

WYROK
z dnia 22 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **04.12.2017 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Techsource Spółka z o.o., ul. Kordeckiego 38, 05-120 Legionowo; Techsource Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Kordeckiego 38, 05-120 Legionowo; Intaris Spółka z o.o., ul. A. Mickiewicza, 01-625 Warszawa; Intaris Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. A. Mickiewicza, 01-625 Warszawa oraz Koncept Spółka z o.o., ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa notebooków cz. II” (nr sprawy 17/4/43/17.

przy udziale wykonawcy **IMMITIS Spółka z o.o., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszącego się do niezgodności oferty wykonawcy IMMITIS Spółka z o.o. w zakresie czytnika karty microSD™, funkcji systemu BIOS oraz braku tożsamości urządzenia przekazanego przez IMMITIS Spółka z o.o. jako próbki

1

z zaoferowanym w ramach oferty i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 postępowania (notebook NBU LTE) oraz nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy IMMITIS Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Przystępującego - IMMITIS Spółka z o.o., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Techsource Spółka z o.o., ul. Kordeckiego 38, 05-120 Legionowo; Techsource Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Kordeckiego 38, 05-120 Legionowo; Intaris Spółka z o.o., ul. A. Mickiewicza, 01-625 Warszawa; Intaris Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. A. Mickiewicza, 01-625 Warszawa oraz Koncept Spółka z o.o., ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Przystępującego - **IMMITIS Spółka z o.o., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Techsource Spółka z o.o., ul. Kordeckiego 38, 05-120 Legionowo; Techsource Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Kordeckiego 38, 05-120 Legionowo; Intaris Spółka z o.o., ul. A. Mickiewicza, 01-625 Warszawa; Intaris Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. A. Mickiewicza, 01-625 Warszawa oraz Koncept Spółka z o.o., ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. 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:

.....

2

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2571/17

Zamawiający – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa notebooków cz. II” (nr sprawy 17/4/43/17.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 08.08.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 150 – 310090.

W dniu **24.11.2017 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **04.12.2017 r.** w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Techsource Spółka z o.o., ul. Kordeckiego 38, 05-120 Legionowo; Techsource Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Kordeckiego 38, 05-120 Legionowo; Intaris Spółka z o.o., ul. A. Mickiewicza, 01-625 Warszawa; Intaris Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. A. Mickiewicza, 01-625 Warszawa oraz Koncept Spółka z o.o., ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Immitis Sp. z o.o., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz (dalej jako „Immitis”),
- 2) zaniechania wykluczenia wykonawcy Immitis.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Immitis pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) polegającej na zaoferowaniu laptopa bez wymaganego wbudowanego portu czytnika

3

microSD, wymaganych funkcji BIOS, niespełniającego wymagań SIWZ w zakresie czasu pracy na baterii oraz niespełniającego kryteriów środowiskowych wskazanych w SIWZ;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Immitis pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ polegającej na dostarczeniu na wezwanie Zamawiającego sprzętu w konfiguracji innej niż zaoferowana;

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Immitis pomimo, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej;

- 4) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Immitis pomimo, że w ramach oferty oraz uzupełnień dokumentów przedstawił on Zamawiającemu nieprawdziwe informacje dotyczące zrealizowanych dostaw, czym wprowadził Zamawiającego w błąd, gdyż Zamawiający opierając się na tych informacjach błędnie uznał, że wykonawca Immitis spełnia warunki dotyczące posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej, co miało istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania;

- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Immitis;
- 4) nakazanie wykluczenia wykonawcy Immitis;
- 5) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Termin na wniesienie odwołania

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu pismem z dnia 24 listopada 2017 r. Wniesienie odwołania w dniu 4 grudnia 2017 r. do Prezesa Izby wraz z jednoczesnym przekazaniem kopii odwołania Zamawiającemu następuje zatem w terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp.

Interes Wykonawcy w uzyskaniu. Zamówienia oraz szkoda

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku prawidłowego stosowania przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego jego oferta winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Na skutek zaniechania czynności wynikającej z ustawy Odwołujący doznał szkody i został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

4

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

UZASADNIENIE

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że zaoferowany przez wykonawcę Immitis laptop nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie wbudowanego portu czytnika microSD

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, sekcja „Wymagania dodatkowe” wymagał m.in.

„Wbudowane porty i złącza:

- nie mniej niż 2x USB 3.0,
- nie mniej niż 1 złącze USB-C,
- HDMI,
- RJ45 (możliwa realizacja za pomocą zewnętrznego adaptera - adapter dołączyć do zestawu),
- czytnik kart microSD
- współdzielone lub oddzielne złącze słuchawkowe stereo i złącze mikrofonowe,
- gniazdo karty SIM."

Ponadto w odpowiedziach na pytania nr 2 oraz nr 4 opublikowanych w dniu 4 września 2017 r. Zamawiający potwierdził, iż „nie dopuszcza możliwości osiągnięcia wymaganej ilości portów poprzez stosowanie dodatkowych przejściówek, konwerterów, replikatorów portów, hubów itp.” oraz „nie dopuszcza możliwości osiągnięcia wymaganej ilości i rodzajów portów poprzez stosowanie dodatkowych przejściówek, adapterów, konwerterów, replikatorów portów, hubów, itp.”.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Immitis zaoferował Zamawiającemu laptop Fujitsu Lifebook U937.

