

Sygn. akt: KIO 510/12

WYROK
z dnia 30 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2012 r. przez **Datacom System S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski w Warszawie**

przy udziale uczestników postępowania:

- **Techelon sp. z o.o. w Warszawie,**
- **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Alternative Technology sp. z o.o. w Warszawie oraz Unia sp. z o.o. w Warszawie,**
- **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Warszawie oraz NTT System S.A. w Warszawie**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

oraz **Zakładu Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Datacom System S.A. w Warszawie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym:

- przeprowadzenie testów w zakresie parametru dopuszczalnej wagi oraz wytrzymałości baterii notebooka menedżerskiego oferowanego przez Techelon sp. z o.o. w Warszawie, wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Alternative Technology sp. z o.o. w Warszawie i Unia sp. z o.o. w Warszawie, wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Warszawie i NTT System S.A. w Warszawie;

- wezwanie wykonawców Techelon sp. z o.o. w Warszawie, wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Alternative Technology sp. z o.o. w Warszawie i Unia sp. z o.o. w Warszawie, wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. w Warszawie i NTT System S.A. w Warszawie do przedłożenia testu wytrzymałości baterii oferowanego notebooka menedżerskiego przeprowadzonego zgodnie z pkt. 16 załącznika nr 1D do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża Narodowy Bank Polski w Warszawie oraz Techelon sp. z o.o. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Datacom System S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od:

2.2.1. **Narodowego Banku Polskiego w Warszawie** na rzecz **Datacom System S.A. w Warszawie** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.2. **Techelon sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Datacom System S.A. w Warszawie** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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. z 2010 r. Nr 113, 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**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 510/12

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

Narodowy Bank Polski w Warszawie (dalej „zamawiający”) prowadzi - na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” - postępowanie w celu zawarcia umowy na dostawę urządzeń mikrokomputerowych dla jednostek organizacyjnych NBP z usługą instalacji oprogramowania.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2011 r. pod numerem 2011/S 247-401528.

Informacja o wyniku postępowania została przekazana przez zamawiającego Datacom System S.A. w Warszawie 5 marca 2012 r. faksem. Datacom System S.A. w Warszawie (dalej „odwołujący”) wniósł 15 marca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Prezes Izby”) odwołanie (kopia odwołania została przekazana zamawiającemu 15 marca 2012 r. - wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) kwestionując:

- odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako sprzecznej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”);
- zaniechanie wezwania do uzupełnienia testu wytrzymałości baterii przeprowadzonego zgodnie z wymaganiami zamawiającego dla notebooka Lifebook S761vPro oferowanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Alternative Technology sp. z o.o., Unia sp. z o.o. (dalej: „konsorcjum Alternative”), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: WebTradeCenter sp. z o.o., NTT Systems S.A. (dalej: „konsorcjum WTC”), Techelon sp. z o.o. (dalej: „Techelon”);
- zaniechanie przeprowadzenia testu w zakresie parametru dopuszczalnej wagi oraz wytrzymałości baterii oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Alternative, jako sprzecznej z siwz;

- zaniechanie przeprowadzenia testu w zakresie parametru dopuszczalnej wagi oraz wytrzymałości baterii i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum WTC, jako sprzecznej z siwz;
- zaniechanie przeprowadzenia testu w zakresie parametru dopuszczalnej wagi oraz wytrzymałości baterii i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Techelon, jako oferty sprzecznej z siwz.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91a ust. 1, art. 91b ust. 1 ustawy, art. 14 Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 kc, a także innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, wezwanie konsorcjum Alternative, konsorcjum WTC, Techelon do uzupełnienia testu wytrzymałości baterii przeprowadzonego zgodnie z wymaganiami z siwz, przeprowadzenie testu w zakresie parametru wytrzymałości baterii i parametru wagi, a następnie odrzucenie ofert konsorcjum WTC, konsorcjum Alternative, Techelon oraz dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane, iż zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego. Zgodnie z poz. 3 tabeli załącznika 1D - specyfikacja techniczna notebooka menedżerskiego, zamawiający wymagał, aby obudowa notebooka charakteryzowała się podwyższoną sztywnością i wytrzymałością. Dla przykładu wskazał na metalizowany charakter obudowy. Potwierdzenie spełnienia postawionego wymogu następowało poprzez złożenie oświadczenia w załączniku 6D do formularza oferty. Odwołujący w poz. 3 załącznika 6D do formularza oferty potwierdził, iż oferowany przez niego notebook Fujitsu Lifebook P771 posiada obudowę o podwyższonej sztywności i wytrzymałości. Po przeprowadzeniu testów urządzeń zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty z powodu zaoferowania notebooka, którego obudowa nie charakteryzuje się podwyższoną sztywnością i wytrzymałością, powołując się na wyjaśnienia otrzymane od Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. (dalej: „FTS”), Odwołujący zakwestionował sposób postępowania zamawiającego w toku badania jego oferty, w szczególności wskazał, iż badanie zgodności oferowanego notebooka z wymaganiami zamawiającego odbyło się z naruszeniem przepisów ustawy, jak również postanowień siwz.

Odwołujący argumentował, iż zamawiający nie zdefiniował w siwz pojęcia obudowa o podwyższonej wytrzymałości i sztywności, wobec czego pojęciom tym należy nadać znaczenie wynikające z ich potocznego rozumienia. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego termin „podwyższony” oznacza „wyższy niż normalny, bardziej intensywny; wzmożony, powiększony”. Z kolei pojęcie sztywność definiowane jest jako „miara zdolności materiału lub konstrukcji do przeciwstawiania się odkształceniu wskutek działania sił zewnętrznych”, zaś wytrzymałość to „odporność materiału na działanie różnych sił”. Odnosząc powyższe do spornego zapisu siwz należałoby w opinii odwołującego uznać, iż przez obudowę o podwyższonej sztywności i wytrzymałości należy rozumieć obudowę, której odporność (czy to na skutek zastosowanych materiałów, czy też zastosowanej konstrukcji) na działanie sił zewnętrznych jest wyższa niż standardowo występująca w rozwiązaniach technicznych. Należy mieć również na uwadze, iż zamawiający nie wskazał w stosunku do czego (jakiego standardu, modelu, rozwiązania) odnoszone będzie kryterium podwyższenia, tym samym ocena w tym zakresie pozostawiona została wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Podkreślił, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania zawarte w postanowieniach siwz należy tłumaczyć na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, bowiem to zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postanowień siwz, aby były one jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury. Przykładowo powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1551/10) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 374/11), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 362/11), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2107/10), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1985/10), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 48/09).

Odwołujący zaoferował w postępowaniu notebooka Fujitsu Lifebook P771, którego obudowa charakteryzuje się podwyższoną sztywnością i wytrzymałością. Osiągnięte to zostało poprzez zastosowanie w dolnej części obudowy stopu metalu oraz wzmocnienie obudowy matrycy elementami z aluminium. W ocenie odwołującego tak skonstruowana obudowa spełnia wymóg postawiony w siwz przez zamawiającego. Na rynku występuje bowiem wiele modeli notebooków o parametrach zbliżonych do wymaganych przez zamawiającego, których obudowy zostały wykonane z plastiku, bez zastosowania jakichkolwiek elementów usztywniających czy wzmacniających, co wykluczało je z możliwości zaoferowania w niniejszym postępowaniu. Odwołujący mając świadomość występowania takich rozwiązań konstrukcyjnych uznał, iż rozwiązanie przyjęte w oferowanym notebooku plasuje go na wyższej „półce” w zakresie wykonania obudowy.

Zamawiający zobowiązał się dokonać weryfikacji oferowanych urządzeń w oparciu o informacje przedstawione przez wykonawców w ofertach, a dodatkowo zastrzegł możliwość przeprowadzenia testów urządzeń pod kątem sprawdzenia podanych przez wykonawców informacji. Po przeprowadzonych testach, zamawiający zwrócił się do odwołującego z prośbą o wyjaśnienie treści oferty w zakresie oferowanej obudowy notebooka, które zostały złożone przez odwołującego w określonym terminie, i potwierdzone przez autoryzowanego dystrybutora producenta sprzętu. Tymczasem z informacji uzyskanych w dniu 5 marca br. wynika, że zamawiający dokonał oceny ww. parametru w oparciu o dokument sporządzony przez FTS, a więc podmiot zainteresowany udzieleniem zamówienia jednemu z wykonawców, którzy oferują wyłącznie sprzęt informatyczny jego produkcji (konsorcjum Alternative, konsorcjum WTC, Techelon), a przez to podmiot nieobiektywny w swojej ocenie. Dokumenty pochodzące od producenta sprzętu na potwierdzenie spełnienia przez oferowane urządzenia stawianych wymagań nie zostały wskazane przez zamawiającego w siwz, dlatego też nieuprawnionym jest - w ocenie odwołującego - opieranie się na nich w toku badania ofert przez zamawiającego z pominięciem oświadczeń i informacji złożonych w ofercie przez odwołującego. Ponadto niezrozumiałym jest, dlaczego zamawiający dał wiarę informacjom udzielonym przez FTS, a odmówił tego przymiotu oświadczeniu złożonemu przez ABC DATA S.A. będącym autoryzowanym dystrybutorem sprzętu informatycznego marki Fujitsu, który potwierdził, iż oferowany przez odwołującego notebook posiada obudowę o wzmocnionej sztywności i wytrzymałości. FTS nie jest producentem sprzętu, o którym się wypowiada, a z producentem łączy go jedynie podobna firma, pod którą działa. Zróżnicowanie wiarygodności oświadczeń ABC DATA SA oraz FTS, tylko ze względu na firmę, pod którą działa każda ze spółek, jest rażącym naruszeniem prawa. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, iż FTS w swym oświadczeniu wskazuje, iż notebook Lifebook P771 nie posiada obudowy o podwyższonej sztywności i wytrzymałości, bowiem zastosowana w nim obudowa matrycy nie jest magnezowa. Jest to jedyna informacja wynikająca z oświadczenia złożonego przez FTS, który wzmocnienie obudowy identyfikuje wyłącznie z zastosowaniem elementów magnezowych w obudowie matrycy. Tymczasem wykorzystanie, magnezu jako elementu wzmocnienia jest tylko jedną z możliwości podwyższenia wytrzymałości obudowy, przy czym zamawiający nie wskazał, iż wyłącznie taki sposób wzmocnienia jest przez niego dopuszczony jako spełniający postawione wymagania. Z oświadczenia FTS można wywieść, iż notebook Lifebook P771 z procesorem Intel Core 7 posiada obudowę o jeszcze bardziej podwyższonej sztywności i wytrzymałości niż Lifebook P771 z procesorem Intel Core 5, bowiem wzmocnienie magnezem dotyczy obudowy matrycy, jednak odwołujący stwierdził, iż oświadczenie FTS odnosi się wyłącznie do porównania modeli notebooka Lifebook P771 występujących na rynku z różnymi procesorami. W oświadczeniu nie ma informacji w zakresie porównania notebooka Lifebook

