sklasyfikowana została na drugiej pozycji za ofertą SUNTAR.

Odwołanie wniesiono z zachowaniem przewidzianego w ustawie Pzp terminu, gdyż informację o podstawie do jego wniesienia tj. informację o wyniku oceny ofert Odwołujący powziął w dniu 27.07.2017 r. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie

Zamawiającemu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało więc braków formalnych.

Z informacji o wynikach postępowania wynika, że za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez wykonawcę SUNTAR, a oferta Odwołującego sklasyfikowana została na drugiej pozycji.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz zaniechał wykluczenia go z postępowania, czym naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp, a w konsekwencji zaniechał uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

W treści załącznika nr 1 do formularza oferty, stanowiącego równocześnie załącznik nr 1 do umowy (dalej: „specyfikacja techniczna”) Zamawiający określił wymaganą konfigurację i parametry techniczne sprzętu będącego przedmiotem zamówienia.

W pkt 7 (poz. akcesoria) ppkt 4 specyfikacji technicznej Zamawiający w następujący sposób określił wymagania dla sprzętu „stacja dokująca”:

- *„Stacja dokująca o parametrach - minimum 4x USB w tym 2x USB 3.0, 1 x złącze LAN RJ45, 1 x DSUB, 1 x DVI lub 1xHDMI, 1 x Display Port, złącze słuchawek i złącze mikrofonu (dopuszcza się złącze combo z rozgałęźnikiem w zestawie), złącze typu Kensington Lock. Zamawiający nie dopuszcza możliwości uzyskania tych portów za pomocą przejściówek. Trwale sygnowane logo producenta komputera.”*

Z powyższego wynika, iż Zamawiający wymagał, aby stacja dokująca posiadała m.in. następujące porty: 1 x DVI lub 1xHDMI,

Stosownie do wzoru specyfikacji technicznej Zamawiający wymagał od wykonawców, aby w odniesieniu do każdego wymagania wskazali oni w ofercie producenta, model i dane techniczne oferowanego sprzętu. Zamawiający podkreślał konieczność opisanie parametrów i warunków dostawy w sposób jednoznaczny, z zastrzeżeniem, iż niespełnienie przez oferowany sprzęt, któregośkolwiek z nich skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Jak wynika z oferty złożonej przez SUNTAR wykonawca ten zaoferował stację dokującą HP UltraSlim Docking Station D9Y32AA, której parametry zostały opisane w złożonej przez niego ofercie (specyfikacja techniczna) w następujący sposób:

- *„Stacja dokująca o parametrach - minimum 4x USB 3.0, 1 z złącze LAN RJ45, 1 x DSUB, 2 x DisplayPort, złącze słuchawek i złącze mikrofonu, złącze typu Kensington Lock. Trwale sygnowane logo producenta komputera. Dołączone kable: DisplayPort- DisplayPort-HDMI, DSUB-DSUB - Dozwalające na podłączenie w dowolnej konfiguracji oferowanych monitorów HP EliteDisplay. Rozwiązanie równoważne zgodne z wymogami Zamawiającego i zapewniające funkcjonalność zgodną z odpowiedziami na pytania”.*

Porównanie wymagań Zamawiającego w zakresie stacji dokującej z ofertą SUNTAR wskazuje, że nie odpowiada ona treści SIWZ. Oferowany model stacji dokującej, jak wynika wprost z treści specyfikacji technicznej złożonej przez SUNTAR nie posiada bowiem portu HDMI lub DV1 (Zamawiający wymagał 1 portu DVI lub 1 portu HDMI). Przypomnieć należy, iż na treść SIWZ składało się określenie wymagań w zakresie sporządzenia oferty, w tym sposobu wypełnienia specyfikacji technicznej. Sama treść specyfikacji technicznej firmy SUNTAR stanowi podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący dodatkowo zaznaczył, iż z dostępnych na rynku dokumentów technicznych dotyczących oferowanego modelu stacji dokującej wynika, że nie posiada ona ani portu HDMI ani DVI. Brak jest choćby wzmianki w dokumentacji technicznej w/w modelu stacji dokującej na temat tego rodzaju portów. Z kolei, zaoferowanie przez tego wykonawcę, jak wynika z treści jego oferty, rozwiązania równoważnego w postaci dołączenia kabli DisplayPort-DisplayPort-HDMI, DSUB-DSUB, nie tylko, że nie było dopuszczalne, ale również wprost zostało wykluczone przez Zamawiającego („Zamawiający nie dopuszcza możliwości uzyskania tych portów za pomocą przejściówek. Trwale sygnowane logo producenta komputera” – tak SIWZ).

