

WYROK
z dnia 18 marca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Emilia Garbala
Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2019 roku przez wykonawcę MAXTO spółka z ograniczona odpowiedzialnością spółka komandytowo akcyjna z siedzibą w Modlniczce

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Komendę Główną Policji w Warszawie

przy udziale:

- A) wykonawcy Immitis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 358/19 po stronie Zamawiającego,
- B) wykonawcy Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 358/19 po stronie Odwołującego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MAXTO spółka z ograniczona odpowiedzialnością spółka komandytowo akcyjna z siedzibą w Modlniczce i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MAXTO spółka z ograniczona odpowiedzialnością spółka komandytowo akcyjna z siedzibą w Modlniczce tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy MAXTO spółka z ograniczona odpowiedzialnością spółka komandytowo akcyjna z siedzibą w Modlniczce na rzecz Zamawiającego Komendy Głównej Policji kwotę 3 600 gr 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1896 ze zmianami) 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:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Zawarcie umowy ramowej na modernizację indywidualnej infrastruktury teleinformatycznej przeznaczonej dla funkcjonariuszy i pracowników cywilnych poprzez zakup komputerów”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 lutego 2019 roku pod numerem 2019/S 034-076206..

W dniu 28 lutego 2019 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w Postępowaniu w sposób sprzeczny z ustawą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy przez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o: (1) uwzględnienie odwołania i (2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. Szkada ta wynika z faktu, iż kwestionowane postanowienia SIWZ, w tym nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w Postępowaniu oraz prowadzą do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców i naruszenia uczciwej konkurencji. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia odwołania. Odwołujący wskazał również orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 1519/15 argumentując, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że na etapie wnoszenia odwołań wobec treści SIWZ przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy należy rozumieć szeroko.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Ustawa zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a który jest zakazany w myśl art. 29 ust. 2 ustawy. Aby zasada dotycząca opisu przedmiotu zamówienia wypływająca z art. 29 ust. 2 ustawy mogła zostać zrealizowana Zamawiający powinien podczas dokonywania tego opisu wskazać tylko te jego cechy, które mają dla niego znaczenie kluczowe i istotnie są uzasadnione celem prowadzonego postępowania. Swoboda Zamawiającego w precyzowaniu swoich wymagań ograniczona jest bowiem w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interesy Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej zaś nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć więc na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy (tak Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06).

Ustawodawca sankcjonuje samo już zagrożenie naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez opis przedmiotu zamówienia zastosowany przez Zamawiającego, a co za tym idzie osłabia ciężar dowodowy, który obciążałby wykonawcę chcącego kwestionować z tego powodu czynności dokonane przez zamawiającego. Ponieważ art. 29 ust. 2 ustawy posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” oznacza to, że na Odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2012 r., KIO 1630/12).

Zasadą stosowaną dotychczas w drodze analogii, a od wejścia w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. postulowaną w sposób bezpośredni w ramach przepisów ustawy jest zasada proporcjonalności, kładąca nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Zgodnie z tą zasadą, jeżeli cel regulacji można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2184/13) z zasady proporcjonalności wypływa, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a wynikającymi z niej ciężarami czy niedogodnościami. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Przykładowo w wyroku z 23.12.2009 r. w sprawie C-

376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, Zb.Orz. 2009, s. 1-12169, gdzie wskazano, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.

Odwołujący wskazał, że nie kwestionował, że określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest decyzją Zamawiającego, ponieważ jako gospodarz postępowania ma pełne uprawnienie do ustanawiania wymogów realizacji zadania (usługi) w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2013 r., KIO 776/13). Jednakże Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w zgodzie z przepisami ustawy. Dlatego też Odwołujący w Postępowaniu nie dąży do opisanie wymagań za Zamawiającego. Celem Odwołującego jest opisanie tych wymagań przez Zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić ich zgodność z prawem, a w konsekwencji konkurencyjność Postępowania i możliwość złożenia przez Odwołującego oferty niepodlegającej odrzuceniu i takiej, która będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Przy obecnej treści SIWZ osiągnięcie tych celów jest niemożliwe.

Złącza: PORT PS/2 COMBO (komputer PC typ 1 i typ 2)

Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) oraz w załączniku do formularza ofertowego (dalej „załącznik FO”) dla komputera zarówno typ 1, jak i typ 2 wymagał: Płyta główna: 1 x PS/2 combo. Takie rozwiązanie ogranicza konkurencję, ponieważ wyklucza możliwość zaoferowania urządzeń pochodzących od części producentów, którzy stosują rozwiązanie oparte o dwa osobne porty PS/2: jeden dla myszy, jeden dla klawiatury. Zatem przy dwóch osobnych portach Zamawiający zyskuje możliwość podłączenia dwóch urządzeń naraz (myszy i klawiatury), a nie tylko jednego. W praktyce rozwiązanie wyspecyfikowane przez Zamawiającego jest wręcz mniej wydajne i efektywne, niż rozwiązanie oparte na dwóch osobnych portach.

Rozwiązanie proponowane przez Odwołującego w żaden sposób nie ogranicza możliwości połączeniowych. W obydwu portach PS/2 są dokładnie te same sygnały, tylko są podane na inne piny, co obrazuje poniższy schemat:

W tym miejscu w odwołaniu schemat

W proponowanym przez Odwołującego rozwiązaniu - bazującym na dwóch osobnych portach Zamawiający otrzymuje dodatkową funkcjonalność w postaci 2 portów PS/2, które może wykorzystać do podłączenia klawiatury i myszy. Zamawiający dysponując urządzeniem z portem PS/2 combo, gdyby chciał podłączyć mysz i klawiaturę, to musiałby zakupić/użyć przejściówki konwertującej port combo PS/2 na dwa osobne złącza PS/2 dla

myszy i klawiatury. Zastosowanie dwóch osobnych portów PS/2 powoduje, że Zamawiający zyskuje dodatkową funkcjonalność: podłączenie myszy i klawiatury jednocześnie. W takiej sytuacji, wymaganie Zamawiającego jest nadmierne, rygorystyczne i gorsze od rozwiązania proponowanego przez Odwołującego, a ponadto ogranicza uczciwą konkurencję. Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 29 ust 2 oraz art 7 ust. 1 ustawy .

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w OPZ i załączniku FO poprzez zmianę wymagania dla komputera typ 1 i typ 2 w zakresie: „złącza: 1 x PS/2 combo” i nadanie mu brzmienia: „złącza 1 x PS/2 combo lub 2 x PS/2”.

Złącza: 4 X SATA3 (komputer PC typ 1 i typ 2)

Zamawiający w OPZ oraz załączniku FO dla komputera zarówno typ 1, jak i typ 2 wymaga: Płyta główna: 4 x SATA3. Takie rozwiązanie ogranicza konkurencję, ponieważ wyklucza możliwość zaoferowania urządzeń pochodzących od części producentów wyposażonych w lepsze i bardziej funkcjonalne rozwiązania. Czołowi producenci sprzętu komputerowego na świecie dobierają parametry produkowanych przez siebie rozwiązań w sposób zoptymalizowany. Zamawiający wymaga 4 porty SATA3. Takie same efekty, a nawet zdecydowanie lepsze można osiągnąć przez zastosowanie rozwiązania posiadającego (1) 3 porty SATA3, (2) 1 port SATA2, który jest przeznaczony dla napędu optycznego (w przypadku wymagań Zamawiającego dla napędu DVD) oraz dodatkowo (3) złącze M.2. Porty SATA II i SATA III zasadniczo mechanicznie wyglądają identycznie i są zgodne - różnica dotyczy przepustowości. Natomiast złącze M.2 to zupełnie nowy sposób podpinania zasobów. Przedstawił różnice wydajnościowe: SATA II - 3 Gbit/s, SATA m - 6 Gbit/s, M.2 - od 8 Gbit/s do 32 Gbits/s.