Zgodnie informacjami zawartymi w instrukcji obsługi laptopa (s. 33 - Dowód nr 1), arkusza danych dostępnym na stronie internetowej producenta (s. 3 - Dowód nr 2) oraz przeprowadzonymi przez Zamawiającego w dniu 16 listopada 2017 roku testami zaoferowanego przez wykonawcę Immitis laptopa (s. 14 „Protokołu z przeprowadzonych testów NBU LTE” znajdującego się w aktach postępowania), oferowany laptop wyposażony

5

został wyłącznie w czytnik kart SD, a do uzyskania funkcjonalności czytnika kart microSD wymagany jest niedopuszczony przez Zamawiającego adapter.

Dowód nr 1: LIFEBOOK U937, Instrukcja obsługi

Dowód nr 2: arkusz danych FUJITSU Notebook LIFEBOOK U937

Fotografia testowanego przez Zamawiającego laptopa (s. 14 „Protokołu z przeprowadzonych testów NBU LTE”) nie pozostawia pod tym względem jakichkolwiek wątpliwości:

W celu umieszczenia karty microSD w czytniku kart SD w laptopie zaoferowanym przez wykonawcę Immitis wymagane jest zatem zastosowanie zabronionej w SIWZ przejściówki (adaptera).

Zaoferowany przez wykonawcę Immitis laptop nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie kryteriów środowiskowych.

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” „Kryteria środowiskowe dla sprzętu informatyki (stacje robocze, stacje graficzne i notebooki)” pkt 8 wymagała, aby zaoferowany laptop umożliwiał spełniać następujące wymaganie: „Łatwa wymiana takich elementów systemu jak pamięć, twardy dysk, karta graficzna, napędy CD- ROM i DVD”.

Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 6 opublikowanej w dniu 30 sierpnia 2017 r. Zamawiający potwierdził, iż nie wymaga systemu łatwej wymiany wyłącznie dla podzespołów nie występujących w notebookach.

Zgodnie informacjami zawartymi w instrukcji obsługi (s. 66 - Dowód nr 1), arkusza danych dostępnym na stronie internetowej producenta (s. 2 - Dowód nr 2) oraz przeprowadzonymi przez Zamawiającego w dniu 16 listopada 2017 roku testami zaoferowanego przez wykonawcę Immitis laptopa (s. 11 „Protokołu z przeprowadzonych testów NBU LTE”), zaoferowany przez wykonawcę Immitis laptop wyposażony został w 20GB pamięci RAM, w tym jedno stałe (przylutowane) gniazdo pamięci 4 GB bez możliwości wymiany pamięci oraz jedno gniazdo 260pin DDR4 2133 MHz SO-DIMM obsadzone kością 16GB.

Dowód: przywołane wcześniej dowody nr 1 i nr 2

6

Powyższe rozwiązanie, zdaniem Odwołującego, nie spełnia przytoczonych wyżej wymagań SIWZ, gdyż pamięć w zaoferowanym laptopie nie może być w całości łatwo wymieniona.

Wykonawca Immitis na wezwanie Zamawiającego przedstawił do testów laptopa w innej konfiguracji niż zaoferowana.

Zamawiający zgodnie z pkt. 3.13 SIWZ wezwał w dniu 6 listopada 2017 r. wykonawcę Immitis do dostarczenia 1 sztuki zaoferowanego notebooka Fujitsu LifeBook U937 wraz z wyposażeniem celem weryfikacji wymogów technicznych określonych w SIWZ.

Wykonawca w dniu 14 listopada 2017 r. dostarczył do testów notebook Fujitsu LifeBook U937, który był wyposażony w inną niż zaoferowana wersję BIOS datowaną na 24 października 2017 r. tj. 18 dni po terminie składania ofert (s. 11 „Protokołu z przeprowadzonych testów NBU LTE”) oraz nieposiadający wskazanego w ofercie czytnika kart microSD. Jednocześnie wykonawca Immitis dołączył do dostarczonego urządzenia niezaoferowany adapter (przejściówkę) z kart SD do kart microSD (s. 14 „Protokołu z przeprowadzonych testów NBU LTE”).

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający powinien zgodnie z pkt. 3.13 SIWZ uznać oferowany sprzęt za niezgodny z wymaganiami SIWZ.

Zaoferowany przez wykonawcę Immitis laptop nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie funkcji BIOS.

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, sekcja „Funkcje BIOS” wymagał m.in.

„Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych, odczytania z BIOS informacji o:

(...) typie procesora wraz z informacją o ilości rdzeni, wielkości pamięci cache L2 i L3".

Jak wynika z dokumentów uzupełnionych przez wykonawcę Immitis w dniu 20 października 2017 r. (s. 52), zaoferował on laptopa Fujitsu LifeBook U937 z oprogramowaniem BIOS w wersji 1.09 z dnia 6 lipca 2017 roku.

Wskazana wersja oprogramowania BIOS nie posiada informacji o ilości rdzeni procesora, wielkości pamięci cache L2 i L3, zatem wyposażony w tę wersję BIOS laptop nie jest zgodny

7

z wymogami SIWZ. Wskazane funkcjonalności pojawiają się dopiero w specjalnej wersji BIOS datowanej na 24 października 2017 r. tj. 18 dni po terminie składania ofert. Laptop z takim BIOS nie mógł być przedmiotem oferty wykonawcy.

Jak wskazał Odwołujący zaoferowany laptop nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie czasu pracy na baterii.