Wybór oferty SUNTAR dokonany został, zdaniem Odwołującego, z rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który nakazuje odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest w okolicznościach faktycznych i prawnych niedopuszczalne. Zaniechanie odrzucenia oferty SUNTAR pomimo jednoznacznego zaoferowania stacji dokującej nieposiadającej portu HDMI lub DVI budzi zasadnicze zastrzeżenia. Ponadto, Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego jak i prawnego, które pozwoliłoby na ustalenie, jakimi względami kierował się on przy podejmowaniu decyzji o przyjęciu oferty firmy SUNTAR.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 18 maja 2017 r. (zawiadomienie o pierwotnym wyniku postępowania) oferta SUNTAR została przez Zamawiającego odrzucona m.in. z powodu zaoferowania stacji dokującej nieposiadającej portu HDMI lub DVI. Czynność ta została zaskarżona przez SUNTAR (odwołanie z dnia 20.05.2017 r.), jednakże odwołanie zostało cofnięte. Okoliczność cofnięcia odwołania przez SUNTAR kwestionującego odrzucenie oferty z ww. przyczyn stanowi potwierdzenie przez samego wykonawcę zasadności decyzji Zamawiającego tj. potwierdzenie, że zaoferowana przez niego stacja dokująca nie posiada portu HDMI lub DVI. Wykonawca ten w żadnym punkcie odwołania nie wskazywał, że wbrew ustaleniom Zamawiającego oferowany przez niego model stacji dokującej faktycznie posiada port HDMI lub DVI, jak również nie wyjaśnił, na

jakiej podstawie Zamawiający miałby przyjąć zgodność oferty z treścią SIWZ, skoro w treści samej oferty brak jest jakiejkolwiek informacji o zaoferowaniu portu HDMI lub DVI, a zaoferowanie przejściówki zamiast tych portów było wprost zakazane. Cofnięcie odwołania skutkowało utratą przez SUNTAR statusu wykonawcy i pozbawieniem go interesu w uzyskaniu zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, że wydany w dniu 13.06.2017 r. wyrok KIO (sygn. akt KIO 1088/17), z odwołania wniesionego przez Odwołującego na czynność odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania mógł odnieść skutek prawny wyłącznie w odniesieniu do jego oferty. Żaden z uwzględnionych zarzutów odwołania choćby w pośredni sposób nie dotyczył sytuacji, jaka odnosiła się do oferty SUNTAR związanej z zaoferowaniem przejściówek w miejsce brakującego portu HDMI lub DVI. W tych okolicznościach tym bardziej trudno zrozumieć, na jakiej podstawie Zamawiający przywrócił ofertę SUNTAR.

Znamienne jest, że Zamawiający przyjął ofertę SUNTAR nie dokonując w niej żadnych zmian. Z aktualnej treści tej oferty nadal wynika brak zaoferowania 1 portu HDMI lub DVI. Wskazane jest jedynie zastępcze zaoferowanie przejściówek. Okoliczność ta prowadzi do wniosku, że Zamawiający dokonał zmiany wymagań SIWZ po terminie składania ofert, co świadczy o naruszeniu art. 38 ust. 4b ustawy Pzp.

W treści pisma z dnia 10.07.2017 r. skierowanego do SUNTAR w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, iż stwierdza brak zaoferowania portu HDMI lub DVI („[...] Zamawiający powziął wątpliwości co do jej zgodności z treścią SIWZ z powodu braku wymaganego portu HDMI lub DVI”).