P771 z innymi modelami notebooków tego producenta, czy też szerzej z innymi urządzeniami występującymi na rynku. W tym stanie rzeczy ocena spełnienia wymaganego parametru przez oferowany przez odwołującego notebook jest oderwana od postanowień siwz, jak również oświadczeń złożonych przez odwołującego w toku postępowania. Zamawiający nie wykazał, iż zaoferowany przez odwołującego notebook nie spełnia postawionych wymagań, tym samym uznanie oferty za sprzeczną z postanowieniami siwz należy uznać za nieprawidłowe w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Alternative, konsorcjum WBT oraz Techelon odwołujący wskazał, co następuje:

1. Zgodnie z wymogiem zawartym w poz. 16 załącznika 1D do siwz oferowany notebook powinien być wyposażony w standardową baterię pozwalającą na pracę w czasie minimum 45 minut mierzonym oprogramowaniem Bapco MobileMark 2007 (Reader) w wersji 32-bit w środowisku MS Windows 7 Professional 64-bit PL z zainstalowanym Service Pack 1 przy ustawionej opcji zarządzania energią na „maksimum baterii” (lub opcji równoważnej w przypadku własnego oprogramowania zarządzającego poborem mocy dostarczonego przez producenta) oraz standardowym ustawionym przez producenta poziomie jasności ekranu dla pracy baterijnej. Do oferty powinien być załączony wydruk zawartości ekranu (zrzut ekranu) z wynikami testu (rozdz. XIII pkt 2 siwz, str.8). Konsorcjum Alternative na stronach 95-97 oferty złożyło wydruk testu Bapco MobileMark 2007 potwierdzający wytrzymałość baterii przez 639 minuty. Jednak test został przeprowadzony niezgodnie z wymogami zamawiającego wskazanymi w postanowieniach siwz, mianowicie test został przeprowadzony przy ustawieniach notebooka (opcja zarządzania energią) dedykowanych specjalnie dla uzyskania najlepszych wyników w teście Bapco MobileMark („Power Scheme: Name: Mobilemark 2007, Description: Used for banchmark testing with Bapco MobileMark 2007” cytata z oferty konsorcjum Alternative). Tymczasem, zdaniem odwołującego, zgodnie z postanowieniami siwz test należało przeprowadzić przy pomocy:

- oprogramowania MS Windows 7 Professional 64-bit PL z zainstalowanym Service Pack 1 przy ustawionej opcji zarządzania energią na „maksimum baterii”, lub
- opcji równoważnej („Maksimum baterii”) w przypadku własnego oprogramowania zarządzającego poborem mocy dostarczonego przez producenta.

Konsorcjum Alternative przeprowadziło test według schematu zarządzania energią niedopuszczonego przez zamawiającego w siwz, zatem wynik uzyskany w teście należy zdaniem odwołującego uznać za nieprawidłowy. Wykorzystany schemat zarządzania energią

jest instalowany na urządzeniu przez oprogramowanie testujące (nie jest zatem oprogramowaniem własnym producenta urządzenia jak było wymagane) i powoduje wyłączenie niektórych urządzeń (np. kart sieciowych) lub obniża niektóre parametry (np. jasność ekranu) tak, by osiągnąć lepszy wynik w teście. W przypadku notebooka oferowanego przez konsorcjum Alternative test powinien być przeprowadzony np. przy wykorzystaniu oprogramowania własnego producenta urządzenia, tj. Fujitsu Computers EcoSettings. W związku z powyższym zamawiający zobowiązany był wezwać konsorcjum Alternative do uzupełnienia testu przeprowadzonego zgodnie z wymogami siwz w tym zakresie, czego zaniechał naruszając dyspozycję art. 26 ust.3 Pzp.

Niezależnie od powyższego odwołujący podnosił, iż podczas przeprowadzanych testów zamawiający odstąpił od zweryfikowania parametru wytrzymałości baterii powołując się na brak możliwości uruchomienia oprogramowania testującego w środowisku systemowym w języku polskim. Producent oprogramowania rzeczywiście wspiera uruchamianie oprogramowania testującego w środowisku anglojęzycznym, jednakże w swoich materiałach technicznych opisuje możliwość uruchomienia programu w innym języku, m.in. w języku polskim (koniecznym jest zainstalowanie specjalnego patch'a). Tym samym nie istnieje obiektywna przeszkoda uniemożliwiająca przeprowadzenie testu, a zamawiający - będąc autorem postanowień siwz przewidujących przeprowadzenie testów w określonych warunkach systemowych - powinien być przygotowany do ich przeprowadzenia. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie doprowadziło do zakwalifikowania do dalszego udziału w postępowaniu wykonawców, którzy oferują urządzenia nie spełniające wymogów siwz. Tożsame uchybienia zamawiający popełnił w toku badania ofert złożonych przez wykonawców: konsorcjum WTC oraz Techelon. Odwołujący wniósł zatem o nakazanie zamawiającemu wezwania do uzupełnienia testu wytrzymałości baterii dla oferowanych notebooków przez ww. wykonawców, jak również przeprowadzenie testu wytrzymałości baterii przez zamawiającego.

2. Zgodnie z poz. 6 tabeli załącznika 1D - specyfikacja techniczna notebooka menedżerskiego, zamawiający wymagał, by waga oferowanego notebooka wraz z akumulatorem, napędem optycznym, bez zewnętrznych zasilaczy sieciowych, torby, mini stacji dokującej/replikatora portów wynosiła nie więcej niż 1,6 kg. Wykonawca - konsorcjum Alternative w załączniku 6D do formularza oferty wskazał na wagę notebooka wynoszącą 1,6 kg. Z materiałów pochodzących od producenta sprzętu wynika, iż waga notebooka wynosi między 1,6 a 1,8 kg w zależności od przyjętej konfiguracji urządzenia (m.in. zastosowanej baterii). Notebook Fujitsu Lifebook S761vPro dostępny jest w wyposażeniu z baterią 3-calową lub 6-calową. Notebook z baterią 3-calową nie spełni jednak wymogu

wytrzymałości baterii na poziomie 450 minut, z czego wynika, iż oferując taki notebook konsorcjum Alternative zmuszone było zaproponować notebooka z baterią 6-calową. Notebook z taką baterią jest cięższy niż notebook z baterią 3-calową, i przekracza maksymalną dopuszczalną wagę 1,6 kg. Tym samym zaoferowany przez konsorcjum Alternative notebook nie spełnia wymagań zamawiającego co do maksymalnej wagi urządzenia, co powinno skutkować odrzuceniem złożonej przez konsorcjum Alternative oferty.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, iż zamawiający w pkt. 8 załącznika 1 do siwz zastrzegł sobie prawo przeprowadzenia testów zaoferowanych urządzeń. W takim przypadku wykonawcy zobowiązani byli - na wezwanie zamawiającego - do dostarczenia po jednym egzemplarzu urządzenia, przy czym dostarczone egzemplarze miały być fabrycznie nowe, nieużywane oraz w pełni zgodne z ofertą oraz posiadać wszystkie elementy wymienione w specyfikacji technicznej (pkt 9 załącznika nr 1). Zamawiający skorzystał z zastrzeżonego prawa do przeprowadzenia testów i w dniach 13 -15 lutego 2012 r. przeprowadził testy. Jednak w czasie testów zamawiający nie dokonał sprawdzenia wagi oferowanego notebooka Lifebook S761vPro, co pozostaje w sprzeczności z postanowieniami pkt. 8 i 9 załącznika 1 do siwz, bowiem zamawiający nie wskazał, iż weryfikacji w czasie testów poddane zostaną urządzenia wyłącznie w zakresie niektórych z parametrów, wręcz przeciwnie, wskazał, iż testy polegać będą na weryfikacji spełnienia przez oferowane urządzenie wszystkich żądanych parametrów wyspecyfikowanych odpowiednio w załącznikach 1A, 1B, 1C, 1D i 1E do siwz. Tym samym zamawiający zobowiązany był przeprowadzić test urządzenia w zakresie wszystkich wymaganych parametrów, a więc i wagi urządzenia, tym bardziej, że materiały informacyjne producenta sprzętu wskazują na możliwość przekroczenia maksymalnej wagi urządzenia (co ma miejsce w niniejszym przypadku). Zaniechania zamawiającego doprowadziły w tym przypadku do dopuszczenia do dalszego etapu postępowania wykonawców oferujących urządzenia niespełniające postawionych przez siwz wymagań co do parametrów technicznych. Odwołujący zauważył, że zamawiający nie respektując zasad ustalonych w siwz, naruszył obowiązek postępowania zgodnie z warunkami przetargu, do czego jest obowiązany na podstawie art. 14 Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 kc.