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” sekcja „Procesor”, wymagał aby zaoferowany laptop spełniał następujące wymagania dla procesora i baterii:

„Architektura zgodna z x86, wielordzeniowy, wykonany w technologii mobilnej, osiągający w teście MobileMark2014 Office Productivity wynik nie niższy niż 1700 pkt. oraz Battery Life nie niższy niż 800 minut”.

Zgodnie informacjami zawartymi w arkuszu danych dostępnym na stronie internetowej producenta (s. 3 - Dowód nr 2) zaoferowany laptop osiąga w teście MobileMark2014 wynik ok. 660 minut, co jest wynikiem niezgodnym z wymaganiami SIWZ.

Dowód: przywołany wcześniej Dowód nr 2

Uzupełnione przez wykonawcę Immitis w dniu 20 października 2017 r. (s. 52) wyniki testów mające potwierdzać spełnianie wymagań przeprowadzone zostały niezgodnie z instrukcją MobileMark2014 udostępnianą przez producenta oprogramowania testującego firmę Bapco.

Tym samym załączone wyniki zostały zmanipulowane wyłącznie dla potrzeb udokumentowania spełnienia wymagań i nie można traktować ich jako wiarygodnych.

Ponadto wyniki osiągnięte w ramach testów przeprowadzonych celem weryfikacji wymogów technicznych określonych w SIWZ nie mogą potwierdzać powyższych wymagań, ponieważ zostały przeprowadzone na wersji oprogramowania BIOS datowanej na 24 października 2017 r. tj. wyprodukowanej 18 dni po terminie składania ofert, a zgodnie z oświadczeniem producenta laptopa załączonym do wyjaśnień wykonawcy Immitis z dnia 3 listopada 2017 r., wersja BIOS ma wpływ na różnice w wyniku testu pracy oferowanego laptopa na baterii. Dodatkowo same testy odbyły się na laptopie, którego konfiguracja była odmienna od konfiguracji zaoferowanej przez wykonawcę Immitis.

8

Wykonawca Immitis nie wykazał spełniania warunku dotyczącego wykonanych dostaw. Wykonawca Immitis w oświadczeniu dotyczącym spełniania warunku dotyczącego wykonanych dostaw przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące zrealizowanych dostaw, czym wprowadził Zamawiającego w błąd.

Zamawiający w pkt 5.2.1. SIWZ wskazał, że każdy wykonawca musi wykazać spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wykazanie, że:

„wykonał należycie co najmniej dwa zamówienia polegające na dostawie notebooków i/lub stacji roboczych, każde o wartości nie niższej niż 6 mln zł, w ramach jednego zadania”

Jak wskazał Odwołujący wykonawca Immitis w dokumentach przedstawionych na potwierdzenie spełnienia ww. warunku (w ramach uzupełnienia z 20 listopada 2017 r.) oświadczył, że zrealizował następującą dostawę:

„Przedmiot dostawy: Dostawa notebooków, Odbiorca: Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00- 909 Warszawa, Data wykonania: 12.2015 r., Wartość brutto w PLN: Ponad 6 000 000,00 brutto”.

Powyższe oświadczenie jest nieprawdziwe, gdyż powyższa dostawa została wykonana przez konsorcjum w składzie Techsource Sp. z o.o. Intaris sp. z o.o., Computex sp. z o.o. sp. komandytowa oraz Immitis Sp. z o.o., a zatem w jej wykonaniu uczestniczyły także spółki wchodzące w skład konsorcjum Odwołującego.

Ponadto wykonawca Immitis nie brał udziału w realizacji tego zamówienia. Zamówienie zostało w całości wykonane przez innych członków ww. konsorcjum, zatem wykonawca Immitis nie może legitymować się doświadczeniem zdobytym w ramach tej dostawy. Wykonawca Immitis nie spełnia tym samym warunku udziału w Postępowaniu i powinien zostać z tego powodu wykluczony z Postępowania.

Pojedynczy wykonawca może powołać się na doświadczenie zdobyte w ramach zamówienia wykonanego przez konsorcjum tylko w zakresie, w którym sam takie zamówienie wykonywał. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (C-387/14, Esaprojekt), wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może polegać na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Jak wskazał Trybunał w uzasadnieniu tego wyroku, „gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w procentach, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia

9

publicznego.”. Wykonawca nabywa bowiem realne doświadczenie, które weryfikuje zamawiający pod kątem predyspozycji do realizacji danego zamówienia, nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązane jest całe konsorcjum. Skoro zatem wykonawca Immitis nie wykonał realnie dostawy zamówienia z grudnia 2015 r. dla Inspektoratu Uzbrojenia, a jedynie był członkiem konsorcjum, które takie zamówienie wykonało, przedłożenie przez niego Zamawiającemu informacji, z której wynikało, że to on sam tę dostawę wykonał (tj. wykazu dostaw), stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Działanie wykonawcy Immitis należy zakwalifikować jako zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, gdyż niepodobna przyjąć, aby należycie działający wykonawca nie wiedział, że pominięcie informacji o działaniu w ramach konsorcjum jest istotne dla weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji wykonawca Immitis powinien zostać wykluczony z Postępowania. Taki sam skutek - tj. wykluczenia - nastąpić powinien, nawet gdyby uznać, że działania wykonawcy należy zakwalifikować jako przedstawienie „informacji wprowadzającej w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego” w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 18.12.2017 r. wniósł odpowiedź na odwołanie. Zamawiający uwzględnił część zarzutów wskazanych w odwołaniu, a w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego:

1. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Immitis Sp. z o.o.. ul. Dworcowa 83. 85-009 Bydgoszczą dalej również „wykonawca Immitis”, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na niespełnienie wymagań SIWZ przez oferowane urządzenia oraz przedstawienie do testów innej wersji urządzenia niż zaoferowana:

1. Zarzut dotyczący czytnika kart microSD (zarzut uwzględniony).

Z jednej strony - w trakcie przeprowadzonego przez Zamawiającego testu notebooków zaoferowanych przez wykonawcę Immitis Zamawiający nie stwierdził niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie czytnika kart microSD. Zaoferowane przez wykonawcę Immitis rozwiązanie pozwalało na swobodne wkładanie i wyjmowanie karty microSD do i z notebooka. Czytnik kart microSD był schowany w notebooku, bardzo dobrze spasowany z obudową notebooka, żaden element nie „wystawał” poza obrys obudowy notebooka.

Jednakże - z uwagi na opis, który mógł wskazywać na to, że zaoferowane powinny

wykonawców innych rozwiązań w zakresie czytnika kart microSD Zamawiający uwzględnia przedmiotowy zarzut.

2. Zarzut dotyczący łatwej wymienialności pamięci RAM (zarzut nie uwzględniony).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu.

Zgodnie z wymaganiem ze str. 31 SIWZ - Załącznik nr 1 do SIWZ SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” część 2 A. Notebook NBU LTE wiersz „Pamięć RAM”

Zamawiający wymagał zaoferowania notebooka zaopatrzonego w 16 GB pamięci RAM: Pamięć RAM;

Przywoływany przez Odwołującego i stanowiący podstawę zarzutu wymóg łatwej wymiany pamięci ze strony 36 SIWZ

- Załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” „Kryteria

środowiskowe dla sprzętu informatyki (stacje robocze, stacje graficzne i notebooki)” pkt. 8 —

dotyczył jedynie wymaganej przez Zamawiającego pamięci RAM 16 GB.

— co zostało Wykonawca Immitis zaoferował w przedmiotowym postępowaniu

zweryfikowane przez Zamawiającego w trakcie przeprowadzonych testów - jedno gniazdo pamięci obsadzone kością 16 GB. które jest łatwo wymienne - nie ma żadnych problemów z dostępem do tego gniazda i z wymianą pamięci — co oznacza, że przywoływany przez Odwołującego wymóg pkt. 8 Załącznika nr 1 do SIWZ jest spełniony.

Jedynie dodatkowo wykonawca Immitis zaoferował 4GB pamięci RAM, które nie było wymagane przez Zamawiającego, co w konsekwencji oznacza, że przedmiotowego dodatkowego, niewymaganego rozmiaru pamięci nie dotyczył wymóg przywoływany przez Zamawiającego. Należy wskazać, że nie można wyciągać wobec wykonawcy Immitis negatywnych konsekwencji z faktu zaoferowania Zamawiającemu niewymaganej, nadmiarowej pamięci RAM, której nie dotyczył wymóg łatwej wymienialności.

3. Zarzut dotyczący funkcji BIOS (zarzut uwzględniony).

Odnosnie przeprowadzonego testu należy wskazać, że w trakcie przeprowadzonego przez Zamawiającego testu notebooków zaoferowanych przez wykonawcę Immitis testowany notebook spełniał wymaganie określone na str. 31 SIWZ - Załącznik nr 1 do SIWZ SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” część 2 A. Notebook NBU LTE wiersz „Funkcje BIOS” punkt czwarty:

„Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych, odczytywania z BIOS informacji o: typie procesora wraz z informacją o ilości rdzeni, wielkości pamięci cache L2

Jednakże z uwagi na powstałe w wyniku wniesionego odwołania wątpliwości co do zaoferowania przez wykonawcę Immitis określonej wersji BIOS oraz brak możliwości zweryfikowania przez Zamawiającego starszych wersji BIOS Zamawiający uwzględnia przedmiotowy zarzut.

4. Zarzut dotyczący czasu pracy na baterii (zarzut nie uwzględniony).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu

Zgodnie z wymaganiem ze str. 31 SIWZ - Załącznik nr 1 do SIWZ SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” część 2 A. Notebook NBU LTE wiersz „Procesor” oferowany notebook powinien osiągać w teście MobileMark2014 Office Productivity wynik nie niższy niż 1400 pkt oraz Battery Life nie niższy niż 800 minut. Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego wymogu należało złożyć wydruk z przeprowadzonych testów potwierdzony przez przedstawiciela Producenta w Polsce. Wykonawca Immitis, którego oferta została najwyższej oceniona, złożył Zamawiającemu wydruk z testów „BAPCO MobileMark 2014 Results” wraz z tłumaczeniem na język polski, z dnia 04.10.2017 r. potwierdzający osiągnięcie przez oferowany notebook wyniku w teście Battery Life.