Mając na uwadze z kolei treść wyjaśnień udzielonych przez SUNTAR (pismo z dnia 17.07.2017 r.) należy stwierdzić, iż nie mogły one stanowić podstawy do przyjęcia zgodności treści oferty z treścią SIWZ i wycofania się przez Zamawiającego ze wskazanej w piśmie skierowanym do wykonawcy SUNTAR negatywnej oceny jego oferty. SUNTAR wskazał w nich m.in. . Stwierdzenie to sugeruje, że w celu zapewnienia wymaganego portu wykonawca zamierza dokonać modyfikacji oferowanego produktu poprzez dedykowaną konfigurację. Tymczasem wymóg Zamawiającego był jednoznaczny, wymagał on co najmniej 1 portu HDMI lub DVI, bez możliwości oferowania przejściówek oraz jakichkolwiek modyfikacji. Kolejne stwierdzenie SUNTAR również budzi istotne zastrzeżenia: „[...] *brakujący port zostanie zapewniony poprzez odpowiednią konfigurację zaoferowanej stacji dokującej wraz z dodatkowym portem wbudowanym HDMI*”. Stwierdzenie to potwierdza, iż oferowany model stacji dokującej nie posiada wymaganego portu, jednakże na użytek przedmiotowego postępowania zostanie odpowiednio, w znany wyłącznie wykonawcy sposób, skonfigurowany.

Załączone do wyjaśnień SUNTAR oświadczenie HP Inc Polska sp. z o.o. nie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji HP Inc Polska sp. z o.o., a przez jednego z wielu sprzedawców produktów HP. Niezależnie od tej okoliczności zauważyć należy, iż w oświadczeniu tym mowa jest o posiadaniu przez sprzęt skonfigurowanego, dodatkowego, wbudowanego portu video, gdzie samo to określenie nie jest jednoznaczne w świetle wymagań SIWZ. Ponadto, wskazana w ww. oświadczeniu okoliczność istnienia na rynku wersji stacji dokującej z 2017, która: „posiada możliwość skonfigurowania dodatkowego portu HDMI” i która jak wynikałoby z tego oświadczenia została zaoferowana przez SUNTAR budzi uzasadnione zastrzeżenia.

Odwołujący ponownie zaznaczył, że stosownie do wymagań SIWZ warunkiem przyjęcia oferty było jednoznaczne potwierdzenie przez wykonawcę parametrów technicznych w treści specyfikacji technicznej. Tymczasem, Zamawiający dokonał wyboru oferty firmy SUNTAR, której treść, niezależnie od faktycznej konfiguracji oferowanego modelu stacji dokującej, nie daje podstaw do przyjęcia, że spełniony został wymóg dotyczący 1 portu HDMI lub DVI. Okoliczność ta stanowi potwierdzenie, że Zamawiający zmienił wymagania SIWZ i przyjął ofertę, której treść nie potwierdza spełnienia wymagań SIWZ. Działanie takie stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Gdyby Odwołujący miał wiedzę przed złożeniem oferty, iż Zamawiający nie będzie egzekwował wymagań w zakresie portu HDMI lub DVI, to złożyłby tańszą ofertę. Zastosowanie portu HDMI wiąże się z większymi kosztami po stronie producenta sprzętu, co potwierdza, że doszło do naruszenia uczciwej konkurencji.

Niezależnie od okoliczności, jak wynika z udostępnionych Odwołującemu dokumentów z postępowania oferta SUNTAR nie została poprawiona w przedmiotowym zakresie, z ostrożności należy wskazać, iż jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Byłaby to zmiana istotna, jak również prowadziłyby ona do zmiany wymagań SIWZ.

Odwołujący wskazał też, że w pkt 6 specyfikacji technicznej dotyczącym sprzętu: Laptop 1 Menadżerski, w ppkt 1 Zamawiający określił wymagane parametry w zakresie procesora. Zamawiający wymagał m.in. pamięci cache co najmniej 4MB.