Różnica wydajnościowa pomiędzy SATA III i M.2 może być bardzo duża. Złącze M,2 jest nowocześniejszym i bardziej wydajnym rozwiązaniem. Istotnym faktem jest to, iż złącze M.2 nie jest stricte interfejsem. Jest to bowiem złącze kart rozszerzeń, które montowane jest na płytach głównych. Podłączane do niego są zarówno dyski twarde SSD, jak i karty NFC, Bluetooth, GPS oraz Wi-Fi, WWAN. Tak więc złącze M.2 daje dodatkowe możliwości i jest to szansa na unowocześnienie infrastruktury w przyszłości. Zamawiający wymaga, aby komputer stacjonarny typ 1 i typ 2 był wyposażony w napęd optyczny (nagrywarka SATA DVD-/+R/RW) oraz po 2 dyski twarde (SSD i talerzowy). Zatem wyposażenie wyspecyfikowane przez Zamawiającego powoduje, że tak wyposażony komputer będzie miał zajęte 3 spośród 4 złączy SATA 3. Warto w tym kontekście rozważyć podłączenie do złączy w konfiguracji o jaką wnosi Odwołujący: (1) 3 porty SATA3 - jeden z tych portów przeznaczony będzie na dysk twarde talerzowy (wymagany przez Zamawiającego),(2) 1 port SATA2, który jest przeznaczony dla napędu optycznego (w przypadku wymagań Zamawiającego dla napędu DVD), (3) złącze M.2 - do niego podłączony będzie dysk SSD

(wymagany przez Zamawiającego). Konfiguracja o jaką wnosił Odwołujący powoduje, że Zamawiający zyska także dodatkowo dwa wolne porty/złącza, a nie jedno. Napęd optyczny z powodzeniem może być podłączony do złącza SATA2. Producenci komputerów stacjonarnych w większości przypadków słusznie uznają, że nie ma sensu dla napędu DVD przeznaczać złącza SATA 3, ponieważ taki napęd nigdy nie wykorzysta takiej przepustowości. Można to wykazać za pomocą prostych obliczeń. Do obliczeń przyjął Odwołujący szczytowe osiągnięcie techniki optycznej, czyli napęd Blu-Ray (o większym przepływie danych niż napęd DVD). Prędkość najszybszego napędu Blu-Ray to 234000 kB/s czyli 1872000 kbit/s. 1872000 kbit/s po przeliczeniu na gigabity to 1.872 Gbit/s czyli nieco połowa wydajności SATA II. Rozwiązanie zaspokoi wymóg Zamawiającego w tym zakresie, czyli będzie posiadało dwa wolne porty SATA 3. Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 29 ust 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w OPZ i załączniku FO poprzez zmianę wymagań dla komputera typ 1 i typ 2 w zakresie: „Płyta główna: 4 x SATA3” i nadanie mu brzmienia: „Płyta główna: 4 x SATA3 lub 3 x SATA3 oraz 1 x SATA2 (dla napędu optycznego) oraz złącze M.2”.

Zasilacz: MOC 400W i 600W (komputer PC typ 1 i typ 2)

Zamawiający w OPZ oraz załączniku FO dla komputera typ 1 postawił wymaganie: zasilacz – moc 400 W, zaś dla komputera typ 2 postawił wymaganie: zasilacz - moc 600 W. Takie rozwiązanie ogranicza konkurencję ponieważ wyklucza możliwość zaoferowania urządzeń pochodzących od wiodących producentów, a przy tym lepiej zaprojektowanych, co powoduje, że cechują się one mniejszym poborem mocy i obciążeniem zasilacza. Zamawiający opisując moc zasilacza uniemożliwił złożenie oferty wiodącym producentom sprzętu komputerowego takim jak Dell/ HP Inc., Lenovo czy Fujitsu, którzy dają pewność do jakości zasilaczy oraz zapewniają maksimum ich funkcjonalności, trwałości oraz wydajności. Zamawiający określając wymogi dotyczące mocy zasilaczy jest wyraźnie niekonsekwentny, ponieważ z jednej strony określa by zasilacze pozwalały na stabilną pracę przy maksymalnym obciążeniu komputerów i ich rozbudowie o wszystkie możliwe karty rozszerzeń, gdzie wszyscy wyżej wymienieni producenci zapewniają, że ich rozwiązania na to pozwolą oferując zasilacze o mocy maksymalnie 360W. Z drugiej strony Zamawiający sztywno określa wymóg dot. mocy na poziomie 400W i 600W, a tym samym wyklucza możliwość zaoferowania rozwiązań sprzętu czołowych producentów sprzętu komputerowego.

Dzięki profesjonalnemu projektowaniu i doborze zasilaczy u czołowych producentów sprzętu komputerowego, ich rozwiązania są energooszczędne, mają niższy pobór mocy, a niezbędna rezerwa mocy na ewentualne rozszerzenia jest zapewniona. Oznacza dla

Zamawiającego same korzyści np.: mniejsze rachunki za energię elektryczną, mniej wydzielanego ciepła, a więc i de facto dłuższy cykl eksploatacji (krzem będący podstawą budowy układów scalonych od nadmiaru ekspozycji termicznej traci swoje właściwości), mniej wydzielanego ciepła to niższy hałas emitowany przez części mechaniczne komputera. Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w OPZ i załączniku FO poprzez zmianę wymagań dla:

- 1) komputera typ 1 w zakresie: „zasilacz - moc 400 W” i nadanie mu brzmienia: „zasilacz: moc 360W”,
- 2) komputera typ 2 w zakresie: „zasilacz - moc 600 W” i nadanie mu brzmienia: „zasilacz: moc 360W”.

obudowa komputera typu: TOWER ATX (komputer PC typ X i typ 2)

Zamawiający w OPZ oraz załączniku FO dla komputera typ 1 postawił wymaganie: „Obudowa komputerowa: Typu: tower ATX”. Takie rozwiązanie ogranicza konkurencję, ponieważ wyklucza możliwość zaoferowania urządzeń pochodzących od wiodących producentów (Dell, HP Inc., Lenovo czy Fujitsu), a przy tym lepiej zaprojektowanych. Standard ATX został opatentowany przez firmę Intel w 1995 r. i jest rozwiązaniem przestarzałym. Dynamika zmian w świecie informatyki powoduje, że to rozwiązanie po 24 latach nie przystaje do rzeczywistości i aktualnych standardów. Powodem tak długiego trwania tego standardu jest kompatybilność i wymiennność elementów, która (teoretycznie) zapewnia długowieczność komputera, dzięki temu że wymieniając komponenty możemy go unowocześniać. Wydaje się więc, że właśnie taki cel mógł przyświecać Zamawiającemu przy określaniu takiego wymagania - co zresztą znalazło odzwierciedlenie w stanowisku Zamawiającego wyrażonemu przy okazji innego postępowania na zakup sprzętu komputerowego. Praktyka jednak jest taka, że podzespoły nowszych generacji często odmawiają współpracy ze starszymi częściami. Czasem jest to planowe działanie - wynikające z postępu technicznego - jak na przykład nowsze generacje procesorów z innymi podstawkami, bądź szybsze pamięci RAM. Często jest to jednak trudna do rozpoznania niekompatybilność wynikająca z braku możliwości przetestowania komponentów na zasadzie „testujemy każdy z każdym”. Z powodu mnogości podzespołów na rynku jest to niemożliwe. Pozorna więc korzyść może stać się w najgorszym wypadku źródłem strat finansowych. Żądanie obudowy w standardzie ATX jest dyskryminacją producentów oferujących obudowy w nowszych standardach (jak na przykład BTX) lub posiadających własne bardziej dopracowane rozwiązania. Jeżeli Zamawiający planuje jak najdłuższą eksploatację przez „reanimowanie” jednych zestawów, częściami z wycofywanych zestawów, to możliwości przy zestawach, o których dopuszczenie wnosi Odwołujący są