Odwołujący wskazał, iż tożsame zaniechania, tj. zaniechanie przeprowadzenia testów oraz zaniechanie odrzucenia oferty zostały popełnione podczas badania ofert złożonych przez konsorcjum WTC oraz Techelon. Zarówno konsorcjum WTC, jak i Techelon oferuje ten sam model notebooka menedżerskiego - Fujitsu Lifebook S761vPro, a w swych ofertach przedstawili wydruk z testu wytrzymałości baterii przeprowadzony przy pomocy schematu

zarządzania energią MobileMark. W związku z powyższym odwołujący podtrzymał zarówno zarzuty, jak i żądania wraz z towarzyszącą im argumentacją przedstawioną powyżej w odniesieniu do oferty złożonej przez konsorcjum Alternative.

Podsumowując odwołujący stwierdził, iż w przypadku uznania zarzutów odwołania w zakresie zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: konsorcjum Alternative, konsorcjum WTC, Techelon, w postępowaniu jedyną prawidłową ofertą pozostanie oferta złożoną przez odwołującego, zatem zamawiający zobowiązany jest do odstąpienia od przeprowadzenia aukcji elektronicznej i dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Zamawiający powiadomił wykonawców dnia 16 marca 2012 r. (a Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. w Krakowie dnia 19 marca 2012 r.) o odwołaniu i wezwał do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazując kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego 22 marca 2012 r. (pismo z 21 marca 2012 r.) zgłosił przystąpienie Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. w Krakowie, natomiast po stronie zamawiającego 19 marca 2012 r. (pismem z tego samego dnia) Techelon oraz konsorcjum Alternative oraz pismem z 16 marca 2012 r. konsorcjum WTC.

Zamawiający 22 marca 2012 r. (pismem 21 marca 2012 r.) odpowiedział na odwołanie uwzględniając zarzuty przedstawione w odwołaniu w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty odwołującego. W toku posiedzenia przystępujący Techelon wniósł sprzeciw od uwzględnienia odwołania w części dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:

Jako istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania należy powołać następujące postanowienia siwz:

- przedmiot zamówienia jest szczegółowo opisany w załączniku 1 do siwz (rozdz. III pkt 1 siwz),
- przedmiotem zamówienia jest m.in. dostawa 30 sztuk notebooka menedżerskiego (pkt 1 załącznika 1 do siwz - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia),

- szczegółową specyfikację techniczną zamawianych urządzeń mikrokomputerowych z wyspecyfikowaniem rodzaju, minimalnych technicznych wymagań i ilości urządzeń dla poszczególnych etapów dostaw, składających się na przedmiot zamówienia przedstawiono m.in. w załączniku 1D do siwz (specyfikacja techniczna notebooka menedżerskiego) (pkt 5b załącznika 1 do siwz - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia),
- zamawiający zastrzega sobie prawo do przeprowadzenia testów zaoferowanych modeli urządzeń, tj. stacji roboczej standardowej, stacji roboczej deweloperskiej, notebooka podstawowego, notebooka menedżerskiego, monitora ekranowego (pkt 8 załącznika 1 do siwz - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia),
- w przypadku przeprowadzania testów, o których mowa w pkt. 8, zamawiający wezwie pisemnie wykonawców do dostarczenia po jednym egzemplarzu każdego z zaoferowanych modeli urządzeń w celu przeprowadzenia testów; dostarczone do testów urządzenia muszą być w pełni zgodne z ofertą i posiadać wszystkie elementy wymienione w specyfikacji technicznej (m.in. załącznik 1D do siwz). Niezgodność z wymaganiami zamawiającego oferowanego modelu urządzenia dyskwalifikuje urządzenie i w takiej sytuacji urządzenie zostanie uznane za niespełniające warunków siwz, a oferta wykonawcy zostanie odrzucona jako niezgodna z zapisami siwz; wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia urządzeń w miejsc i terminie wyznaczonym przez zamawiającego (pkt 9 załącznika 1 do siwz - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia),
- zamawiający przeprowadzi testy wszystkich dostarczonych egzemplarzy urządzeń, tj.: stacji standardowej, stacji roboczej deweloperskiej, notebooka podstawowego, notebooka menedżerskiego i monitora ekranowego; wykonawca oddeleguje maksymalnie dwóch przedstawicieli do udziału w testach w charakterze obserwatora; uczestnicy ze strony wykonawcy będą posiadać upoważnienia wystawione przez wykonawcę i podpisane przez osobę/osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy; w testach mogą uczestniczyć przedstawiciele innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu (pkt 10 załącznika 1 do siwz - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia),
- testy polegają będą na weryfikacji spełniania przez oferowane urządzenie wszystkich żądanych parametrów wyspecyfikowanych odpowiednio w załącznikach 1A, 1B, 1C, 1D, 1E do siwz; jeżeli w trakcie testów zamawiający zaobserwuje nieprawidłowe działanie urządzenia poinformuje pisemnie o tym wykonawcę; o terminie i miejscu przeprowadzenia powtórnych testów naprawionego urządzenia zamawiający poinformuje wykonawcę (pkt 11 załącznika 1 do siwz - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia),
- testy wydajnościowe dostarczonych urządzeń zostaną przeprowadzone przy użyciu oprogramowania Bapco MobileMark 2007 (Reader) w wersji 32 – bit w środowisku MS Windows Professional 64 – bit PL z zainstalowanym Service Pack 1: <http://www.bapco.com/products/mobilemark2007/>; jeżeli w testach wydajnościowych

jakikolwiek parametr osiągnie wartość mniejszą od wymaganej, test w tym zakresie zostanie powtórzony; w takim przypadku przewiduje się maksymalnie dwukrotne powtórzenie testów (pkt 12 załącznika 1 do siwz - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia),

- z czynności testowania urządzenia zostanie sporządzony protokół, którego wzór stanowi załącznik 9 do siwz, przedstawiający zestawienie otrzymanych w testach wartości mierzonych parametrów; protokół zostanie podpisany przez przedstawicieli zamawiającego i obserwatorów ze strony wykonawcy kopię protokołu otrzyma wykonawca; jeżeli w testach nie zostaną spełnione wymagania specyfikacji technicznej zamawiającego oferta taka zostanie uznana za niespełniającą wymagań siwz, a następnie odrzucona (pkt 14 załącznika 1 do siwz - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia),

- po przeprowadzeniu każdego testu dostarczone przez wykonawcę urządzenia zostaną spakowane w oryginalne opakowania, oklejone plombami straży bankowej zamawiającego (numery plomb będą wpisane do właściwego protokołu z testu) i zostaną zdeponowane u zamawiającego do dnia zakończenia postępowania i podpisania umowy z wybranym wykonawcą (pkt 15 załącznika 1 do siwz - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia),

- wymagano, aby obudowę notebooka cechowała podwyższona sztywność i wytrzymałość (np. metalizowana) (pkt 3 załącznika 1D do siwz – specyfikacja techniczna notebooka menedżerskiego),

- wymagana waga notebooka: maksimum 1,6 kg (waga z akumulatorem oraz napędem optycznym, bez zewnętrznych zasilaczy sieciowych, torby do przenoszenia, mini stacji dokującej/replikatora portów) (pkt 6 załącznika 1D do siwz – specyfikacja techniczna notebooka menedżerskiego),

- wymagane zasilanie: standardowa bateria pozwalająca na pracę w czasie minimum 450 minut (7 h 30 min) mierzonym oprogramowaniem Bapco MobileMark 2007 (Reader) w wersji 32 – bit w środowisku MS Windows 7 Professional 64 – bit PL z zainstalowanym Service Pack 1 przy ustawionej opcji zarządzania energią na „Maksimum baterii” (lub opcji równoważnej w przypadku własnego oprogramowania zarządzającego poborem mocy dostarczonego przez producenta) oraz standardowym ustawionym przez producenta poziomie jasności ekranu dla pracy baterijnej. Do oferty należy załączyć wydruk zawartości ekranu (zrzut ekranu) z wynikami testu (pkt 16 załącznika 1D do siwz – specyfikacja techniczna notebooka menedżerskiego),

- do formularza oferty wykonawca załączy 5 (pięć) „Formularzy technicznych oferty” sporządzonych wg wzoru przedstawionego w załącznikach 6A, 6B, 6C, 6D, 6E do formularza oferty, w których zobowiązany jest wypełnić kolumny „Spełnienie cech wymaganych” i „Parametry oferowanego urządzenia”; do formularza technicznego oferty wykonawca jest zobowiązany załączyć wymagane wydruki raportu oprogramowania testującego lub wydruki

zawartości ekranu (zrzuty ekranu) z wynikami testów, o których mowa m.in. w załączniku 1D, pkt. 1,8, 16 (rozdz. XIII pkt 2 siwz),

- w załączniku 6D do formularza oferty po zmianach – formularz techniczny oferty należało podać producenta, typ, model oferowanego notebooka, wskazać w poszczególnych pozycjach czy oferowane urządzenie spełnia wymagania (tak/nie) oraz w pkt. 3 rodzaj obudowy, w pkt. 6 wagę notebooka z akumulatorem i napędem optycznym, a w pkt. 16 czas pracy na baterii mierzony wymaganym oprogramowaniem,

- jeżeli zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu zamawiający, po dokonaniu oceny ofert, dokona wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem jednoetapowej aukcji elektronicznej na zasadach określonych w art. 91a – 91 c ustawy (rozdz. XVII pkt 2 siwz).