Jak wynika z oferty firmy SUNTAR wykonawca ten zaoferował dla ww. sprzętu procesor Intel Core i5-7300U. Zgodnie z powszechnie dostępną specyfikacją techniczną tego procesora, posiada on pamięć cache 3MB. Okoliczność ta oznacza, że zaoferowany przez SUNTAR sprzęt nie spełnia wymagań SIWZ, co w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Z uwagi na istotność

niezgodności niedopuszczalne byłoby ponadto poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, należy zarzucić firmie SUNTAR podanie w treści oferty nieprawdziwej informacji co do pamięci oferowanego procesora. Wbrew bowiem faktycznej specyfikacji oferowanego modelu procesora wykonawca określił w ofercie jego pamięć na 4MB. Okoliczność ta stanowi samodzielną podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W sprawie mamy do czynienia co najmniej z lekkomyślnością lub niedbalstwem SUNTAR przy przedstawianiu przez niego kluczowych informacji dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Podanie tych informacji miało wpływ na wynik postępowania, skoro na podstawie tych informacji oferta SUNTAR została uznana za najkorzystniejszą.

Podsumowując, zdaniem Odwołującego złożenie odwołania jest konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosil jak na wstępie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenie oferty Przystępującego i uznanie jej za najkorzystniejszą, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.



W dniu 11 sierpnia 2017 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2017 roku, do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosił wykonawca **SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie**, dalej jako „Przystępujący”. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Na rozprawie Odwołujący wycofał zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 polegający na zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania pomimo podania przez niego nieprawdziwych informacji w zakresie parametrów oferowanego laptopa co do jego wydajności.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w przypadku parametrów stacji dokującej zaznaczył, że analizując ofertę Przystępującego powziął wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ z powodu brakującego portu HDMI lub DVI i dlatego wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień zwracając uwagę, że nie dopuszczono uzyskania określonych wymagań przez zastosowanie przejściówek. Udzielając odpowiedzi Przystępujący podał, że zaoferował rozwiązanie spełniające wymagania SIWZ, zgodnie z informacją otrzymaną od producenta, zaoferowana stacja dokująca w najnowszej wersji pozwala na jej skonfigurowanie dodatkowym portem HDMI. Dodatkowo Przystępujący złożył oświadczenie w imieniu HP Inc Polska Sp. z o.o.

Przystępujący złożył stanowisko pisemne, w którym zawarł szeroką argumentację, jego zdaniem przemawiającą za oddaleniem odwołania.

Izba ustaliła, że:

Zgodnie z zapisami SIWZ w ramach oświadczeń i dokumentów żądanych do złożenia wraz z ofertą, w celu potwierdzenia, że przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą karty katalogowe oferowanego sprzętu i akcesoriów.

W pozostałym zakresie prawidłowo w odwołaniu i innych pismach procesowych przytoczono fragmenty istotne z punktu widzenia sporu między Stronami postępowania odwoławczego SIWZ, istotne także z punktu widzenia oceny wykonawcy w postępowaniu oraz badania i oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego.

Według odpowiedzi na pytania Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku stacji dokującej dla laptopów:

**Pytanie nr 53:**

Czy zamawiający zaakceptuje stację dokującą posiadającą złącze HDMI zamiast DVI? Ułatwi to jednoczesne połączenie stacji dokującej z oferowanym monitorem?

**Odpowiedź:**

**Tak. Zamawiający zmienia treść Załącznika nr 1 do SIWZ/umowy - Specyfikacja techniczna w zakresie wymagań dotyczących AKCESORII pkt 4, który otrzymuje brzmienie:**

**Stacja dokująca o parametrach- minimum 4x USB w tym 2x USB 3.0, 1 x złącze LAN RJ45, 1 x DSUB, 1 x DVI lub 1xHDMI, 1 x DisplayPort, złącze słuchawek i złącze mikrofonu, złącze typu Kensington Lock. Zamawiający nie dopuszcza możliwości uzyskania tych portów za pomocą przejściówek. Trwale sygnowane logo producenta komputera.**

**Zamawiający zwraca uwagę, by każdy monitor wyposażony był w okablowanie umożliwiające podłączenie do komputera/laptopa bądź stacji dokującej za pomocą łącza cyfrowego.**

**Pytanie nr 54:**

Czy zamawiający zaakceptuje stację dokującą posiadającą następujące złącza audio: 1 złącze combo oraz 1 złącze line out?