Dodatkowo — w dniu 14.11.2017 r. Zamawiający przeprowadził testy oferowanego notebooka, potwierdzone sporządzeniem dokumentu pn. „Protokół z przeprowadzonych testów NBU LTE” z dnia 16.11.2017 r., w którym stwierdzono, że oferowany notebook uzyskał w teście Battery Life wynik 854 min, co potwierdzały fot. 6 i 7 stanowiące element protokołu,

Uwzględniając, że w trakcie przeprowadzonych testów Zamawiający zweryfikował

zgodność oferowanego notebooka z wymaganiami SIWZ w zakresie każdej wymaganej pozycji, należy stwierdzić, że w sposób skuteczny wykazano, że oferowany przez wykonawcę Immitis notebook Fujitsu LifeBook U937 osiąga w teście Battery Life wynik nie niższy niż 800 minut.

Tymczasem — formułując zarzut braku Odwołujący opiera się jedynie na informacjach marketingowych, które nie muszą dotyczyć konfiguracji notebooka Fujitsu LifeBook U937 oferowanej przez wykonawcę Immitis w przedmiotowym postępowaniu. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.08.2013 r., sygn. KIO 1953/13, „znajdujące się na stronach internetowych producenta instrukcje obsługi stacji mogą mieć charakter poglądowy czy uproszczony, a nade wszystko nie muszą dotyczyć wszystkich możliwych konfiguracji stacji”. Ponadto w wyroku z dnia 25.10.2013 r., sygn. KIO 2393/13, stwierdzono, że „powołane przez wykonawcę wydruki z katalogów przedstawiane na stronach internetowych producentów 1^o ich przedstawiciel/, mają przede wszystkim walor marketingowy i w niniejszej sprawie nie mogły stanowić dowodu na potwierdzenie stanowiska Odwołującego.”

W rezultacie należy stwierdzić, zdaniem Zamawiającego, że w przypadku wykonawcy Immitis dwukrotnie wykazano w sposób wymagany przez Zamawiającego, a więc poprzez przedstawienie wyników testów spełnienie wymogu czasu pracy na baterii minimum 800 minut, zaś twierdzenia Odwołującego co do osiągania przez oferowany notebook w teście Battery Life wyniku jedynie na poziomie 660 minut należy uznać za gołosłowne.

12

II. Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy Immitis z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji.

1. Zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający uwzględnia zarzut w części dotyczącej niewezwania wykonawcy Immitis do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp celem ustalenia, w jakiej części zamówienie wykazane w złożonym przez wykonawcę wykazie dostaw wykonane na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia o wartości ponad 6 000 000,00 zł brutto, zostało wykonane samodzielnie przez wykonawcę Immitis.

W przypadku zarzutu dotyczącego niewykazania Zamawiający uwzględnia stanowisko wyrażone w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (C-387/14, Esaprojekt), zgodnie z którym gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Jednocześnie należy zauważyć, że istnieje przeciwna linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. M.in. w wyroku KIO 43/16 z dnia 29 stycznia 2016 r. wskazano: Sam udział w wykonaniu zamówienia jako jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i później jako jeden z podmiotów wspólnie wykonujących zamówienie, uprawnia do legitymowania się doświadczeniem nabytym przez wszystkie podmioty wykonujące takie zamówienie. Wynika to z solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia przez wykonawców łącznie ubiegających się o udzielenie zamówienia i później wykonujących umowę

Biorąc pod uwagę przywołane orzecznictwo oraz fakt, że również wyrok ws. Esaprojekt nie jest jednolicie interpretowany, można po części uzasadniać postępowanie wykonawcy Immitis, uznającego doświadczenie uzyskane przez konsorcjum, którego był członkiem, za własne.

Niemniej jednak Zamawiający, uwzględniając tezy wyroku ws. Esaprojekt, wezwie wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

2. Zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu.

Z uwagi na brak przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, jak również brak zatajenia przez wykonawcę jakichkolwiek informacji oraz niejednolitość orzecznictwa dotyczącego możliwości powołania się przez jednego w

13

wykonawców tworzących konsorcjum na doświadczenie uzyskane przez całe konsorcjum bezpodstawne są twierdzenia Odwołującego o konieczności wykluczenia wykonawcy Immitis na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji.

a) Brak przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego oraz brak zatajenia informacji przez wykonawcę Immitis

Należy podkreślić, że wykonawca Immitis w złożonych na wezwanie zamawiającego dokumentach przedstawił poświadczenie Inspektoratu Uzbrojenia z 16.03.2016 r., z którego wynikało, że zamówienie, o którym mowa w odwołaniu zostało wykonane przez konsorcjum firm Techsource Sp. o.o.; Immitis Sp. z o.o.; Intaris Sp. z o.o.; Computex Sp. z o.o.:

W odpowiedzi na pismo z dnia 10 marca 2016 r. Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie ul. Królewska 1/7 potwierdza, konsorcjum firm:

1) TECHSOURCE sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 13.05-120 Legionowo, 2) IMMITIS Sp. z o.o. ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz,

3) INTARIS Sp. z o.o. ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa,

4) COMPUTEX sp. z o.o. sp. k. ul. 27, 03-654 Warszawa, na podstawie umowy IU196/CN-7WZO/PNIDOS/ZSS12015/390 z dnia 08 grudnia 2015 r. zrealizowało w grudniu 2015 r. dostawę:

1) notebooków NB Dell Latitude E6540 w konfiguracji (acf) - 2000 szt. 2) notebooków NB Dell Latitude E6540 w konfiguracji (beg) - 3002 szt. 3) tabletów Samsung Galaxy Tab S2 SM-T815 — 600 szt.