W piśmie 12 stycznia 2012 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz. Wskazał, że zamawiający wymaga załączenia do ofert wydruku zawartości ekranu (zrzut ekranu) z wynikami testu przeprowadzonego oprogramowaniem Bapco MobileMark 2007 (Reader) w wersji 32 – bit w środowisku MS Windows 7 Professional 64 – bit PL z zainstalowanym Service Pack 1. Zwrócił uwagę, że powołane oprogramowanie uruchamia się jedynie w systemach operacyjnych w angielskiej wersji językowej, zatem nie jest możliwe uzyskanie wyniku testu przeprowadzonego w systemie operacyjnym w polskiej wersji językowej (PL). Zapytał, czy dopuści przeprowadzenie testu oprogramowania Bapco MobileMark 2007 (Reader) w wersji 32 – bit w środowisku MS Windows 7 Professional 64 – bit EN (angielska wersja językowa) z zainstalowanym Service Pack 1 i uzna załączony wydruk zawartości ekranu (zrzut ekranu) za spełniający wymogi siwz.

Zamawiający pismem z 13 stycznia 2012 r. wyjaśnił, że dopuszcza przeprowadzenie ww. testu w angielskiej wersji językowej i „uzna załączony wydruk zawartości ekranu (zrzut ekranu)”.

Uwzględnwszy powyższe oferty złożyli m.in.:

- odwołujący oferując notebook menedżerski Fujitsu Lifebook P771 Intel Core i5 – 2520M (pkt 8 załącznika 6D do oferty) wskazując – w pkt. 3 załącznika 6D do oferty: „wykonanie”, w odniesieniu do parametru „obudowa o podwyższonej sztywności i wytrzymałości” – „TAK”, obudowa metalizowana (k. 23 oferty odwołującego);

- przystępujący Techelon, konsorcjum WTC oraz konsorcjum Alternative oferując notebook menedżerski Fujitsu, Lifebook S761vPro o wadze 1,6 kg (załączniki 6D pkt 6 do formularza oferty przystępującego Techelon – k. 34 oferty, konsorcjum WTC – k. 74 oferty oraz

konsorcjum Alternative – k. 19 oferty). Do ofert przystępujących – co nie jest sporne - załączono testy Bapco MobileMark 2007 (Reader) w wersji anglojęzycznej w środowisku Microsoft Windows 7 Professional wykonane w schemacie Bapco MobileMark 2007 wraz z adekwatnymi zrzutami z ekranu: konsorcjum WTC (k. 83 – 88 oferty), konsorcjum Alternative (k. 90 - 119 oferty), Techelon (k. 43 – 47 oferty).

Zamawiający przeprowadził procedurę badania i oceny ofert, w tym:

a) wykonał testy notebooków menedżerskich; z protokołów z testów (podpisanych przez przedstawicieli zamawiającego oraz wykonawcy, którego notebooka badano) wynika, co następuje:

- test notebooka Fujitsu Lifebook P771 z procesorem Intel Core i5 – 2520M oferowanego przez odwołującego przeprowadzony 15 lutego 2012 r. – poz. 3 dotycząca parametru obudowy o podwyższonej sztywności i wytrzymałości w uwagach wskazano „do wyjaśnienia”; poz. 6 – dotycząca parametru wagi (1,6 kg) w uwagach stwierdzono „zamawiający przyjmuje wynik wagowy zgodny z załączonym do oferty wykonawcy formularzem specyfikacji technicznej”; poz. 16 – „zasilanie”: 460 minut, zamawiający wskazał, że „w wymaganym do testów środowisku systemowym w wersji PL oprogramowanie Bapco MobileMark 2007 nie działa poprawnie. Zamawiający przyjmuje wynik testu zgodny z załączonym do oferty wykonawcy raportem z testu przeprowadzonym w środowisku w wersji EN, dopuszczonym dla tego testu przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie do siwz”;

- test notebooka Fujitsu Lifebook S761 v Pro oferowanego przez przystępującego Techelon przeprowadzony 14 lutego 2012 r.– poz. 6 dotycząca parametru wagi (1,6 kg) w uwagach stwierdzono „zamawiający przyjmuje wynik wagowy zgodny z załączonym do oferty wykonawcy formularzem specyfikacji technicznej”; poz. 16 – „zasilanie”: 529 minut, zamawiający wskazał, że „w wymaganym do testów środowisku systemowym w wersji PL oprogramowanie Bapco MobileMark 2007 nie działa poprawnie. Zamawiający przyjmuje wynik testu zgodny z załączonym do oferty wykonawcy raportem z testu przeprowadzonym w środowisku w wersji EN, dopuszczonym dla tego testu przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie do siwz”;

- test notebooka Fujitsu Lifebook S761 v Pro oferowanego przez konsorcjum Alternative przeprowadzony 14 lutego 2012 r.– poz. 6 dotycząca parametru wagi (1,6 kg) w uwagach stwierdzono „zamawiający przyjmuje wynik wagowy zgodny z załączonym do oferty wykonawcy formularzem specyfikacji technicznej”; poz. 16 – „zasilanie”: 529 minut, zamawiający wskazał, że „w wymaganym do testów środowisku systemowym w wersji PL

oprogramowanie Bacpc MobileMark 2007 nie działa poprawnie. Zamawiający przyjmuje wynik testu zgodny z załączonym do oferty wykonawcy raportem z testu przeprowadzonym w środowisku w wersji EN, dopuszczonym dla tego testu przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie do siwz”;

- test notebooka Fujitsu Lifebook S761 v Pro oferowanego przez konsorcjum WTC przeprowadzony 14 lutego 2012 r.– poz. 6 dotycząca parametru wagi (1,6 kg) w uwagach stwierdzono „zamawiający przyjmuje wynik wagowy zgodny z załączonym do oferty wykonawcy formularzem specyfikacji technicznej”; poz. 16 – „zasilanie”: 529 minut, zamawiający wskazał, że „w wymaganym do testów środowisku systemowym w wersji PL oprogramowanie Bacpc MobileMark 2007 nie działa poprawnie. Zamawiający przyjmuje wynik testu zgodny z załączonym do oferty wykonawcy raportem z testu przeprowadzonym w środowisku w wersji EN, dopuszczonym dla tego testu przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie do siwz”.

- b) wezwał odwołującego, pismem z 15 lutego 2012 r., do wyjaśnienia, czy zaoferowany notebook Fujitsu Lifebook P771 spełnia postawiony przez zamawiającego wymóg w zakresie posiadania obudowy o podwyższonej sztywności i wytrzymałości.
- c) w odpowiedzi 17 lutego 2012 r. odwołujący wskazał m.in., że zaoferowany notebook Fujitsu Lifebook P771 spełnia postawiony przez zamawiającego wymóg w zakresie posiadania obudowy o podwyższonej sztywności i wytrzymałości, co zostało potwierdzone przez odwołującego w wierszu trzecim tabeli zawartej w formularzu 6D. Podkreślił, że zaoferowany notebook jest najwyższej klasy notebookiem do profesjonalnych zastosowań korporacyjnych, przeznaczonym dla kadry kierowniczej, posiadającym obudowę o podwyższonej sztywności i wytrzymałości. Podwyższona sztywność i wytrzymałość obudowy urządzenia została uzyskana m.in. w wyniku zastosowania w dolnej części obudowy stopu metalu oraz wzmocnienia budowy elementami z aluminium. W załączeniu złożono zamawiającemu zdjęcie notebooka obrazujące wzmocnienia obudowy oraz oświadczenie uzyskane od autoryzowanego dystrybutora notebooków potwierdzające spełnienie postawionych wymagań - pismo ABC Data S.A. z 16 lutego 2012 r., w którym autoryzowany dystrybutor notebooków firmy Fujitsu poinformował, że oferowany przez odwołującego komputer przenośny Fujitsu Lifebook P771 o szczegółowo opisanej w piśmie konfiguracji, jest wyposażony w obudowę o podwyższonej sztywności i wytrzymałości. Wskazał, że jest to obudowa metalizowana przez zastosowanie stopu metalu oraz wzmocnień aluminiowych.
- d) pismem z 20 lutego 2012 r. zamawiający zwrócił się do FTS o informację, czy notebook menedżerski Fujitsu Lifebook P771 z procesorem Intel Core i5 – 2520M o

podanych numerach seryjnych posiada obudowę o podwyższonej sztywności i wytrzymałości (np. metalizowaną).

- e) w odpowiedzi dnia 21 lutego 2012 r. FTS oświadczyło, iż wskazany przez zamawiającego notebook „nie posiada obudowy o podwyższonej sztywności i wytrzymałości (np. metalizowanej). W szczególności nie posiada wzmocnionej obudowy matrycy ekranu (magnesium LID), która ponad wszelką wątpliwość jest najbardziej narażoną na czynniki zewnętrzne częścią notebooka. W przypadku Fujitsu LIFEBOOK P771 wzmocnienie występuje tylko w przypadku notebooka z procesorem z procesorem Intel Core i7”. Dalej zostało stwierdzone, iż w przedmiotowym notebooku nie ma możliwości wymiany procesora na inny. Wskazano, że cechą, która może być pomocna przy identyfikacji rodzaju obudowy jest jej kolor – wzmocniona obudowa występuje tylko w przypadku obudowy glossy Black (błyszcząca). Nie występuje w obudowie typu „matt”. We wszystkich dostępnych materiałach komputery ze wzmocnioną obudową (magnesium LID) są oznaczone wskazanym w piśmie znakiem. Na koniec wyjaśniono, że nie ma możliwości zamówienia komputerów z serii Lifebook P771 z procesorem Intel – Core i5 – 2520M i wzmocnioną (magnezową) obudową matrycy (pismo FTS z 20 lutego 2012 r.).