**Odpowiedź:**

**Tak. Zamawiający zmienia treść Załącznika nr 1 do SIWZ/umowy - Specyfikacja techniczna w zakresie wymagań dotyczących AKCESORII pkt4, który otrzymuje brzmienie:**

**Stacja dokująca o parametrach- minimum 4x USB w tym 2x USB 3.0, 1 x złącze LAN RJ45, 1 x DSUB, 1 x DVI lub 1xHDMI, 1 x DisplayPort, złącze słuchawek i złącze mikrofonu (dopuszcza się złącze combo z rozgałęźnikiem w zestawie) , złącze typu Kensington Lock. Zamawiający nie dopuszcza możliwości uzyskania tych portów za pomocą przejściówek. Trwale sygnowane logo producenta komputera.**

**Pytanie nr 59:**

Czy zamawiający zaakceptuje stację dokującą posiadającą drugie złącze DisplayPort zamiast DVI oraz jednocześnie dokona modyfikacji SIWZ w tym punkcie w następujący sposób: "Stacja dokująca o parametrach- minimum 4x USB w tym 2x USB 3.0, 1 x złącze

LAN RJ45, 1 x DSUB, 1 x DVI lub 1xHDMI lub 1x Display Port, 1 x DisplayPort, złącze słuchawek i złącze mikrofonu, złącze typu Kensington Lock. Zamawiający nie dopuszcza możliwości uzyskania tych portów za pomocą przejściówek. Trwale sygnowane logo producenta komputera."?

Pragniemy zaznaczyć, że obecny opis przedmiotu zamówienia ogranicza możliwość oferowania produktów z najnowszych linii produktowych światowej klasy producentów, poprzez wymaganie starszych złącz nie stosowanych obecnie. Powoduje to znaczne ograniczenie konkurencji oraz działa na niekorzyść Zamawiającego. Powyższe nie jest również i nie może być uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

**Odpowiedź:**

**Zamawiający nie akceptuje zmiany. Słowo „minimum” odnosi się do wszystkich portów i zwiększenie portu o kolejny port DisplayPort jest jak najbardziej dopuszczalne. Treść opisująca stację dokującą została zmieniona i jest opisana w odpowiedzi na pytanie nr 53.**

Pierwotnie oferta Przystępującego została odrzucona właśnie z powodu braku portu HDMI lub DVI w stacji dokującej. W dniu 11 czerwca 2017 roku w postępowaniu zapadł wyrok KIO (sygn. akt KIO 1088/17), gdzie Izba uwzględniła odwołanie obecnego Odwołującego i nakazała poprawienie jego oferty. Zamawiający dokonał powtórzenia procesu badania i oceny ofert w stosunku do wszystkich zainteresowanych wykonawców.

W dniu 17 lipca 2017 roku Przystępujący na wezwanie złożył wyjaśnienia, gdzie stwierdził, że zaoferowana dla pozycji Akcesoria ppkt. 4 stacja dokująca spełnia wymagania SIWZ, zgodnie z informacją otrzymaną od producenta stacja w najnowszej wersji pozwala na jej skonfigurowanie z dodatkowym portem HDMI i posiada parametry: HP UltraSlim Docking Station D9Y32AA Stacja dokująca o parametrach 4x USB 3.0.; 1 x złącze LAN RJ45; 1 x DSUB, 2x DisplayPort, 1x HDMI, złącze słuchawek i złącze mikrofonu, złącze typu Kensington Lock. Trwale sygnowane logo producenta komputera. Dołączone kable: DisplayPort-DisplayPort, DisplayPort-HDMI, DSUB-DSUB – pozwalające na podłączenie w dowolnej konfiguracji oferowanych monitorów HP EliteDisplay. Brakujący port zostanie zapewniony przez odpowiednią konfigurację stacji dokującej wraz z dodatkowym portem wbudowanym HDMI. Potwierdzać to miało załączone do wyjaśnień oświadczenie producenta.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, uznając za taką ofertę Przystępującego. Z taką oceną nie zgadza się Odwołujący.