zbliżone do „składek ATX”. Po pierwsze, jest to możliwe w ramach zestawów kupionych w ramach niniejszego Postępowania - są one takie same, producent gwarantuje że są zbudowane z takich samych, wymiennych elementów. Nie występują przypadki, że części z jednej „serii” mogą być niekompatybilne z innymi. Wolumen kupowanych zestawów jest na tyle duży, że zapewni wieloletnią możliwość eksploatacji z założeniem stopniowego wycofywania i przeznaczania „na części” niektórych egzemplarzy. Mitem natomiast jest możliwość swobodnej wymiany części pomiędzy poszczególnymi generacjami urządzeń ATX. Pomimo, że wszystkie one spełniają standard, to jednak będą ze sobą niekompatybilne. Przykładem mogą być procesory, płyty główne, pamięci oraz zasilacze. Po 4 - 5 latach w przypadku gniazda procesorowego jest już zupełnie nowe gniazdo, do którego fizycznie nie da się włożyć starego procesora, a co dopiero zastanawiać się nad kompatybilnością. Podobnie jest z pamięcią. Obecnie używana jest pamięć typu DDR (Double Data Rate), ale ona oczywiście też ma swoje generacje, różniące się (znacząco) parametrami, ale i cechami fizycznymi. Tak wygląda rozwój generacji pamięci na przestrzeni lat: DDR: 2000, DDR2:2003, DDR3:2007, DDR4:2014, DDR5: 2019 (prognozowane wprowadzenie). Uproszczona historia zmian w specyfikacji zasilaczy ATX: ATX12V 1.0 - luty 2000, ATX12V 1.1 sierpień 2000 - małe zmiany, ATX12V 1.2 Styczeń 2002 - usunięcie szyny -5V, ATX12V 1.3 - kwiecień 2003 - zmiana parametrów prądowych i wprowadzenie konektora SATA, ATX12V 2.0 (2003-2004) - przeniesienie większości mocy na szynę 12V. Zmiana głównego wtyku na 24 pinowy, ATX12V v2.01 czerwiec 2004 - małe zmiany, ATX12V v2.1 marzec 2005 - małe zmiany, ATX12V v2.2 marzec zmiany - poprawki w specyfikacji napięcia, ATX12V v2.3 - marzec 2007 - dopasowanie do norm Energy Star 4.0, ATX12V v2.31 luty 2008 - zmiany mające na celu głównie dostosowanie do norm klimatycznych i kompatybilności elektromagnetycznej, ATX12V v2.32, ATX12V v2.4 - obecna wersja z kwietnia 2014. Niezależnie od powyższego Zamawiający dysponuje tak dużym historycznie parkiem maszynowym, że w ramach konkretnych generacji może „reanimować” zestawy częściami wyjętymi ze „złomowanych” zestawów. Ale w praktyce możliwe to będzie na dokładnie tej samej zasadzie jak z zestawami zaoferowanymi w niniejszym Postępowaniu - w ramach konkretnej „generacji”. Powyższe okoliczności stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w OPZ i załączniku FO poprzez zmianę wymagań dla komputera typ 1 i typ 2 w zakresie: „Obudowa komputerowa: Typu: tower ATX” i nadanie mu brzmienia: „Obudowa komputerowa: Typu: tower”.

Obudowa Komputera: 2 SZT. wewnętrznych kieszeni 3,5" (komputer PC typ 1 i typ 2):

Zamawiający w OPZ oraz załączniku FO dla komputera typ 1 i typ 2 postawił wymaganie: „Obudowa komputerowa: 1 szt. zewnętrznych kieszeni 5,25", 2 szt. wewnętrznych kieszeni

3,5". Takie rozwiązanie ogranicza konkurencję, ponieważ wyklucza możliwość zaoferowania urządzeń pochodzących od wiodących producentów (Dell, HP Inc., Lenovo czy Fujitsu), a przy tym lepiej zaprojektowanych. W obecnym czasie bardzo mocno zauważalny jest trend zanikania dysków w formacie 3,5" oraz kieszeni zewnętrznych 5,25". Wszak dyski półprzewodnikowe SSD (przeznaczone do zastosowań poza serwerami i stacjami graficznymi) produkowane są jedynie w formacie 2,5" oraz M.2 a napędy optyczne w wersji slim. Zauważając ten trend, wiodący producenci umożliwiają instalację w swoim sprzęcie najnowszych rozwiązań i takie rozwiązania promują. Takie same efekty, a nawet zdecydowanie lepsze można osiągnąć przez zastosowanie rozwiązania posiadającego: (1) wewnętrzną kieszeń 3,5" -1 szt., (2) wewnętrzną kieszeń 2,5" - 2 szt., (3) złącze M.2 -1 szt., (4) zewnętrzną kieszeń 5,25" typu „slim" (bez możliwości instalacji dysku twardego, ale z przeznaczoną na napęd optyczny typu slim) -1 szt. W przypadku rozwiązania, o którego dopuszczenie wnosił Odwołujący: w wewnętrznej kieszeni 2,5" byłby umieszczony dysk talerzowy, w złączu M.2 dysk SSD, zaś napęd optyczny w kieszeni zewnętrznej 5,25" typu slim. W takim wypadku Zamawiający nadal miałby wolną kieszeń 3,5" oraz jedną wolną 2,5" a więc otrzymałby więcej niż oczekiwał. W aktualnie postawionych wymaganiach dwie wewnętrzne kieszenie 3,5" i zewnętrzna kieszeń 5.25" byłyby spożytkowane na dyski - SSD i talerzowy oraz napęd optyczny, zatem Zamawiający nie miałby żadnego wolnego miejsca na np. zamontowanie dodatkowego dysku.

Rozwiązanie proponowane przez Odwołującego daje możliwość spełniania potrzeb Zamawiającego, a dodatkowo daje korzyści: większa liczba wewnętrznych kieszeni co daje dodatkowe możliwości, wolna jedna wewnętrzna kieszeń 3,5", możliwość unowocześnienia infrastruktury w przyszłości. Dlatego w ocenie Odwołującego wymagania Zamawiającego stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w OPZ i załączniku FO poprzez zmianę wymagań dla komputera typ 1 i typ 2 w zakresie: „Obudowa komputerowa: 1 szt. zewnętrznych kieszeni 5,25", 2 szt. wewnętrznych kieszeni 3,5" i nadanie mu brzmienia: ..Obudowa komputerowa: 1 szt. zewnętrznych kieszeni 5,25" lub zewnętrznych kieszeni 5.25" typu slim, 2 szt. wewnętrznych kieszeni 3.5" lub 1 szt. wewnętrznych kieszeni 3,5" oraz 2 szt. wewnętrznych kieszeni 2.5".