Zamawiający nie wzywał konsorcjum WTC, Konsorcjum Alternative oraz przystępującego Techelon do uzupełnienia testu wytrzymałości baterii notebooka Lifebook S761vPro oferowanego przez wymienionych wykonawców (okoliczność bezsporna).

Zamawiający 5 marca 2012 r. faksem (pismem z 2 marca 2012 r.) zawiadomił, iż w wyniku dokonanej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w wyniku przeprowadzenia badania złożonych ofert (w tym przeprowadzonych testów) m.in. odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu podjętej decyzji wyjaśnił, że przeprowadził testy dostarczonego przez odwołującego notebooka menedżerskiego Fujitsu Lifebook P771 na jego zgodność z wymaganiami technicznymi określonymi w załączniku 1D. W trakcie testu zamawiający powziął wątpliwość, czy notebook posiada obudowę o podwyższonej sztywności i wytrzymałości (np. metalizowaną) – wymaganie określone w pkt. 3 załącznika 1D do siwz. Wykonawca w ofercie podał, że notebook posiada metalizowaną obudowę o podwyższonej sztywności i wytrzymałości. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie tych wątpliwości do FTS, który w piśmie z 20 lutego 2012 r. poinformował, że notebook Fujitsu Lifebook P771 z procesorem Intel Core i5 – 2520M nie posiada wzmocnionej obudowy o podwyższonej sztywności i wytrzymałości. Zamawiający argumentował, iż w pkt. 9 załącznika 1 do siwz wymagał, aby dostarczone do

testów urządzenia były w pełni zgodne z ofertą i posiadały wszystkie elementy wymienione w specyfikacji technicznej (odpowiednio w załącznikach 1A, 1B, 1C, 1D, 1E do siwz). Zostało tam także wskazane, że niezgodność dostarczonego do testów urządzenia z wymaganiami zamawiającego dyskwalifikuje to urządzenie, co w konsekwencji prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Pismem z 8 marca 2012 r. zamawiający zawiadomił konsorcjum WTC, konsorcjum Alternative oraz Techelon o zakwalifikowaniu ich ofert do udziału w aukcji elektronicznej.

Zamawiający 22 marca 2012 r. (pismem 21 marca 2012 r.) odpowiedział na odwołanie uwzględniając zarzuty przedstawione w odwołaniu w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty odwołującego. Odnośnie do pozostałych zarzutów zamawiający nie znalazł podstaw do ich uwzględnienia w związku z faktem obiektywnej niemożności przeprowadzenia testu wydajności baterii. Wyjaśnił, że test za każdym razem wykazywał błąd niezależnie od wykonawcy, zatem ocenił wytrzymałość baterii na podstawie wydruków testów przeprowadzonych przez wykonawców. Tak samo postąpił wobec wszystkich wykonawców.

Pismem z 22 marca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu odrzucenia oferty odwołującego oraz Zakładu Systemów Komputerowych sp. z o.o. w związku z częściowym uwzględnieniem zarzutów odwołania przesyłając kopię odpowiedzi na odwołanie przekazanej do Prezesa Izby 22 marca 2012 r.

W toku posiedzenia przystępujący Techelon wniósł sprzeciw od uwzględnienia odwołania w części dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

I.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Status uczestników postępowania uzyskali: Techelon, konsorcjum WTC i konsorcjum Alternative skutecznie przystępując do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o., który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

II.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. Nie stwierdziła także, aby którykolwiek z zarzutów podnoszonych w odwołaniu był spóźniony. Wbrew stanowisku zamawiającego, przystępującego Techelon i konsorcjum WTC odwołujący powziął wiadomość o zaniechaniu zważenia notebooków menedżerskich oraz przeprowadzenia testów wydajnościowych baterii dopiero 5 marca 2012 r., kiedy został zawiadomiony o wynikach oceny ofert przeprowadzonej przez zamawiającego. W siwz nie były określone terminy testów, brak było również postanowień wykluczających możliwość ich przeprowadzenia sukcesywnie. Przewidziano jedynie możliwość ich powtórzenia w sytuacji opisanej w pkt. 11 i 12 załącznika 1 do siwz. Przy czym zważywszy, że protokół z testów był podpisywany wyłącznie przez zamawiającego oraz wykonawcę, którego sprzęt testowano, odwołujący nie mógł powziąć wiadomości o wyniku testu notebooka konkurencji w dniu przeprowadzania testu. Ponadto protokoły z testów niewątpliwie stanowią załącznik do protokołu postępowania (art. 96 ust. 2 Pzp), a jak stanowi art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny, jednak załączniki do niego udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, które w niniejszym postępowaniu jeszcze nie nastąpiło. Dodać także należy, że testy stanowią wyłącznie jedną z szeregu czynności technicznych podejmowanych przez zamawiającego w toku badania ofert. Wyniki badania i oceny ofert znajdują odzwierciedlenie w decyzji zamawiającego o ewentualnym odrzuceniu bądź nieodrzuceniu oferty danego wykonawcy, o czym jest zawiadamiany w trybie art. 92 ust. 1 Pzp. Zatem odwołujący, z dochowaniem dziesięciodniowego terminu określonego art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł odwołanie od wyniku oceny ofert przystępujących po stronie zamawiającego w zakresie kwestionowanym w odwołaniu.

III.

Zakreślając granice rozpoznania zarzutów odwołania, biorąc pod uwagę ich częściowe uwzględnienie przez zamawiającego w zakresie dotyczącym zasadności odrzucenia oferty odwołującego (co zamawiający stwierdził w piśmie z 21 marca 2012 r., a 22 marca 2012 r. unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego), a także wobec wniesienia sprzeciwu przez przystępującego Techelon w zakresie obejmującym uwzględnione zarzuty Izba zauważa, co następuje:

1.

Przepisy ustawy nie stoją na przeszkodzie uwzględnieniu części zarzutów odwołania przez zamawiającego. Nie odnoszą się jednak odrębnie do takiej sytuacji faktycznej i prawnej. Nie określają także w szczególności konsekwencji procesowych decyzji zamawiającego o uwzględnieniu niektórych zarzutów odwołania (uwzględnienie odwołania w

części). Ustawodawca natomiast w sposób szczegółowy wskazał na skutek procesowy (umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę), gdy zamawiający w całości uwzględni zarzuty odwołania (art. 186 ust. 2 – 4 Pzp). Zgodnie z powołanymi przepisami zamawiający może uwzględnić w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, co powinno skutkować – jeśli nie zostanie wniesiony sprzeciw – umorzeniem postępowania przez Izbę. Nie jest znana ustawie instytucja częściowego umorzenia postępowania. W praktyce jednak – podobnie jak w niniejszej sprawie – zamawiający uwzględniają jedynie część zarzutów odwołania. Konsekwencje tej czynności są różnie przez poszczególne składy orzekające Izby oceniane (vide: wyrok KIO z 21 października 2010 r., sygn. akt KIO/ UZP 2215/10, wyrok KIO z 6 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1313/11, wyrok KIO z 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 707/11, wyrok KIO z 24 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 340/12, wyrok KIO z 28 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2222/11 i KIO 2223/11, wyrok KIO z 28 października 2011 r., sygn. akt KIO 2205/11).

Skład orzekający Izby wyraża pogląd, iż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z art. 190 ust.1 Pzp jest postępowaniem kontradyktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym, z udziałem uczestników postępowania (przystępujących po stronie zamawiającego lub odwołującego). W sytuacji, gdy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, to prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Przyjęciu takiego stanowiska nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba – jak już wyżej wskazano - nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, jednak orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu stanowiłoby naruszenie *ratio legis* ustawy. Izba podkreśla, iż w sytuacji, gdy zamawiający do zamknięcia rozprawy uwzględnia choćby częściowo zarzuty odwołania, wówczas przedmiotem rozstrzygnięcia Izby są tylko te zarzuty, co do których między stronami istnieje spór. Inna interpretacja ustawy, w szczególności uwzględniając brzmienie art. 191 ust. 2 Pzp, nie daje się pogodzić z celem postępowania odwoławczego, którym jest rozstrzygnięcie pomiędzy stronami sporu, co do prawidłowości czynności (zaniechań) zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o zamówienie publiczne. Zatem w sytuacji, gdy na moment zamknięcia rozprawy, spór między stronami nie istnieje, zarzuty w tym zakresie w odwołaniu podnoszone należy pozostawić bez rozpoznania. Konsekwencją przyjętego stanowiska jest przyjęcie, iż rozpoznaniu przez Izbę podlegają pozostałe (nieuwzględnione przez zamawiającego) zarzuty odwołania i to rozstrzygnięcie o nich decyduje o wyniku sprawy, znajdując

odzwierciedlenie zarówno w sentencji orzeczenia, jak i adekwatnie, w rozstrzygnięciu o kosztach postępowania.

2.

Niezależnie od powyższego, w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy, Izba nie była uprawniona do pozostawienia zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego bez rozpoznania, ponieważ przystępujący Techelon wniósł sprzeciw od uwzględnienia odwołania w części dotyczącej oferty odwołującego twierdząc, iż pierwotna czynność zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp była prawidłowa.