Na podstawie poczynionych ustaleń Izba zważyła, iż odwołanie w zakresie podtrzymanych przez Odwołującego zarzutów zasługiwało na uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Konieczność odrzucenia takiej oferty zachodzi także w przypadku, kiedy niemożliwe staje się zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż tak rozumiana niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zaistniała w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego i dotyczyła oferty Przystępującego w zakresie parametrów oferowanej stacji dokującej.

Bez wątpienia w ofercie Przystępującego w załączniku nr 1 do oferty wykonawca nie zaznaczył, że stacja o oferowanym symbolu posiada wymagany zapisami SIWZ port HDMI lub DVI. W tabeli wpisano, iż wykonawca oferuje rozwiązanie równoważne, bez wskazania na czym owa równoważność polega. Także karta katalogowa będąca częścią oferty, mająca potwierdzać parametry oferowanego urządzenia nie wskazywała, że posiada ono wymagane porty. Karta katalogowa była dokumentem odnoszącym się do oferowanego modelu, potwierdzała inne parametry urządzenia, jego symbol i oznaczenie. Wersja karty datowana była na listopad 2016 roku. Tożsama karta złożona została przez Odwołującego na rozprawie, a dowodów, że dokument ten nie można uznać za nieaktualny Strony przeciwne nie przedstawiły.

Dopiero więc w wyniku złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w procesie ponownego badania i oceny ofert wskazał on, że zaoferowana stacja w najnowszej wersji pozwala na jej skonfigurowanie z dodatkowym portem HDMI. Potwierdzać to miało oświadczenie złożone przez pracownika HP Inc Polska SP. z o.o., które odnosiło się do wersji urządzenia z 2017 roku. Przy czym nie podano, z jakiego miejsca oferty miałyby wynikać informacja, że właśnie taką wersję urządzenia zaproponowano w ofercie. W złożonym zaś na rozprawie piśmie procesowym Przystępujący tłumaczył się, że w ofercie doszło do oczywistej omyłki niewskazania wymaganego portu i oferowane urządzenie spełnia wymogi SIWZ. To pokazuje, że Przystępujący co najmniej kilkakrotnie zmieniał swoją argumentację mającą potwierdzać prawidłowość złożonej oferty.

Choć Zamawiający takie wyjaśnienia przyjął za wystarczające, to w ocenie Izby doszło w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do niedozwolonej zmiany treści oferty Przystępującego, a Zamawiający niezadanie przyjął wyjaśnienia strony Przystępującej jako prawidłowe. Dostrzeżenia wymaga, iż złożone z ofertą dokumenty przedmiotowe, w tym karta katalogowa potwierdzały posiadanie przez oferowane urządzenie określonych parametrów, wśród których nie było portów HDMI lub DVI. Karta, jak już zaznaczono, dotyczyła urządzenia wymienionego w tabeli załącznika nr 1 do oferty. Inne dokumenty stanowisko Przystępującego potwierdzające, nie zostały złożone do oferty. Dopiero przy składaniu wyjaśnień Przystępujący zaznaczył, iż stacja w nowszej wersji pozwala na jej skonfigurowanie z dodatkowym portem HDMI i spełnia parametry SIWZ. Z oferty nie wynika, że Przystępujący zaoferował stację w nowszej wersji (z 2017 roku). W ofercie odnoszono się do rozwiązania równoważnego. Nowszej wersji urządzenia nie sposób uznać za rozwiązanie równoważne. Jeżeli istnieje nowsza wersja urządzenia niż wskazane w ofercie, to w ocenie Izby, Przystępujący takiego urządzenia nie zaproponował, a przez złożenie wyjaśnień i oświadczenia ze strony producenta próbował ratować poprawność swojej oferty. Jednocześnie takie zachowanie doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty. Za istotne bowiem należy uznać zaproponowanie zupełnie innego urządzenia. Trudno także dać wiarę stanowisku Przystępującego, że producent oferując nowe urządzenie, o odmiennych i jednocześnie dodatkowych parametrach, nie zadbał o zmianę dokumentów przedmiotowych takiego produktu. Wprowadzenie w urządzeniu dodatkowego portu jest w ocenie składu Izby zmianą na tyle istotną, iż każdy producent sprzętu komputerowego, tym bardziej podmiot prowadzący globalną działalność w zakresie sprzedaży produktów komputerowych, w pierwszej kolejności zadbałby o zaktualizowanie istotnych dla produktu kart katalogowych.