Wykonawca Immitis nie przedstawiał więc Zamawiającemu żadnych informacji wprowadzających w błąd co do wykonania zamówienia na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia ani nie zatajał żadnych informacji związanych z wykonaniem przedmiotowego zamówienia. Wykonawca oparł się jedynie na jednej z linii orzeczniczych wskazujących na możliwość powoływania się przez jednego z wykonawców wspólnie realizujących zamówienie na doświadczenia nabyte przez konsorcjum w trakcie realizacji tego zamówienia.

b) Brak spełnienia przesłanek „zamierzonego działania”, „rażącego niedbalstwa”, „lekkomyślności” i „niedbalstwa”

Niezależnie od powyższego - aby można było mówić o obowiązku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, należy wykazać po jego stronie stan zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Przesłanka zamierzonego działania oznacza, że wykonawca celowo wprowadza zamawiającego w błąd, aby wykazać brak podstaw do wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Przedmiotowa przesłanka obejmuje zarówno zamiar bezpośredni wykonawcy chce wprowadzić zamawiającego w błąd — jak i ewentualny

— wykonawca nie chce wprowadzić zamawiającego w błąd, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to.

W przypadku wykonawcy Immitis brak jest podstaw do uznania, że celem wykonawcy było wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do wykazania spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu dotyczących zakresie zdolności technicznych lub zawodowych. Wykonawca Immitis powołał się na doświadczenie konsorcjum, którego był członkiem, mając ku temu uzasadnienie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie rażące niedbalstwo stanowi kwalifikowaną postać winy nieumyślnej zakładającą, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2017). W przedmiotowym stanie faktycznym trudno zarzucić wykonawcy Immitis kwalifikowaną postać winy nieumyślnej skoro w sferze faktów odzwierciedlił on stan zgodny z rzeczywistością, a w sferze prawa brak jest jednolitego stanowiska co do możliwości powoływania się przez jednego z konsorcjantów na doświadczenie całego konsorcjum.

Z kolei na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp warunkiem wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest możliwość przypisania mu lekkomyślności lub niedbalstwa.

Definicję lekkomyślności i niedbalstwa z art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp zaprezentowano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. KIO 1166/17:

zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zamawiający Wklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (jest świadomy, że może podawać nieprawdziwe, ale sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W przypadku wykonawcy Immitis żadna z opisanych wyżej sytuacji nie zachodzi.

Odnosnie lekkomyślności - Wykonawca nie był świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe. Złożony wykaz dostaw poparł poświadczeniem należytego wykonania dostaw, z którego wynikało wykonanie dostaw na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia w ramach konsorcjum. Należy więc uznać, że Wykonawca Immitis był więc w rzeczywistości świadomy, że podaje informacje odpowiadające rzeczywistości.

Odnosnie niedbalstwa — wykonawca Immitis zdawał sobie sprawę, jakie informacje przedstawia Zamawiającemu w wykazie dostaw. Przedmiotowe informacje odpowiadały treści załączonego do wykazu poświadczenia.

15

Uwzględniając powyższe nie zachodzą podstawy wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp z uwagi na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji.

W związku z powyższym Zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania. a W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i załącznikami do niej, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego Immitis Spółka z o.o. oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert podnosząc jednocześnie zarzuty wobec wykonawcy, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Interes

W zakresie wniosku Przystępującego związanego z kwestią interesu, tj. wskazaniem na etapie rozprawy, iż w kontekście zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp związanego z kryteriami środowiskowymi Odwołujący nie ma podstaw do podnoszenia tego zarzutu, gdyż zaoferował urządzenie wyposażone w kartę graficzną zintegrowaną z procesorem Izba wskazuje, że po pierwsze kwestia ta nie została w żaden sposób przez Przystępującego udowodniona. Jak wynika z przepisów wykonawczych do ustawy Pzp regulujących

16

postępowanie w sprawach odwoławczych podmiot zamawiający jest zobligowany do przekazania do Izby jedynie oferty, której dotyczą zarzuty podniesione w ramach środków ochrony prawnej. Nadto, jak się wydaje, intencją Przystępującego nie było odmówienie Odwołującemu interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co do całego odwołania – a

jedynie w zakresie zarzutu związanego z kryteriami środowiskowymi. Ponadto, mając na uwadze dostrzegalną w orzecznictwie TSUE tendencję do szerokiego ujmowania interesu w uzyskaniu zamówienia (vide: m.in. wyrok TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt C-689/13 Puligenica Facility Esco), która tym bardziej ma zastosowanie do postępowań prowadzonych w oparciu o znowelizowane przepisy ustawy Pzp, wykonawcy mogą nawet dążyć do unieważnienia postępowania, gdyż pojęcie „interesu w uzyskaniu zamówienia”, jest w tym orzecznictwie odnoszone do konkretnej umowy obejmującej skonkretyzowany przedmiot zamówienia, a ściślej do umowy w znaczeniu gospodarczym. Przy takim rozumieniu tego pojęcia wykonawcy mogą dążyć do uzyskania zamówienia, nawet po jego powtórным wprowadzeniu na rynek, tj. po doprowadzeniu w drodze środków ochrony prawnej do unieważnienia poprzednio prowadzonego postępowania i wszczęciu kolejnego.