Obudowa komputera: Filtr przeciwkurczowy pod zasilaczem (komputer PC typ 1 i typ 2):

Zamawiający w OPZ oraz załączniku FO dla komputera typ 1 i typ 2 postawił wymaganie: „Obudowa komputerowa: filtr przeciw kurzowy pod zasilaczem". Takie rozwiązanie ogranicza konkurencja ponieważ wyklucza możliwość zaoferowania urządzeń pochodzących od wiodących producentów (Dell, HP Inc., Lenovo czy Fujitsu), a przy tym lepiej zaprojektowanych. Przy projektowaniu urządzeń techniki komputerowej należy pamiętać o zapewnieniu odpowiedniego chłodzenia. Najczęściej stosowane jest chłodzenie

za pomocą strumienia powietrza, które przechodząc przez obudowę chłodzi elementy, samo nabierając temperatury. Ogrzane powietrze powinno być usuwane z obudowy, w miarę możliwości jak najdalej od miejsca, w którym do obudowy zasysane jest powietrze chłodne. Najpopularniejszym schematem jest taki układ, w którym chłodne powietrze zasysane jest od frontu komputera. Ma to swoje uzasadnienie, ponieważ użytkownik zawsze musi pozostawić wolny dostęp do frontu komputera, choćby z powodu konieczności korzystania z przycisku włączającego urządzenie, portów USB czy napędu optycznego. Powietrze zasysane od frontu kierowane jest najczęściej z dolnej części panelu przedniego w kierunku tyłu obudowy. W ten sposób strumień powietrza ma możliwość przepłynięcia przez całą obudowę, a strefy poboru chłodnego powietrza i emisji powietrza ogrzanego są od siebie maksymalnie odseparowane. Bardzo ważną cechą komputerów projektowanych od początku do końca przez jednego dostawcę jest fakt, że projektant uwzględnia położenie gniazda procesora i umieszcza je na płycie głównej w takim położeniu, w jakim będzie owiewane najefektywniej przez strumień powietrza. W przypadku konstrukcji składanych z komponentów różnych producentów, jest to niemożliwe, gdyż nie ma konkretnych norm dotyczących rozmieszczenia elementów na płycie głównej. Wśród wymagań Zamawiającego, znalazł się wymóg aby zasilacz znajdował się na dole obudowy, a filtr przeciwkurzowy był zlokalizowany pod zasilaczem. Przeczy to w jaskrawy sposób dobrym praktykom w dziedzinie projektowania komputerów. W rozwiązaniu opisanym przez Zamawiającego nie wystąpi zjawisko efektywnego chłodzenia strumieniem powietrza płyty głównej, ponieważ powietrze będzie przepływało jedynie w tylnej części obudowy. Przednia część, gdzie znajduje się na przykład generujący znaczne ilości ciepła dysk twardy - pozostanie niechłodzona. Ponadto mechanizm pobierania powietrza spod obudowy obarczony jest znaczącą wadą, wynikającą z praw fizyki. Dno obudowy komputerowej oddalone jest od podłoża, na którym stoi zestaw jedynie na taką wysokość, jaką dają nam podstawki obudowy. Podstawki te mają najczęściej wysokość około 5 mm. Wystąpi więc zjawisko polegające na tym, że przepływ powietrza będzie nikły, ponieważ otwór wentylacyjny przez który wentylator zasysa powietrze nie będzie należycie drożny. Ostatnią wadą montażu filtra na spodzie obudowy jest fakt, że nie możemy skontrolować stanu jego drożności bez demontażu jednostki centralnej. Aby skontrolować (lub wymienić/oczyścić) tak zamontowany filtr, należy uzyskać dostęp do spodniej części obudowy, co wiąże się z koniecznością wyjęcia jednostki centralnej, wypięcia przynajmniej części okablowania i odwrócenia obudowy „do góry nogami”. Dodać należy, że niedrożność (brudny, zapchany, zakurzony) filtr to większe prawdopodobieństwo uszkodzenia sprzętu z przegrzania, które wynika z braku przepływu powietrza (przez zapchany filtr nie przechodzi wymagana ilość świeżego powietrza). Filtr zlokalizowany na panelu przednim umożliwi błyskawiczną kontrolę wzrokową jego stanu, nawet bez przerywania pracy komputera. Odwołujący podał,

że rozwiązanie, o które wnosi jest zdecydowanie lepsze, efektywniejsze, i wygodniejsze. Wnosimy więc o wykreślenie wymagania umiejscowienia filtra „pod zasilaczem, a wymagania Zamawiającego naruszają art. 29 ust 2 oraz art 7 ust 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w OPZ i załączniku FO przez zmianę wymagań dla komputera typ 1 i typ 2 w zakresie: „Obudowa komputerowa: filtr przeciw kurzowy pod zasilaczem” przez jego wykreślenie.

Obudowa komputera: obudowa wewnątrz musi być pomalowana na taki sam kolor jak na zewnątrz obudowy (komputer PC typ 1 i typ 2):

Zamawiający w OPZ oraz załączniku FO dla komputera typ 1 i typ 2 postawił wymaganie: „Obudowa komputerowa: obudowa wewnątrz musi być pomalowana na taki sam kolor jak na zewnątrz obudowy”. Takie rozwiązanie ogranicza konkurencję, ponieważ wyklucza możliwość zaoferowania urządzeń pochodzących od wiodących producentów (Dell, FIP Inc., Lenovo czy Fujitsu), a przy tym lepiej zaprojektowanych.

Odwołujący wniósł o wykreślenie powyższego wymogu, jako nie uzasadnionego, a być może szkodliwego w aspekcie eksploatacji urządzeń techniki komputerowej. Standardem wśród renomowanych producentów jest stosowanie na wewnętrznych elementach zabezpieczenia antykorozyjnego w postaci ocynkowania materiału, a nie lakierowanie go. Ma to uzasadnienie na przykład podczas serwisowania sprzętu, gdy do nielakierowanej wewnętrznej części obudowy możemy przypiąć opaskę antystatyczną dla serwisanta.

W tym miejscu w odwołaniu zdjęcie

Odwołujący wskazał, że przedmiotowy wymóg nie ma żadnego wpływu na jakiegokolwiek walory użytkowe, jakościowe czy estetyczne, a jedynym jego wymiernym efektem jest ograniczenie konkurencji co narusza art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w OPZ i załączniku FO poprzez zmianę wymagań dla komputera typ 1 i typ 2 w zakresie: „Obudowa komputerowa: obudowa wewnątrz musi być pomalowana na taki sam kolor jak na zewnątrz obudowy” przez jego wykreślenie.

W podsumowaniu argumentacji Odwołujący podał, że powyżej wymienione wymagania wskazują na tzw. „składaki”. W odróżnieniu od przysłowiowych „składaków” jakie wyspecyfikował Zamawiający, komputery wyprodukowane przez renomowanych producentów zbudowane są z dopasowanych do siebie, projektowanych z naciskiem na jak największą kompatybilność, elementów. Dzięki temu producent jest w stanie czuć na przykład nad energooszczędnością całych zestawów, stąd w zestawach nie będących „składakami” nie stosuje się zasilaczy o takiej mocy jaką wymaga Zamawiający. Po prostu jest to zbędne. Komputery są energooszczędne, mają niższy pobór mocy, a niezbędna

rezerwa na ewentualne rozszerzenia jest zapewniona. Dla klientów (Zamawiających) oznacza to same korzyści, bowiem mniejszy pobór prądu to: mniejsze rachunki za energię elektryczną, mniej wydzielanego ciepła, a więc i de facto dłuższy cykl eksploatacji (krzem będący podstawą budowy układów scalonych od nadmiaru ekspozycji termicznej traci swoje właściwości), mniej wydzielanego ciepła to niższy hałas emitowany przez części mechaniczne komputera. Zamawiający nie zawarł żadnych wymagań na temat komfortu pracy i ergonomii pracy na stanowiskach, które miałyby być wyposażone w komputery będące przedmiotem postępowania. Komputer schodzący z linii produkcyjnej w fabryce spełniającej normy ISO jest powtarzalny, zgodny z projektem, spełniający normy: jakościowe, wpływu na środowisko, gospodarki odpadami, ergonomii na stanowisku pracy. Odwołujący podał, że uwzględnienie wskazanych powyżej żądań Odwołującego da Zamawiającemu szansę na pozyskanie urządzeń energooszczędnych i spełniających powyższe normy, oprócz innych korzyści opisanych przy okazji poszczególnych zarzutów. Ponieważ Zamawiający nie wyspecyfikował żadnych kryteriów jakościowej oceny zestawu komputerowego w oparciu o jakiegokolwiek normy jakości, zachodzi obawa, że w przetargu zostanie dostarczony sprzęt nie spełniający tych norm, a zarazem spełniający nieprawidłowo opisane przez Zamawiającego wymagania. Jedynym kryterium jakościowym jest to, dotyczące zasilacza - aby spełniał wymogi normy 80 plus. W odróżnieniu od wyspecyfikowanego przez Zamawiającego „składaka”, sprzęt firmowy jest bardzo dokładnie i rzetelnie projektowany, testowany i badany pod kątem zgodności z normami. Komputery te trafiają do masowej produkcji, więc projektowane są w sposób zapewniający jak najmniejszą awaryjność a jednocześnie maksymalną efektywność. W przypadku „składaka” standardowo wygląda to zdecydowanie prościej. Proces powstawania takiego urządzenia zazwyczaj ogranicza się do zmontowania zestawu z dostępnych na rynku elementów. Zestaw jako zbiór elementów nie musi być poddawany takim testom i weryfikacji, jak sprzęt renomowanego światowego producenta, a więc jest duże prawdopodobieństwo, że nie będzie po prostu prezentował takiej jakości wykonania. Przykładem niech będzie system chłodzenia. W rozwiązaniach projektowanych w laboratoriach wiodących producentów nawet sposób rozmieszczenia okablowania wewnątrz obudowy, tak aby nie zakłócały przepływu powietrza jest przedmiotem badań. W przypadku komputerów składanych z gotowych części, sposób ułożenia przewodów będzie albo dziełem przypadku, albo też jest planowany bez szczególnej analizy, w momencie montażu zestawu. Zamawiający eliminuje i dyskryminuje najbardziej doświadczone podmioty, produkujące najwyższej klasy urządzenia. W powyższym stanie rzeczy wniesienie niniejszego odwołania było konieczne w ocenie Odwołującego oraz w pełni uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 lutego 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania przedstawione na rozprawie odwołanie oddaliła.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych*

twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie *regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- dowód nr 1 – wydruki ze stron internetowych dwóch kalkulatorów obliczania mocy komputerów, dwa różne kalkulatory (3 karty),
- dowód nr 2 – zestawienie kart katalogowych producentów Fujitsu, Dell, Lenovo, HP i ACER (51 kart),
- dowód nr 3a i 3b – wyciągi ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Zamawiającego w roku 2017 i 2019 (7 kart),
- dowód nr 4 – Analiza w zakresie oszczędności zużycia prądu w przypadku zastosowania zasilacza 360W zamiast 400W, opracowanie własne (1 strona) oraz wydruk ze strony internetowej wskazujący średnią cenę prądu (2 karty),
- dowód nr 5a i 5b – wydruk korespondencji mailowej od firmy Dell oraz Fujitsu (7 kart),
- dowód nr 6 – oferta z dystrybucji firmy HP oraz wydruk ze strony internetowej parametrów zestawu z oferty (3 karty)

Odwołujący w trakcie rozprawy złożył również dokument (1 karta) – opracowanie własne

- zestawienie parametrów komputerów z postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, tj. przedmiotowego postępowania (zestaw nr 1) oraz z postępowania z 2017 i 2019 roku.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- dowód nr 7 – wydruk ze strony internetowej sklepu Komputronik z modelami i cenami zasilaczy do obudowy o mocy 400W.

VI.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym dokonał zmiany w dniu 4 marca 2019 roku oraz w dniu 11 marca 2019 roku.

W wyniku zmian z dnia 4 marca 2019 roku, w odpowiedzi na pytanie 8 Zamawiający dla komputera PC typ 2 w załączniku do Formularza ofertowego oraz załączniku nr 2 do SWIZ w Tabeli Parametry minimalne w wierszu Zasilacza wprowadził zmiany i zastąpił treść: „moc 600W” treścią: „moc 400W”.

Tym samym, na dzień orzekania w przedmiotowej sprawie wymagania Zamawiającego w odniesieniu do mocy *Zasilacza*, zarówno w odniesieniu do Komputera PC typ 1 – 15000 szt. jak i Komputera PC typ 2 – 2586 szt. określone w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj.: w Załączniku nr 1 do SWIZ - Formularzu ofertowym do przetargu 26/Błil/19/MR/PM oraz w Załączniku nr 2 do SWIZ – Opis przedmiotu zamówienia, w wierszu „Zasilacz” zostały określone przez Zamawiającego następująco: Komputera PC typ 1 – „moc 400W”; Komputera PC typ 2 – „moc 400W”.

Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożył oświadczenie, w wyniku którego wycofał zarzuty odwołania naruszenia art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy w odniesieniu do wszystkich parametrów kwestionowanych w odwołaniu z wyłączeniem zarzutu dotyczącego mocy zasilacza do Komputera PC typ 1 i Komputera PC typ 2.

Stosownie do przepisu art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Izba poddała pod rozpoznanie zarzuty odwołania niewycofane przez Odwołującego, podkreślenia wymaga również, że dokonana przez Zamawiającego zmiana postanowień SIWZ w odniesieniu do mocy zasilacza dla Komputera PC typ 2 nie miała wpływu na ocenę zarzutu odwołania. Zaznaczyć należy w tym miejscu, że ustawa nie zakazuje Zamawiającemu, w przypadku wniesienia odwołania, dokonywania dalszych czynności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, również w zakresie objętym zarzutami i wnioskami. Istotnym również jest, że czynności jakich dokonuje, już po wniesieniu odwołania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający nie muszą być zgodne z żądaniami stawianymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu wydania przez Izbę rozstrzygnięcia, o czym mówi art. 183 ust. 1 ustawy. Mając na uwadze art. 191 ust. 2 ustawy, dokonane przez Zamawiającego czynności po wniesieniu odwołania, a przed zamknięciem rozprawy, składają się na stan rzeczy stanowiący podstawę faktyczną wyroku. Izba nie mogła, z uwagi na treść ww. przepisu pominąć zmian dokonanych w treści SWIZ przez

Zamawiającego. Dokonana przez Zamawiającego zmiana w odniesieniu do Komputerów PC typ 2 spowodowała zmiany stanu faktycznego sprawy w dacie orzekania, jednakże zmiana ta nie prowadziła do bezprzedmiotowości, nieaktualności lub braku wpływu na wynik tego postępowania.

W trakcie rozprawy Odwołujący zmodyfikował żądania odwołania przez nadanie mu brzmienia: w zakresie komputer PC typ 1 – „zasilacz moc 360W, posiadający zapas mocy w stosunku do oferowanej konfiguracji na poziomie minimum 100W”; w zakresie komputer PC typ 2 – „zasilacz moc 360W, posiadający zapas mocy w stosunku do oferowanej konfiguracji na poziomie minimum 100W”

VII.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutów naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie mocy zasilacza dla Komputera Pc typ 1 i Komputera PC typ 2 – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba na wstępie rozważań wskazuje, że określone przez ustawodawcę w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Izba podkreśla również, że kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie jak również uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, czasu w jakim Zamawiający udziela zamówienia. Niewątpliwie, co również należy podkreślić, Zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne Zamawiającemu standardy, przy uwzględnieniu realnych potrzeb Zamawiającego. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał - Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w

pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.).(...) Obowiązkiem Zamawiającego jest, w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Podkreślić jednakże należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów – to stanowi istotę konkurencyjności w ramach danego zamówienia. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że Zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do tych wymaganych przez Zamawiającego. Warto w tym miejscu również wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 uzasadniał: Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy ... nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla

zamawiającego kluczowe znaczenie.

Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-175/05). (...) Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 09.X.2008r., sygn. akt KIO//UZP 1024/08, zgodnie z którym " (...) Bezspornie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów. Konkludując powyższe Izba wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1107/15, KIO 1114/15, w którym Izba wskazała, że właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że naruszono zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Również w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2018 roku sygn. akt KIO 1046/18 – wydanym w sprawie tego samego Zamawiającego prowadzącego postępowanie na zakup komputerów – Izba wskazała, że (...) Izbie nie pozostało nic innego, jak kolejny raz wyrażenie stanowiska, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który w pełni zabezpiecza jego potrzeby. Zamawiający, który posiada wiedzę o przeznaczeniu zamawianego sprzętu komputerowego, jest uprawniony do adekwatnego określenia jego parametrów. Co więcej zakwestionowane w odwołaniu parametry mają charakter standardowy i nie są specyficzne dla określonego producenta lub produktu, a zatem nie sposób twierdzić, że prowadzą do ograniczenia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Zamawiający nigdy nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty, a tym bardziej złożenie oferty, która będzie optymalna z punktu widzenia założeń biznesowych danego wykonawcy. Zamawiający nie ma też obowiązku prawnego podążać za aktualnymi trendami na rynku wyznaczanymi przez wiodących producentów w odniesieniu do pecetów biurowych. Okoliczność, że Odwołujący nie posiada w swojej ofercie sprzętu, który pozwoliłby mu na złożenie oferty z korzystną ceną, nie oznacza, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, że: po pierwsze, Odwołujący skupił swoją argumentację zawartą w odwołaniu na wykazywaniu, że dokonany opis przedmiotu zamówienia w zakresie mocy zasilaczy dla Komputera PC typ 1 i typ 2 uniemożliwia złożenie

oferty w postępowaniu wiodącym producentom sprzętu komputerowego. Jednocześnie Odwołujący sam jest niekonsekwentny w swojej argumentacji, ponieważ wniósł o zmianę postanowień SWIZ w taki sposób, aby Zamawiający określił moc zasilacza jako 360W, a jednocześnie wskazuje, że rozwiązania jakich wymaga w poszczególnych typach komputerów Zamawiający pozwolą zabezpieczyć zasilacze czołowych producentów o mocy maksymalnie 360W. Z przedstawionego przez Odwołującego dowodu nr 2 wynika, że w komputerowych o zbliżonych parametrach jak te wymagane przez Zamawiającego czołowi producenci określali moc zasilacza na poziomie od 65 W do 280W, a w jednym przypadku 300W. Podkreślenia wymaga, że komputery prezentowane w tym dowodzie są jedynie zbliżone i nie zostały szczegółowo zweryfikowane przez Odwołującego co do poszczególnych komponentów, dlatego też w ocenie Izby ten dowód można traktować jedynie jako potwierdzający, że takie komputery istnieją i mają określone przez ich producenta zasilacze o określonych mocach. Jednocześnie dowód ten wskazuje, że zasilacze o mocy 360W o jakich wprowadzenie wnosił Odwołujący również nie są powszechnie stosowane w komputerach produkowanych seryjnie przez poszczególnych wskazanych przez Odwołującego czołowych producentów sprzętu komputerowego, co prowadzi do wniosku, że zastosowanie zasilaczy o mocy 360W – jak wnosił Odwołujący – również stanowiłoby zastosowanie rozwiązania, które może nie jest powszechne ale zapewne dostępne, tak jak rozwiązanie, którego oczekuje Zamawiający tj. moc zasilacza 400W. W ocenie Izby dowód ten (dowód nr 2) potwierdza również, ale wręcz odmiennie od twierdzeń Odwołującego natomiast zgodnie z argumentacją Zamawiającego, że możliwe jest chociażby przybliżone określenie poziomu niezbędnej mocy zasilacza jaka jest konieczna do użytkowania sprzętu o konfiguracji przewidzianej przez Zamawiającego. Niewątpliwie należy przyznać Odwołującemu rację, że Zamawiający nie jest w stanie określić w sposób jednoznaczny minimalnej niezbędnej mocy dla Komputera PC typ 1 i typ 2 o określonej konfiguracji w opisie przedmiotu zamówienia i tym samym „mocy zapasowej”, co uzależnione jest w każdym przypadku od określonych parametrów przez poszczególnych producentów komponentów komputera. Zarówno Odwołujący jak i Zamawiający na ten moment nie są w stanie określić w sposób jednoznaczny jaki będzie niezbędny do pracy komputera o konfiguracji określonej przez Zamawiającego pobór mocy z zasilacza, bowiem jak wskazywali, uzależnione jest to od poszczególnych elementów jakie tworzą w całości komputer i niezbędnej do ich pracy mocy. Jednocześnie należy zaznaczyć, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że różnice w poborze mocy przy konfiguracji komputera PC typ 1 i typ 2 określonej przez Zamawiającego będą jakieś znaczące. W zasadzie, Odwołujący powołując się na te różnice w poborze mocy nie przedstawił żadnego dowodu wskazującego, że pobór mocy dla komputera PC typ 1 i typ 2 o elementach wymaganych przez Zamawiającego, ale pochodzących od różnych

producentów, będzie wymagał mocy zasilacza o różnych wartościach, oraz że wartości te będą znaczące. Nie przedstawił żadnego dowodu, że w jednym przypadku wymagana moc będzie np.: na poziomie 150W, a w innym przypadku na poziomie 350W, co powodowałoby konieczność zmiany postanowienia SIWZ zgodnie z wnioskami Odwołującego. Zamawiający, co oświadczył w trakcie rozprawy był w stanie określić po przeprowadzonych analizach mając na uwadze własne potrzeby zabezpieczenia komputerów w moc zapasową, że pobór mocy komputera opisanego w opisie przedmiotu zamówienia będzie oscylował na poziomie 160W, to również wykonawca mógł i powinien był dokonać takich obliczeń. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionował ww. stanowiska Zamawiającego twierdząc jedynie, że może dokonać tego producent. Izba zaznacza w tym miejscu, że Zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty na komputery PC typ 1 i typ 2, które nie są seryjnie produkowane. Odwołujący nie wykazał natomiast, że istnieją i są możliwe do zaoferowania takie komputery, w konfiguracji sprzętowej opisanej przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, których pobór mocy byłby bardzo wysoki (a może i zbliżony do 400W), co powodowałoby w zasadzie iluzoryczność mocy zapasowej. Sama modyfikacja wniosków odwołania, którą zawniósł Odwołujący w trakcie rozprawy dowodzi tego, że dla komputerów zbudowanych z komponentów opisanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia maksymalna niezbędna do działania komputera moc według Odwołującego to 260W. Wynika to z tego, że modyfikacja wniosku dotyczyła zapewnienia mocy zapasowej (zapasu mocy zasilacza) na poziomie minimum 100 W. To też w ocenie Izby oznacza, że w samym komputerze jaki chciałby zaoferować Odwołujący niezbędna moc dla działania komputera może być mniejsza niż 260W (skoro Odwołujący określił w żądaniu „zapas mocy w stosunku do oferowanej konfiguracji na poziomie minimum 100W”). Żądanie Odwołującego w sposób znaczący zmieniałoby elementy przedmiotu zamówienia, które jak podkreślał Zamawiający są dla niego istotne, bowiem zapas mocy zasilania komputera jaki gwarantuje sobie przedstawionym opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający oscyluje na poziomie 240W, skoro, jak podnosił Zamawiający pobór mocy komputera opisanego w opisie przedmiotu zamówienia będzie oscylował na poziomie 160W. Izba zaznacza również, że dowód nr 2 przedstawiony przez Odwołującego, wskazuje komputery o zbliżonych parametrach do tych wymaganych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, również potwierdza, że przy nieidentycznych konfiguracjach zasilacze o mocy zbliżonej do wskazanej przez Zamawiającego jako niezbędnej do pracy komputera (w niektórych przypadkach znacząco mniejszej 65W, 90W, ale też 180W, 210W czy w przypadkach wyższych 250W, 280W) będą wystarczające dla działania komputerów. Przy czym zaznaczenia wymaga, że komputery wskazane w tym dowodzie nr 2 są inne przedmiotowo od wymagań Zamawiającego. W zasadzie z tego dowodu (dowód nr 2) wynika, że pobór mocy jest na przewidywanym

poziomie u poszczególny producentów w poszczególnych wskazanych konfiguracjach sprzętowych.