Poza tym, czego na rozprawie ani w stanowisku pisemnym Przystępujący w żaden sposób nie wyjaśnił, w wyjaśnieniach mowa była o konfiguracji urządzenia w nowszej wersji.

Wydaje się, iż żadna konfiguracja urządzenia nie jest potrzebna, jeżeli w urządzeniu producent dokłada jeden dodatkowy port. Użycie takiego urządzenia odbywa się przez jego połączenie odpowiednim kablem z innym urządzeniem. Żadna więc dodatkowa konfiguracja nie jest potrzebna.

Powyższe potwierdza w ocenie Izby tezę, że wykonawca zaoferował rozwiązanie równoważne, bez określenia sposobu równoważności, następnie zaś odnosił się do innego urządzenia i sposobu jego wykorzystania. Z tych właśnie powodów Izba uznała, że doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty. Przedstawione na rozprawie przez Przystępującego zdjęcie nowszego modelu stacji, z którego wynikało, że wyposażona ona jest w port HDMI nie można uznać za wiarygodny dowód. Przede wszystkim ze zdjęcia nie wynika, że przedstawia ono oferowany model. Dopisek z nazwą stacji i jej numerem katalogowym pochodzi od samego Przystępującego. Równie dobrze może to być zdjęcie zupełnie innego modelu stacji dokującej, także innego producenta, ponieważ logo HP jest bardzo niewyraźne. Także samo oznaczenie poszczególnych portów na zdjęciu i ich rozmieszczenie budzi poważne wątpliwości Izby. Słusznie zaś zauważył na rozprawie Odwołujący, że najprostszym dowodem do przeprowadzenia, potwierdzającym stanowisko Przystępującego byłoby okazanie modelu oferowanej stacji składowi orzekającemu, jak uczynił to Odwołujący. Z zaprezentowanego modelu stacji dokującej o oznaczeniach zgodnych z ofertą Przystępującego wynikało, że produkt ten nie posiada wymaganych portów HDMI lub DVI.

W ocenie Izby nie było możliwe zastosowanie art. 87 ustawy Pzp i uznanie tłumaczeń Przystępującego za oczywistą omyłkę, a także zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czyli poprawienie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Z przepisu wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby miała istotnego charakteru. Izba podziela stanowisko wyrażone w orzeczeniu KIO 1088/17, że *„o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie.”* W toku powtórnego badania i oceny ofert doszło, zdaniem składu orzekającego Izby, do zmiany pierwotnej treści oferty w stopniu istotnym. Zdaniem Izby Przystępujący w wyjaśnieniach odnosił się albo do zupełnie innego urządzenia albo do innego sposobu wykorzystania oferowanego urządzenia niż opisany w ofercie.

Z tych powodów Izba uznała, że Zamawiający w postępowaniu zaniechał zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec oferty Przystępującego i uwzględniając odwołanie nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego jako niezgodnej w swej treści z treścią SIWZ.

Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4b ustawy Pzp poprzez zmianę postanowień SIWZ w zakresie portów wymaganych dla stacji dokującej po terminie składania ofert i na tej podstawie przyjęcie, jako zgodnej z treścią SIWZ oferty firmy SUNTAR. Przyjęcie oferty Przystępującego jako prawidłowej było wynikiem oceny treści tej oferty nie zaś zmiany postanowień SIWZ po terminie składania ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 miało istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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 ze zmianami) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:**