Szerokie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia było już przedmiotem orzecznictwa Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE). W motywach 27 i 28 wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt C-689/13 Puligenica Facility Esco Trybunał uznał, że wykonawcy mogą mieć interes w dążeniu do wykluczenia wszystkich wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, aby umożliwić sobie ubieganie się o dane zamówienie w nowym postępowaniu. Pogląd ten był już wcześniej prezentowany przez Trybunał w wyroku Fastweb C-100/12 (EU:C 2013:448). TSUE stoi na stanowisku, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozumieć jako interes w zawarciu umowy na konkretny przedmiot zamówienia i nie ma znaczenia, czy wykonawca dąży do uzyskania tego zamówienia w bieżącym czy w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak długo się o nie ubiega i dąży do zawarcia umowy, to ma interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu. Takie podejście Trybunału ma obecnie dodatkowe uzasadnienie w rozwiązaniach przyjętych w dyrektywach 2014/24/UE oraz 2014/25/UE.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego Immitis

17

Spółka z o.o., jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba postanowiła dopuścić wszystkie dowody z dokumentów zawnioskowane, zarówno w treści odwołania oraz na rozprawie przez Odwołującego, dowody z dokumentów zawnioskowane i złożone przez Przystępującego, jak również dowody z dokumentów w postaci akt sprawy (dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” wraz z jej uzupełnieniem dokonany na rozprawie). W zakresie dowodu z prywatnej opinii biegłego (opinia z dnia 18.12.2017 r. sporządzona przez p. dr hab. inż. Andrzeja Zalewskiego), złożonego przez Odwołującego, Izba dowód ten uznała za stanowisko własne tego ostatniego oceniając i przyjmując zawartą tam argumentację i ocenę stanu faktycznego analogicznie, jakby została dokonana przez Stronę postępowania odwoławczego. Izba dopuściła i przeprowadziła również w toku rozprawy, mającej miejsce w dniu 19 grudnia 2017 r., dowody z okazania zawnioskowane zarówno przez Odwołującego oraz Przystępującego w postaci okazania urządzeń w postaci komputera notebook LifeBook U937 na okoliczność cech systemu BIOS, rodzaju czytnika kart microSD™ oraz okazania adaptera gniazd i portów. W zakresie zarzutu obejmującego art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp Izba dopuściła, przeprowadziła oraz poddała ocenie dowód w postaci okazania na komputerze Przystępującego korespondencji mailowej związanej z realizacją dostawy z grudnia 2015 r. realizowanej na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia.

Tym samym Izba dopuściła i przeprowadziła następujące dowody zawnioskowane przez Odwołującego:

- wydruk instrukcji obsługi notebooka Fujitsu LifeBook U937, gdzie na str. 33 w dziale „Karty Pamięci – obsługiwane formaty” wskazano Notebook obsługuje następujące formaty – Secure Digital (karta SD™) oraz na str. 66 w rozdziale „Dane techniczne” „Pamięć główna – gniazda” wskazano: Maksymalnie 20GB DDR4 DO-DIMM 1 stałe gniazdo na 4GB (przylutowane), 1 gniazdo 280pin DDR4 2133 MHz SO-DIMM, Moduły 4Gb, 8GB lub 16 GB;

- print screen strony www.uzp.gov.pl z zakładką „Kryteria Środowiskowe – GPP” (oznaczony numerem 3);
- Dokument roboczy służb Komisji – „Kryteria zielonych zamówień publicznych w UE dotyczące komputerów i monitorów” Bruksela, dnia 21.10.2016 r. (oznaczony numerem 4);
- print screen ze strony <http://support.ts.fujitsu.com> – z zakładki „Fujitsu Technical Support pages from Fujitsu Poland odnoszący się do komputera Fujitsu LifeBook U937 i systemu BIOS, gdzie wskazano wersję 1.09 (06/07/2017) (oznaczony numerem 5);
- Reguły benchmarkingu MobileMark © 2014 (oznaczony numerem 8) ;
- fotografia zatytułowana „Zdjęcie przedstawiające wlutowaną pamięć RAM na płycie głównej notebooka Fujitsu LifeBook U937 zaoferowanego przez wykonawcę Immitis. Taki sposób montażu uniemożliwia łatwą wymianę pamięci”;

18

- pismo Dell Spółka z o.o. z dnia 15.12.2017 r.;
- umowa konsorcjum z dnia 22.09.2015 r. oraz umowa uszczegółowująca do umowy konsorcjum z dnia 22 września 2015 r. (zawarta dnia 30.11.2015 r.);
- 4 protokoły przejęcia/przekazania z dnia 23.12.2015 r.
- 3 oświadczenia z dnia 15.12.2017 r. wystawione przez Techsource Spółka z o.o., Intaris Spółka z o.o. oraz Computex Spółka z o.o. Spółka komandytowa;
- pismo Inspektoratu Uzbrojenia z dnia 29.12.2015 r. Nr V/15961/15
- dowód z oględzin i prezentacji realizacji funkcji czytnika kart microSD™ notebooka Fujitsu LifeBook U937.

Izba dopuściła również i przeprowadziła następujące dowody zawnioskowane przez Przystępującego Immitis Spółka z o.o.:

1. Oświadczenie Fujitsu Technology Solutions Spółka z o.o. z dnia 18.12.2017 r. wraz z odpisem KRS dla ww. spółki z dnia 30.11.2017 r.;
2. Kopia faktury nr FV/00024/12/2015 z dnia 30.12.2015 r. obejmującej usługę pn.: „Udział w konsorcjum realizującym umowę”;
3. Dowód z okazania na komputerze osobistym korespondencji związanej z umową cesji z grudnia 2015 r. pomiędzy Immitis Spółka z o.o. a Techsource Spółka z o.o. związanej z realizacją dostawy komputerów na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania jest dostawa notebooków. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części, z tym, że zarzuty odwołania odnoszą się do II części dostawa notebooka NBU LTE.