Izba zaznacza również, że żądanie Odwołującego odnoszące się do zmiany mocy zasilacza nie dotyczyło wartości minimalnej mocy zasilacza, lecz Odwołujący podał ją jako 360W, przy czym składane przez Odwołującego w postępowaniu dowody odnoszą się do mocy zasilacza o mniejszych, innych wartościach, co więcej nie potwierdzają w żaden sposób, że wartość 360W mocy zasilacza jest powszechna i dostępna. W ocenie Izby potwierdza powyższe, że celem Odwołującego było doprowadzenie do sytuacji, w której to Odwołujący będzie mógł zaoferować komputer z zasilaczem 360W, tym samym było nakierowane na indywidualną, biznesową potrzebę Odwołującego. Ponieważ słusznie dostrzegł Zamawiający, co również Izba wskazuje, Odwołujący nie został pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu, w którym moc zasilacza komputerów PC typ 1 i typ 2 wymagana przez Zamawiającego to 400W. Odwołujący nie odniósł się do ewentualnej zmiany zasilacza w przewidywanym do zaoferowania komputerze dla każdego z typów na 400W z 360W – a jak sam Odwołujący zauważył różnica dotyczy jedynie 40W mocy zasilacza. Co więcej, Odwołujący nie podniósł, że nie jest to możliwe technicznie, to w ocenie Izby pozwala uznać, że technicznie taka czynność jest możliwa. Potwierdza to również argumentacja Odwołującego odnosząca się do takich działań producentów, które mają na celu optymalizację potrzeb przez dopasowanie mocy zasilacza do komponentów komputera, tym samym określając moc zasilaczy na poziomie niezbędnym do pracy komputera o określonych elementach. Zaznaczenia wymaga również, że łączna ilość zamawianych komputerów PC typu 1 i typu 2 przekracza ponad 17500 sztuk, co niewątpliwie stanowi duże zamówienie dla każdego podmiotu, a co za tym idzie zapewne możliwe są zmiany konfiguracji sprzętowych poszczególnych elementów, czego nie kwestionował Odwołujący. Dodatkowo ceny zasilaczy o mocy 400W jakie zostały przedstawione w dowodzie nr 7 przez Zamawiającego nie były kwestionowane przez Odwołującego, nie była również kwestionowana dostępność takich zasilaczy.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również w żaden sposób, że określenie mocy zasilacza na poziomie 400W dla Komputera PC typ 1 i typ 2 jest wynikiem dopuszczenia w postępowaniu możliwości zaoferowania tzw. „składaków”, czyli komputerów nie pochodzących z seryjnej produkcji, co więcej Odwołujący też nie kwestionował możliwości zaoferowania takich komputerów w tym postępowaniu. Jednocześnie dowód nr 2 na stronie 45 i 46 potwierdza, wbrew twierdzeniom Odwołującego, istnienie w seryjnej produkcji komputerów o mocy zasilacza 400W.

Istnieje również możliwość zaoferowania przez Odwołującego komputerów innego producenta niż Dell, skoro komputer jaki chce zaoferować Odwołujący nie spełnia wymagań Zamawiającego co do mocy zasilacza. Sam Odwołujący przedstawił dowód nr 6, wskazując, że komputer HP spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu

zamówienia. Również, co Izba podkreśla z całą mocą, sam Odwołujący podał, że wymagania Zamawiającego może spełnić każdy komputer, który będzie składany, a nie seryjnie produkowany – czego Odwołujący nie kwestionował. Tym samym, w zasadzie każdy kto tylko będzie miał wolę jest w stanie złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie będzie zmuszony do oferowania komputerów za cenę ponad sześciu czy ponad jedenastu tysięcy złotych na co wskazywał Odwołujący powołując dowód nr 5a i 5b. Oczywiście to zawsze autonomiczną wolą wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest dobór oferowanych sprzętów. Decyzja wykonawcy co do udziału w postępowaniu dotyczy również przedmiotu, który chce oferować, ale nie oznacza to w żadnej mierze, aby Zamawiający był obowiązany do dostosowywania swoich potrzeb do możliwości czy też chęci poszczególnych czy danego wykonawcy. Izba zaznacza, że konkurencja w postępowaniu nie polega na dopuszczeniu przedmiotowo wszystkiego co istnieje na danym rynku, czy też wszystkiego co też chcą zaoferować wykonawcy lecz na możliwości konkurowania wykonawców w zakresie przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. W rozpoznawanej sprawie, przy tak szerokich i w zasadzie niczym nieograniczonych możliwościach konfigurowania komponentów komputera konkurencja pomiędzy wykonawcami nie została w żaden sposób zachwiana. To że dany wykonawca nie może zaoferować akurat tego konkretnego produktu, który chciałby zaoferować nie oznacza, że Zamawiający naruszył zasadę konkurencji w postępowaniu. Izba podkreśla w tym miejscu, że Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny wskazał przyczyny jakie legły u podstaw opisanego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem zasilacza o mocy 400W. Zamawiający wyjaśnił, że komputery będą sukcesywnie, w zależności od potrzeb, rozbudowywane w miejscach ich docelowego użytkowania. Jednocześnie w przedstawianej argumentacji w trakcie rozprawy Odwołujący referował do rozbudowywania komputerów przez Zamawiającego już na etapie ich użytkowania co miało uzasadniać potrzebę dookreślenia zapasu mocy na zasilaczu, dlatego też w ocenie Izby jednoznaczne było dla Odwołującego, że komputery będą rozbudowywane w przyszłości. Argumentacja jaką pierwotnie podnosił na rozprawie Odwołujący, a referująca do potrzeb dobrania mocy zasilacza do komponentów komputera opisanego przez Zamawiającego nie była spójna z późniejszą argumentacją jak również nie korelowała ze zmianą żądania przedstawioną przez Odwołującego w trakcie rozprawy, tym samym Izba uznała ją za bezzasadną. Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia - „zasilacz pozwalający na stabilną pracę przy maksymalnym obciążeniu (rozbudowie) komputera o wszystkie możliwe karty rozszerzeń”. Uzasadniając własne potrzeby jakimi kierował się przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał w trakcie rozprawy, że *w planie ma domontowanie do komputera czynników kart mikroprocesorowych, szyfratorów,*

duplikatorów złącz, paneli audiowizualnych, dysków twardych, napędów dyskowych. Izba wskazuje, że w zakresie potrzeb Zamawiającego Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił w ocenie Izby, że takie komputery nie są potrzebne Zamawiającemu, nie uprawdopodobnił braku potrzeb zakupu ponad 17500 sztuk komputerów, które Zamawiający będzie mógł rozbudowywać, co pozwoli mu na realizację zadań jakie stawiane są przed Zamawiającym. Odniesienie się przez Odwołującego do tego, że różnica w mocy zasilacza wynosi tylko 40W potwierdza w ocenie Izby, że sam Odwołujący mając świadomość tego jaki jest pobór mocy komputera zawierającego elementy jakie opisał w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający, zdaje się rozumieć (co wynika również z argumentacji odnoszącej się do ilości portów), że Zamawiający będzie rozbudowywał komputery, a co za tym idzie, że zasilacz zamontowany w komputerze musi mieć większą moc niż ta niezbędna do uruchomienia komputera w konfiguracji zamawianej przez Zamawiającego. Również podnoszone w zmodyfikowanym żądaniu przez Odwołującego określenie zapasu mocy zasilacza potwierdza w ocenie Izby, że Odwołujący rozumie i co najważniejsze akceptuje potrzeby Zamawiającego definiowane rozbudową komputerów. Odwołujący nie podniósł ani raz, że nie jest możliwe zamontowanie w komputerze zasilacza o mocy 400W i nie kwestionował takiej okoliczności. Ta okoliczność w zestawieniu z tym, że jednocześnie rozumie i akceptuje potrzeby Zamawiającego odnoszące się do możliwości rozbudowy komputera w przyszłości w ocenie Izby pozwala na stwierdzenie, że Odwołujący po prostu chce mieć możliwość zaoferowania konkretnego, danego komputera z zasilaczem 360W (o minimalnej mocy zapasowej 100W).