W ocenie Izby wniesienie sprzeciwu od częściowego uwzględnienia odwołania jest dopuszczalne i skuteczne. Faktem jest, iż przepisy ustawy nie odnoszą się wprost do instytucji sprzeciwu od uwzględnienia odwołania w części - ustawa reguluje w sposób szczegółowy instytucję uwzględnienia zarzutów odwołania w całości oraz wniesienie sprzeciwu od tej czynności przez przystępującego po stronie zamawiającego, jak również skutki procesowe tych czynności (art. 186 ust. 2 – 4 Pzp). Niemniej jednak za nieuzasadniony należy uznać wniosek, że na gruncie ustawy dokonanie takiej czynności przez przystępującego po stronie zamawiającego jest nieuprawnione, a zgłoszenie sprzeciwu nie skutkuje koniecznością rozpoznania przez Izbę uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba podziela pogląd przystępującego Techelon, iż w danych okolicznościach sprawy, uniemożliwienie mu zgłoszenia sprzeciwu, co do częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania, prowadziłoby do pozbawienia go możliwości obrony swoich praw. Niewątpliwie przystępujący Techelon ma interes w utrzymaniu pierwotnej decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego. Odmówienie przystępującemu Techelon prawa do zakwestionowania decyzji zamawiającego o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty konkurencyjnej złożonej przez odwołującego nie daje się pogodzić z celem art. 186 Pzp, gwarantującym przystępującemu po stronie zamawiającego, w którego interes decyzja uwzględniająca zarzuty odwołania godzi, prawo zakwestionowania działań zamawiającego.

W konsekwencji Izba, dokonując wykładni celowościowej art. 186 Pzp, doszła do przekonania, że w sytuacji częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania skutkującego negatywnymi konsekwencjami dla przystępującego po stronie zamawiającego wykonawcy Techelon, wykonawca ten był uprawniony do wniesienia sprzeciwu. Przyjęcie innej

interpretacji oznaczałoby, że przystępujący Techelon, mimo iż działał z należytą starannością w toku postępowania odwoławczego, korzystając z przysługującego mu uprawnienia do zgłoszenia przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 Pzp, nie miałby żadnej możliwości, aby chronić swój interes, co z pewnością nie było zamiarem racjonalnie działającego ustawodawcy. Jak słusznie zostało przez przystępującego Techelon wskazane, decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, w jego ocenie była prawidłowa, zatem prawo wniesienia odwołania od tej czynności (odrzućenia oferty odwołującego) nie przysługiwało mu (brak przesłanki interesu oraz szkody, do których odnosi się art. 179 ust. 1 Pzp). Przystępujący nie mógłby także prezentować swojego stanowiska w niniejszym postępowaniu odwoławczym, gdyż czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 Pzp (art. 185 ust. 5 Pzp). Zatem warunkiem przedstawienia przez przystępującego Techelon stanowiska przeciwnego do zamawiającego w zakresie dotyczącym oferty odwołującego było wniesienie sprzeciwu. Należy także przywołać brzmienie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp zobowiązującego Izbę do odrzucenia odwołania, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności dokonanej przez zamawiającego – w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania – zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zwraca uwagę, iż przytoczony przepis nie odnosi się tylko do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, lecz posługuje się pojęciem „uwzględnienia zarzutów odwołania”, zatem także uwzględnienia częściowego. Tym samym zasadne jest twierdzenie, iż wniesienie odwołania przez przystępującego Techelon, kwestionującego czynność unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z przyczyn leżących u podstaw częściowego uwzględnienia odwołania, powołanych przez zamawiającego w piśmie z 21 marca 2012 r., obligowałoby Izbę do odrzucenia odwołania.

Uwzględniwszy przedstawioną argumentację Izba nie znalazła podstaw, aby odmówić przystępującemu Techelon prawa do wniesienia sprzeciwu od częściowego uwzględnienia odwołania. Wykładnia literalna musi, zdaniem Izby, w okolicznościach sprawy ustąpić wykładni celowościowej, bowiem w przeciwnym razie prawa przystępującego zostałyby naruszone w sposób nie dający pogodzić się z celem postępowania odwoławczego, które ma umożliwić wykonawcy (korzystającego z uprawnień ustawą przyznanych) ochronę jego interesu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Trudno oczekiwać od ustawodawcy, aby w sposób kazuistyczny uregulował w ustawie wszystkie możliwe stany faktyczne (doświadczenie życiowe wskazuje, że jest to postulat niemożliwy do zrealizowania), które w toku postępowania odwoławczego mogą się zaktualizować. Ustawa określa ramy, w których postępowanie odwoławcze jest prowadzone (dział VI – środki ochrony prawnej), definiując

jego podstawowe instytucje. Interpretacja tych przepisów nie może jednak prowadzić do ograniczenia uprawnień wykonawców, a do tego sprowadzałoby się przyjęcie, że w analizowanym stanie faktycznym, sprzeciw przystępującemu Techelon nie przysługuje.

Analiza okoliczności faktycznych i prawnych sprawy prowadzi do wniosku, iż Izba – uwzględnwszy sprzeciw przystępującego Techelon – zobowiązana jest rozpoznać odwołanie w całości, tj. zarówno zarzuty uwzględnione przez zamawiającego pismem z dnia 21 marca 2012 r., jak i pozostałe zarzuty odwołania.

IV.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz przystępujących, Izba uwzględniła odwołanie.

1.

Zarzut niezasadnego odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako sprzecznej siwz w zakresie dotyczącym parametrów wytrzymałości i sztywności obudowy notebooka menedżerskiego zaoferowanego przez odwołującego.

Zarzut potwierdził się.

Zamawiający (po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego – pismo odwołującego z 17 lutego 2012 r.) odrzucił ofertę odwołującego stwierdzając, iż jej treść nie odpowiada treści siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), bowiem oferowany notebook Fujitsu Lifebook P771 z procesorem Intel Core i5 – 2520M nie posiada obudowy o podwyższonej sztywności i wytrzymałości (np. metalizowanej) wymaganej w pkt. 3 załącznika 1D do siwz.

Kluczowe znaczenie dla oceny zasadności rozpoznawanego zarzutu odwołania przyznać należy - poza treścią oferty odwołującego (pkt 3 załącznika 6D do oferty odwołującego, k. 23) i wyjaśnień do niej (pismo odwołującego z 17 lutego 2012 r.) - treści siwz (w szczególności pkt 3 załącznika 1D do siwz). Siwz (wraz z wyjaśnieniami) jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności.

Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Żeby stwierdzić, iż w okolicznościach danej sprawy zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (niezgodność treści oferty z treścią siwz niepodlegająca korekcie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) zamawiający zobowiązany jest porównać treść siwz z treścią oferty (oświadczenie woli w rozumieniu art. 60 kc w zw. z art. 14 Pzp) i gdy stwierdzi niemożliwe do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz nie dające się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 Pzp niezgodności, zobowiązany jest do odrzucenia oferty. Badanie i ocenę ofert – jak trafnie zauważono w odwołaniu – powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach siwz, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia siwz były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy zasadne jest podkreślenie, iż zamawiający – jak słusznie podnoszono w odwołaniu i zasadnie wskazywał zamawiający w piśmie z 21 marca 2012 r. – nie zdefiniował w siwz pojęcia: „obudowa o podwyższonej sztywności i wytrzymałości”. Nie określił w siwz precyzyjnie, jakiego rodzaju podwyższona sztywność i wytrzymałość obudowy będzie spełniała wymóg postawiony w siwz. Przykładowo wskazał, że jego wymaganie spełniać będzie obudowa metalizowana. Nie było kwestionowane w toku rozprawy, że nie jest to jedyny możliwy sposób wzmocnienia obudowy. Nie zostało określone w siwz, czy parametr „podwyższonej sztywności i wytrzymałości” ma dotyczyć całej obudowy (w tym matrycy), czy też wystarczające jest - dla wykazania spełnienia tego wymagania – aby cechę tę posiadała wyłącznie spodnia część obudowy. Tym samym zaoferowanie przez odwołującego notebooka menedżerskiego dysponującego spodnią częścią obudowy o podwyższonej sztywności i wytrzymałości (okoliczność niesporna – stanowiska odwołującego i przystępującego Techelon: k. 9 protokołu z rozprawy, stanowisko zamawiającego: k. 10 protokołu z rozprawy; nie podważona przez FTS w piśmie z 20 lutego 2012 r.), nie może być zakwalifikowane jako

niezgodność treści oferty z treścią siwz (tym kontekście przeprowadzony w toku rozprawy dowód z oględzin notebooków Fujitsu Lifebook P771 - w wersji matt oraz glossy Black - mający potwierdzać, iż obudowy matrycy oferowanego przez odwołującego urządzenia nie cechuje podwyższona sztywność i wytrzymałość, jak również pozostałe dowody dotyczące parametru podwyższonej sztywności i wytrzymałości, mające dowodzić, że obudowa matrycy nie spełnia tego wymagania zamawiającego, przedstawione w toku rozprawy przez Techelon oraz załączone do pisma konsorcjum WTC z 27 marca 2012 r., jako nie mające istotnego znaczenia dla rozpoznania odwołania, Izba pominęła). Odwołujący oświadczył – wypełniając formularz techniczny oferty, tj. pkt 3 załącznika 6D do formularza oferty (rozdział XIII pkt 2 siwz) – iż oferowany przez niego notebook spełnia w kwestionowanym przez przystępującego Techelon zakresie wymaganie dotyczące podwyższonej sztywności i wytrzymałości obudowy (pkt 3 załącznika 6D do oferty odwołującego, k. 23 i wyjaśnienia oferty - pismo odwołującego z 17 lutego 2012 r.). Zamawiający w siwz nie oczekiwał załączania do oferty jakichkolwiek dokumentów przedmiotowych mających potwierdzać ten parametr, co w pełni koresponduje z postanowieniami siwz (8 i następnego załącznika 1 do siwz), w których zamawiający zastrzegł sobie prawo testowania oferowanych urządzeń. W wyniku przeprowadzonego testu zamawiający powziął wątpliwości dotyczące notebooka oferowanego przez odwołującego (pkt 3 – „uwagi” protokołu z wykonania testów z 15 lutego 2012 r.). Był uprawniony, aby – w celu dochowania należytej staranności w prowadzeniu postępowania, mającego wyłonić w zgodzie z ustawą wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę - wystąpić o wyjaśnienie nie tylko do odwołującego, ale także FTS. Tak samo odwołujący uprawniony był, aby wraz z wyjaśnieniami, złożyć oświadczenie ABC Data S.A. Zamawiający zobowiązany był ocenić zarówno wyjaśnienia odwołującego, jak i oświadczenia FTS i ABC Data S.A. i ustalić, czy treść oferty odwołującego odpowiada adekwatnym postanowieniom siwz. Pierwotnie dokonana przez zamawiającego ocena oferty odwołującego (pismo zamawiającego z 2 marca 2012 r.), zakwestionowana odwołaniem, została dokonana z uchybieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający słusznie w tym zakresie uwzględnił pismem z 21 marca 2012 r. odwołanie. W związku z wniesieniem sprzeciwu przez przystępującego Techelon Izba zobowiązana była do rozpatrzenia tego zarzutu odwołania i, wobec jego uwzględnienia, nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego. Fakt, iż zamawiający dokonał już tej czynności, do czego był uprawniony, bowiem ustawa nie zakazuje zamawiającemu, w przypadku wniesienia odwołania, kontynuowania postępowania (wyłączona jest na mocy art. 183 ust. 1 Pzp możliwość zawarcia umowy), pozostaje w okolicznościach sprawy – wobec wniesienia sprzeciwu - irrelewantne prawnie.

2. Zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia testu wytrzymałości baterii przeprowadzonego zgodnie z wymaganiami zamawiającego dla notebooka Lifebook S761vPro oferowanego przez konsorcjum Alternative, konsorcjum WTC oraz Techelon.

Zarzut potwierdził się.

Zamawiający zakwalifikował oferty konsorcjum WTC, konsorcjum Alternative oraz Techelon do udziału w aukcji elektronicznej przewidzianej w rozdziale XVII pkt 2 siwz (pismo zamawiającego z 8 marca 2012 r.). Zamawiający zatem nie stwierdził, aby zaktualizowała się wobec tych wykonawców którakolwiek z przesłanek wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty.

Podobnie jak w przypadku zarzutu wskazanego w pkt. 1 uzasadnienia powyżej, tak i dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu, pierwszorzędne znaczenia należy przypisać treści siwz, w świetle której ocenie podlega treść ofert złożonych przez konsorcjum WTC, konsorcjum Alternative oraz przystępującego Techelon. W tej kwestii aktualność zachowują rozważania Izby dotyczące znaczenia siwz dla przeprowadzenia w sposób prawidłowy procesu badania i oceny oferty złożonych w postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne.

Zważywszy powyższe podkreślenia wymaga, iż do ofert konsorcjum WTC, konsorcjum Alternative oraz przystępującego Techelon załączono – zgodnie z wymaganiem zamawiającego sformułowanym w rozdziale XIII pkt 2 siwz – wydruki raportu oprogramowania testującego oraz zrzuty ekranu z wynikami testów przeprowadzone w wersji 32 – bit w środowisku MS Windows Professional 64 – bit EN (angielska wersja językowa została dopuszczona przez zamawiającego pismem z 13 stycznia 2012 r.) w schemacie Bapco MobileMark 2007 (okoliczności niesporne).

Osią sporu jest, czy w okolicznościach sprawy dopuszczalne było – w świetle brzmienia pkt. 16 załącznika 1D do siwz – przeprowadzenie testów przy ustawieniach notebooka (opcja zarządzania energią) w schemacie Bapco MobileMark 2007.

Zamawiający w pkt. 12 załącznika 1 do siwz postanowił, że testy wydajnościowe dostarczonych urządzeń zostaną przeprowadzone w przy użyciu oprogramowania Bapco MobileMark 2007 (Reader) w wersji 32 – bit w środowisku MS Windows Professional 64 – bit PL z zainstalowanym Service Pack 1: <http://www.bapco.com/products/mobilemark2007/>

(dopuszczono pismem z 13 stycznia 2012 r. wersję EN). Jednocześnie zgodnie z treścią pkt. 16 załącznika 1D do siwz oferowany notebook menedżerski powinien być wyposażony w standardową baterię pozwalającą na pracę w czasie minimum 45 minut mierzonym oprogramowaniem Bapco MobileMark 2007 (Reader) w wersji 32-bit w środowisku MS Windows 7 Professional 64-bit PL z zainstalowanym Service Pack 1 przy ustawionej opcji zarządzania energią na „Maksimum baterii” (lub opcji równoważnej w przypadku własnego oprogramowania zarządzającego poborem mocy dostarczonego przez producenta) oraz standardowym ustawionym przez producenta poziomie jasności ekranu dla pracy baterijnej. Brzmienie powołanych postanowień siwz nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający nie dopuścił w siwz zastosowania schematu zarządzania energią innego niż „Maksimum baterii” (który, co nie było sporne, w wersji MS Windows 7 Professional nie występuje – występował w poprzedniej wersji tj. Windows XP) lub opcji równoważnej w przypadku własnego oprogramowania zarządzającego poborem mocy dostarczonego przez producenta. Mimo, iż schemat „Maksimum baterii” we wskazanej w siwz wersji MS Windows nie występuje, wypełnienie przez wykonawcę wymagań siwz było możliwe, poprzez skorzystanie z równoważnej do „Maksimum baterii” opcji, gdy wykorzystano by oprogramowanie zarządzające poborem mocy dostarczone przez producenta oferowanego notebooka menadżerskiego, tj. Fujitsu. Wbrew stanowisku konsorcjum WTC przedstawionemu w piśmie z 27 marca 2012 r. zamawiający w siwz nie wskazał, że „wymaga, aby czas pracy baterii ustawiony był w sposób optymalny, a więc aby test przeprowadzony został przy takich ustawieniach, które dawałyby maksymalną oszczędność baterii”. Nie znajduje odzwierciedlenia w treści siwz także stanowisko przystępującego Techelon oraz zamawiającego, że pojęcie „Maksimum baterii” należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca miał skonfigurować system operacyjny tak, aby czas pracy baterii był najdłuższy (protokół z rozprawy – k. 13 i 14).

W konsekwencji wykorzystanie przez Techelon, konsorcjum WTC oraz konsorcjum Alternative schematu zarządzania energią instalowanego na urządzeniu przez oprogramowanie testujące Bapco MobileMark 2007 pozostaje w sprzeczności z postanowieniami pkt. 16 załącznika 1D do siwz. Tym samym zamawiający, nie wzywając w stanie faktycznym sprawy tych wykonawców do uzupełnienia testu (dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp mający potwierdzać, iż oferowany notebook spełnia wymagania określone przez zamawiającego w siwz) odpowiadającego siwz, uchybił art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

3. Zarzut zaniechania przez zamawiającego przeprowadzenia testów w zakresie parametru dopuszczalnej wagi oraz wytrzymałości baterii w odniesieniu do notebooków

menedżerskich zaoferowanych przez konsorcjum WTC, konsorcjum Alternative oraz przystępującego Techelon.

Zarzut potwierdził się.

Zarzut odwołującego sprowadza się do twierdzenia, iż zgodnie z siwz, jeśli zamawiający zdecydował się na testowanie zaoferowanych urządzeń, zobowiązany był do zbadania wszystkich parametrów opisanych w adekwatnych załącznikach do siwz – w stanie faktycznym sprawy – w załączniku D1 do siwz. Nie jest kwestionowane, że zamawiający nie zważył oferowanych notebooków menedżerskich, jak również nie przeprowadził testów wydajnościowych baterii. Przedmiot sporu dotyczy interpretacji postanowień pkt. 11 załącznika 1 do siwz.

Zamawiający w pkt. 8 załącznika 1 do siwz zastrzegł sobie prawo do przeprowadzenia testów zaoferowanych modeli urządzeń, w tym m.in. notebooka menedżerskiego. W kolejnych punktach opisał precyzyjnie procedurę testowania postanawiając w pkt. 11, że testy polegać będą na weryfikacji spełniania przez oferowane urządzenie wszystkich żądanych parametrów wyspecyfikowanych odpowiednio w załącznikach 1A, 1B, 1C, 1D, 1E do siwz.

Izba wyraża pogląd, iż brzmienie kluczowego dla rozstrzygnięcia o rozpatrywanym zarzucie odwołania postanowienia siwz (pkt 11 załącznika 1), jest jednoznaczne i kategorycznie wskazuje, że testy „polegać będą” (nie „mogą polegać”) na weryfikacji spełniania przez oferowane urządzenie „wszystkich żądanych parametrów” wyspecyfikowanych w wymienionych załącznikach do siwz (nie „wybranych przez zamawiającego”). Zaproponowane przez zamawiającego i przystępujących rozumienie siwz pozostaje w sprzeczności z literalnym (jasnym i jednoznacznym) brzmieniem postanowienia pkt. 11 załącznika 1 siwz. Zamawiający w toku rozprawy – wspierany przez przystępujących po jego stronie: konsorcjum WTC oraz Techelon – twierdził, iż powołane postanowienia siwz uprawniają go do przeprowadzenia testów dowolnie wybranych parametrów, argumentując, że skoro uprawniony jest do badania wszystkich parametrów, to tym bardziej może zweryfikować niektóre, przez siebie w fazie badania ofert wybrane (wnioskowanie *a maiori ad minus*). Przystępujący WTC argumentował, iż części wymagań siwz nie dało się, z przyczyn obiektywnych, zweryfikować – podał jako przykład odporność na zalanie (pismo z 27 marca 2012 r.).