W zasadzie na potrzeby Zamawiającego wskazał sam Odwołujący, bowiem choć odniósł się do kart graficznych jakie można wpiąć dodatkowo do zamawianych komputerów i jakie można stosować do gier komputerowych, co Izba traktuje jako zobrazowanie argumentacji, w zasadzie potwierdził możliwość użytkowania takich kart graficznych np. nie do gier komputerowych, lecz jak zaznaczył Zamawiający do *dokonywania zrzutów z dużych ekranów*. Dodatkowo należy zaznaczyć, że karty graficzne – oczywiście w zależności od takiej karty – mają różny pobór mocy. Uczestnik postępowania odwoławczego w argumentacji wskazał, że istnieją karty graficzne (oraz inne karty rozszerzeń), które do dla uruchomienia wymagają punktowego użycia mocy np.: 400W. Odwołujący w zasadzie sam potwierdził przywołując przykład z kartą graficzną, że lepsza karta graficzna wymaga większego poboru mocy z zasilacza, a tym samym, że wymagania Zamawiającego co do mocy zasilacza są zasadne.

W odniesieniu do dowodów 3a i 3b zawnioskowanych przez Odwołującego, a dotyczących dwóch innych prowadzonych przez Zamawiającego postępowań Izba uznała, że są one irrelevantne dla tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał żadnego powiązania pomiędzy tymi postępowaniami. Wręcz Izba uznała, że właśnie

określenie mocy zasilaczy na poziomie 300W i 180W w poprzednich postępowaniach przy jednoczesnym planowanym rozbudowaniu komputerów mogło być dla Zamawiającego podstawą do zwiększenia mocy zasilaczy, a tym samym osiągnięcia celu, tj. możliwości rozbudowy komputerów. Odwołujący oświadczył w trakcie rozprawy, że komputery jakich wymaga w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający, a jakie chce zaoferować potrzebują zasilania o mocy 260. W efekcie prowadzi to do wniosku, że komputery zakupione w poprzednich postępowaniach mogły być rozbudowywane o inne elementy niż zakładane w tym przypadku. Skoro poprzednio zakupione komputery nie mogły z uwagi na moc zasilacza zostać rozbudowane w szerszy sposób (choć nie wykazał Odwołujący, że technicznie np. z uwagi na ilość portów i rodzaj rozbudowa byłaby możliwa w taki sposób na jaki wskazywał w tym postępowaniu Zamawiający – postępowania co do przedmiotu są podobne, co wynika z opracowania własnego Odwołującego, jednakże nie są identyczne co dyskwalifikuje możliwość automatycznego odnoszenia tych samych twierdzeń i argumentacji do wszystkich trzech zamówień) to zupełnie logicznym wnioskiem jest, że przy kolejnym zakupie realizowanym w oparciu o przedmiotową procedurę zamówieniową Zamawiający gwarantuje sobie możliwość rozbudowy komputerów. Jednocześnie należy mieć również na uwadze ilość zamawianych komputerów tj. ponad 17500 sztuk niezależnie od tego, że postępowanie to dotyczy zawarcia umowy ramowej.

Natomiast wyliczenia zużycia energii jakie w argumentacji przedstawionej na rozprawie wskazywał Odwołujący oraz co dowodził na podstawie wyliczeń zawartych w zawnioskowanym dowodzie nr 4, w ocenie Izby, po pierwsze obarczone jest pierwotnymi błędami jak: założenie pracy komputerów przez 8 godzin, 365 dni w roku przy maksymalnym poborze mocy, czyli 400W przez każdy komputer. Sam Odwołujący wskazał na nierealność swoich założeń co do pracy 365 dni w roku. Do tego należy również podkreślić w ocenie Izby fakt, że nierealnym jest założenie, że urządzenia będą pracowały przez 8 godzin przy maksymalnym poborze mocy – Odwołujący również nie kwestionował takiej argumentacji uczestnika postępowania odwoławczego. Po drugie – dowód ten w ocenie Izby dowodzi jedynie tego, że zakup i eksploatacja komputerów wiąże się z kosztami zużycia energii, jednakże to jest fakt niekwestionowany przez żadną ze stron postępowania. Jednocześnie błędne założenia co do ciągłości pracy komputera przez 8 godzin i 365 dni w roku (lub obniżając o 1/3 ilość godzin pracy komputerów, jak wskazywał w argumentacji Odwołujący) przy pełnej mocy zasilacza 400W, potwierdza, że wyliczenia te są czysto hipotetyczne. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że pobór mocy będzie na założonym przez niego poziomie nawet po modyfikacji ilości godzin pracy komputerów – co oznacza, że dowód ten nie może być uznany przez Izbę jako dowodzący argumentacji Odwołującego w odniesieniu do podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

W odniesieniu do kalkulatorów obliczania mocy – dowód nr 1 – wskazanych przez Odwołującego Izba uznała, że dla rozstrzygnięcia przedmiotowych zarzutów dowód ten nie ma znaczenia, a to z uwagi na argumentację Odwołującego, który w zasadzie sam uznał, że dowód ten jest bez znaczenia. Wynika to z tego, że Odwołujący wskazał, że *przez podanie parametrów poszczególnych komputerów kalkulatory te obliczają moc optymalną dla danego urządzenia o określonej konfiguracji*. Jednocześnie w kolejnym zdaniu swojej argumentacji Odwołujący podał, że *to producent komputerów zna i wie jakie elementy będą w niego wbudowane i wie jaka niezbędna jest moc zasilacza dla obsługi takiego urządzenia*. Tym samym, skoro w ocenie Odwołującego to producent określa niezbędną moc to nie ma potrzeby obliczania za pomocą dostępnych kalkulatorów niezbędnej mocy zasilacza dla komputera o danej konfiguracji. Natomiast, jeżeli Odwołujący chciałby dokonywać takich rachunków, to znając wymagania techniczne Zamawiającego opisane w dokumentacji postępowania co do poszczególnych komponentów mógł przedstawić wyliczenia przygotowane za pomocą takiego / takich kalkulatorów obliczania mocy przy uwzględnieniu komponentów różnych producentów i mocy jaką one pobierają. Taki dowód pozwoliłby Odwołującemu na uprawdopodobnienie, urealnienie – o ile oczywiście taki stan by zaistniał – nierealności twierdzenia Zamawiającego, że pobór mocy komputerów jakie zamawia oscyluje na poziomie 160W. W zasadzie dowód ten (dowód nr 1) powoduje, że dowód nr 2 – informacje na temat komputerów o parametrach technicznych podobnych do zamawianych i stosowanych w nich zasilaczy, dowodzi tylko tego, że w tych komputerach producent przy określonych komponentach uznał za najbardziej korzystny (ale nie wiadomo czy technicznie czy z przyczyn ekonomicznych) zasilacz o określonej mocy.

W podsumowaniu Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał aby Zamawiający naruszył w postępowaniu art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 29 ust. 2 ustawy. Izba podkreśla, że fakt posiadania czy też dostępności przez danego wykonawcę danego produktu nie stanowi o tym, że dany Zamawiający ma nabyć ten produkt tylko dlatego, że wykonawca go posiada i chce mu go sprzedać. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów, jednocześnie dokonując tego z uwzględnieniem racjonalnego planowania dokonywanych wydatków zarówno pod względem finansowym jak i użytkowym, co w rozpoznawanej sprawie przebiegało z argumentacji Zamawiającego wskazującej na specyfikę Zamawiającego jak również fakt rozbudowy zamawianych komputerów. Zamawiający ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia w oparciu o określone standardy przez wskazanie parametrów i może opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972)

Przewodniczący:

Członkowie:

.....