Izba podkreśla, że to zamawiający ustalił w siwz zasady badania oraz oceny ofert i jest nimi związany. Aktualność zachowują w tej kwestii rozważania Izby, dotyczące znaczenia siwz dla przeprowadzenia w sposób prawidłowy procesu badania i oceny ofert, wskazane w pkt. 1 uzasadnienia.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, że przyczyny zaniechania testów miały charakter obiektywny, bowiem test mający weryfikować wydajność baterii „za każdym razem w testowanych urządzeniach wykazywał błąd niezależnie od Wykonawcy” (pismo z 21 marca 2012 r.) oraz do twierdzeń, że nie dysponował wagą ze stosowną legalizacją (k. 11-12 oraz 13 protokołu z rozprawy) Izba podkreśla, że zamawiający zobowiązany jest przestrzegać reguł, które sam w siwz określił. Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie dochowując należytej staranności, gwarantując realizację zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 868/10), iż siwz od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on zobowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 4 kc, jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są zobowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia, zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania, w siwz, zatem to ten dokument stanowi warunki przetargu w rozumieniu kc. Udostępnienie siwz jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli, co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W stanie faktycznym sprawy przyjęcie interpretacji siwz postulowanej przez zamawiającego mogłoby prowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający – znając oferty wykonawców mógłby badać wybiórczo, wg nieznanymi wcześniej wykonawcom zasad, parametry oferowanych urządzeń. Izba uważa za dopuszczalne określenie w siwz, że badaniu podlegać będą tylko wybrane parametry oferowanych urządzeń, jednak zamawiający powinien taką procedurę przewidzieć w siwz, czego w niniejszej sprawie nie uczynił. Tym bardziej jest to okoliczność istotna, że konsekwencją wyniku testu

niepotwierdzającego zgodności oferowanego urządzenia z siwz, jest odrzucenie oferty (pkt 9 załącznika 1 do siwz). Niewątpliwie zamawiający nie jest uprawniony, aby w toku badania i oceny ofert nadawać siwz inną, niż ustalona przed upływem terminu składania ofert, treść. Badaniu i ocenie podlega treść oferty wykonawcy w odniesieniu do treści siwz (art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) w brzmieniu ustalonym przed terminem składania ofert (art. 38 ust. 4 Pzp). Zamawiający wraz z upływem terminu składania ofert traci uprawnienie do modyfikacji treści tego dokumentu. W konsekwencji Izba stwierdzając nieuprawnione odstępianie przez zamawiającego od przeprowadzenia testów wydajnościowych baterii notebooków menedżerskich oraz ich zważenia, a tym samym naruszenie art. 14 Pzp w zw. z 70¹ § 4 kc, nakazała zamawiającemu przeprowadzenie zaniechanych testów.

4. Zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia ofert konsorcjum Alternative, konsorcjum WTC oraz Techelon, jako sprzecznych z siwz, gdyż waga oferowanego przez tych wykonawców notebooka menedżerskiego przekracza maksymalną dopuszczalną wagę 1,6 kg.

Zarzut nie potwierdził się.

Nie jest sporne, że zamawiający w siwz (pkt 6 załącznika D1 do siwz) wymagał, aby waga oferowanego notebooka wraz z akumulatorem, napędem optycznym, bez zewnętrznych zasilaczy sieciowych, torby, mini stacji dokującej/replikatora portów wynosiła nie więcej niż 1,6 kg. Przystępujący po stronie zamawiającego w załącznikach 6D do formularzy ofert (zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego wyrażonym w rozdziale XIII pkt 2 siwz), oświadczyli, że oferowany przez nich notebook Fujitsu Lifebook S761vPro waży nie więcej niż 1,6 kg (załączniki 6D pkt 6 do formularza oferty przystępującego Techelon – k. 34 oferty, konsorcjum WTC – k. 74 oferty oraz konsorcjum Alternative – k. 19 oferty).

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zarzutu odwołującego, że zaoferowany przez przystępujących po stronie zamawiającego notebook menedżerski Fujitsu Lifebook S761vPro, w konfiguracji opisanej przez nich w załączniku D6 do formularza oferty, ważył więcej niż 1,6 kg. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu (art. 190 ust. 1 Pzp), że oferowany przez przystępujących po stronie zamawiającego notebook menedżerski waży ponad 1,6 kg, okoliczności tej nie wykazał. Zważywszy, że skutkiem stwierdzenia niezgodności treści i oferty z treścią siwz, jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp okoliczność mająca być podstawą odrzucenia, musiała zostać udowodniona, a nie tylko uprawdopodobniona. Odnosząc się do poszczególnych dowodów

przedstawianych przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego stwierdzić należy, co następuje:

- wypis z aktu notarialnego (Repertorium A numer 1204/2012) – kopia w aktach sprawy (oryginał wypisu okazany w toku rozprawy) potwierdza parametry zważonego przed notariuszem w dniu 23 marca 2012 r. notebooka Fujitsu Lifebook S761 o parametrach opisanych w przywołanym akcie notarialnym; ustalono wagę testowanego notebooka na 1,885 kg, a bez zewnętrznej obudowy matrycy – 1,675 kg; w ocenie Izby omawiany dokument nie dowodzi, że oferowany przez przystępującego notebook (którego egzemplarz testowy został przekazany przez przystępujących zamawiającemu) waży więcej niż 1,6 kg, może ewentualnie stanowić dowód, że zważony przez odwołującego w obecności notariusza notebook ważył więcej niż 1,6 kg;
- karta katalogowa notebooka Fujitsu Lifebook S761 (wydruk ze strony internetowej <http://ts.fujitsu.com/mobile>): parametr – „waga 1,6 – 1,8 kg (w zależności od wyświetlacza)”, poniżej: „waga – uwagi”; „Łącznie z zaślepką. Waga może różnić się w zależności od konfiguracji” – (k. 4) nie dowodzi, że zaoferowany przez przystępujących notebook waży więcej niż 1,6 kg; co więcej – przytoczone postanowienia karty katalogowej potwierdzają, że może ważyć 1,6 kg; korespondują z nimi pozostałe informacje odnoszące się do wagi tego notebooka – stwierdza się, że „Ten ważący 1,6 notebook (...)” i dalej „lekki notebook, którego waga może wynosić zaledwie 1,6 kg (...)” (k. 1);
- zestawienie oferowanych przez Fujitsu notebooków i tabletów: określając parametry notebooka Lifebook S761 wskazuje się – „waga od 1,6 kg” (opis pod wizerunkiem notebooka) oraz w innym miejscu (opis w pozycji „Najwyższa wydajność – Najwyższa moc obliczeniowa dla potrzeb indywidualnych”) podaje się „Lekki (od 1,66 kg) (...)”; ocena tego wydruku z niezidentyfikowanej strony internetowej zważywszy, iż z przedstawionej przez odwołującego karty katalogowej wynika, że notebook Lifebook S761 może osiągnąć wagę 1,6 kg, nie pozwala na kategoryczne ustalenie, że zaoferowany przez przystępujących notebook w konfiguracji opisanej w załączniku 6D do formularza oferty waży więcej, niż 1,6 kg, tym bardziej, że przystępujący Techelon w toku rozprawy złożył oświadczenie FTS z dnia 26 marca 2012 r. (analogiczne w treści do oświadczenia FTS załączonego do pisma konsorcjum WTC z 27 marca 2012 r.), z którego wynika, że główna bateria zaoferowanego przez Techelon w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego notebooka Fujitsu Lifebook S761 występują wyłącznie w wersji 6 ogniowej – 3 ogniowa bateria dedykowana do tego modelu instalowana jest w modularnej zatoce, zamiast napędu optycznego; dalej FTS oświadczyło, że waga notebooka Fujitsu Lifebook S761 wraz z akumulatorem oraz napędem optycznym wynosi 1,6 kg przy zastosowaniu dysku twardego wykonanego w technologii SSD (nie było kwestionowane, że przystępujący zaoferowali dysk twardy wykonany w technologii SSD).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie miała podstaw do przyjęcia, że zaoferowany przez przystępujących notebook menedżerski waży więcej niż 1,6 kg. W konsekwencji nie uwzględniła zarzutu odwołującego w tym zakresie. Jednocześnie zauważyć trzeba, że zamawiający zobowiązany jest zważyć zaoferowane notebooki, co stanowić będzie właściwą weryfikację wagi notebooków menedżerskich przystępujących.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 91a ust. 1 oraz 91 b ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający nie zaprosił konsorcjum WTC, konsorcjum Alternative oraz przystępującego Techelon do aukcji elektronicznej, a jedynie pismem z 8 marca 2012 r., zapowiedział dokonanie tej czynności.

W tym stanie rzeczy, wobec potwierdzenia się zarzutów odwołania opisanych w pkt. 1 - 3 uzasadnienia Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

V.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy oraz § 5 ust. 4 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Jak wynika z powołanych przepisów Izba, w przypadkach nieuregulowanych w sposób odmienny, orzeka o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zatem, wobec uwzględnienia przez Izbę zarówno zarzutów odwołania rozpoznanych w wyniku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego Techelon, jak i prawie wszystkich pozostałych zarzutów odwołania, Izba obciążyła kosztami określonymi w § 3 pkt 1 (wpis w wysokości 15 000 zł) oraz 2 b) (wynagrodzenie pełnomocników wg załączonej do akt sprawy faktury - w maksymalnej wysokości 3 600 zł) powołanego rozporządzenia, przystępującego Techelon oraz zamawiającego w częściach równych.

Przewodniczący:

.....