W sekcji II ogłoszenia o zamówieniu zatytułowanej „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym” III.1) Warunki udziału pkt 3 „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe” Zamawiający wskazał kryteria kwalifikacji dla części 2: *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał łącznie co najmniej dwa (2) zamówienia polegające na dostawie notebooków i/lub 19*

stacji roboczych, każde o wartości nie niższej niż 6 000 000 PLN (słownie: sześć milionów złotych 00/100) w ramach jednego zadania.

W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) Zamawiający wskazał w Rozdziale 3 zatytułowanym „opis przedmiotu zamówienia” (dalej: „OPZ”), że przedmiotem zamówienia jest dostaw notebooków z podziałem na 2 części zgodnie z opisem przedstawionym w załączniku nr 1.

W załączniku nr 1 do SIWZ zatytułowanym „opis przedmiotu zamówienia” w zakresie części 2 Zamawiający wymagał dostawy w zakresie podstawowym 1473 szt. notebook NBU LTE określając w tabeli parametry minimalne obejmujące m.in.: Typ: Komputer przenośny typu notebook z ekranem o przekątnej nie mniejszej niż 13” i nie

większej niż 14,1" o rozdzielczości min. 1920x1080 px, IPS. Wymagane jest jawne wyspecyfikowanie w ofercie wszystkich użytych podzespołów (procesora, dysków twardych, kart graficznych) poprzez podanie typu/nazwy handlowej (oznaczenie/kod producenta) w szczegółowej specyfikacji technicznej zał. Nr 2b do SIWZ.

Procesor: Architektura zgodna z x86, wielordzeniowy, wykonany w technologii mobilnej, osiągający w teście MobileMark2014 Office Productivity wynik nie niższy niż 1700 pkt oraz Battery Life nie niższy niż 800 minut. W stosunku do Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, na żądanie Zamawiającego, potwierdzeniem spełnienia tego wymogu powinien być dostarczony przez Wykonawcę wydruk z przeprowadzonych testów potwierdzający, że procesor w oferowanym modelu komputera osiągnął wymagany wynik. Testy powinny być potwierdzone przez przedstawiciela Producenta komputera w Polsce. Pamięć RAM: 16GB

Funkcje BIOS: BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI. Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych odczytania z BIOS informacji o: wersji BIOS, numeru seryjnego komputera, ilości pamięci RAM, typie procesora wraz z informacją o ilości rdzeni, wielkości pamięci cache L2 i L3.

Dodatkowo na końcu tabeli została zawarta następująca wzmianka: „Sprzęt musi obligatoryjnie spełniać *Warunki zawierania umowy* określone w punkcie 1.2 oraz *Oprogramowanie i kryteria środowiskowe* punkty 4.5 oraz 4.6 „WYKAZU OBOWIĄZUJĄCYCH STANDARDÓW SPRZĘTU INFORMATYKI I OPROGRAMOWANIA DO STOSOWANIA W RESORCIE OBRONY NARODOWEJ”.

W załączniku nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) w ostatniej tabelki zatytułowanej „Kryteria środowiskowe dla sprzętu informatyki (stacje robocze, stacje graficzne i notebooki)” w pkt 8 wskazano, że: „Łatwa wymiana takich elementów systemu jak pamięć, twardy dysk,

karta graficzna, napędy CD-ROM i DVD. Standardowe i łatwo dostępne połączenia podzespołów.

Zamawiający w piśmie z dnia 30.08.2017 r. w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców (pytanie nr 10) wskazał, że W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określił wartości graniczne parametrów podając ich wymagane wartości: maksymalne, minimalne, przedziały wartości oraz wartości dokładne. Zamawiający zwraca uwagę, że na początku każdej ze specyfikacji widnieje opis „parametry minimalne”. W związku z powyższym, jeśli któryś z parametrów został sprecyzowany wartością dokładną, należy go interpretować jako minimalny. Zaoferowany sprzęt powinien w zakresie przywołanego parametru spełniać wymaganie „nie gorszy niż”, „większy lub równy”.

W piśmie z dnia 01.09.2017 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 2 „Dotyczy Notebook NBU LTE. Czy wymagane, wbudowane porty i złącza oraz ich ilość to jest:

- nie mniej niż 2 x USB 3.0,
- nie mniej niż 1 złącze USB-C,
- HDMI,

Czytnik kart microSD,

Współdzielone lub oddzielne złącze słuchawkowe stereo i złącze mikrofonowe,

Gniazdo kart SIM

mogą być osiągnięte przez dodatkowe przejściówki, konwertery, replikatory portów, huby?

Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza możliwości osiągnięcia wymaganej ilości i rodzajów portów poprzez stosowanie dodatkowych przejściówek, konwerterów, replikatorów portów, hubów, itp.

W tym samym piśmie z odpowiedzi na pytanie nr 6: „Załącznik nr 1 do SIWZ, OPZ, część 2 A Notebook NBU LTE, wymagania dodatkowe: HDMI. Czy Zamawiający dopuści laptopa wiodącego producenta sprzętu komputerowego (tzw. A-brand) posiadający 1xHDMI zapewniony przez dołączony do laptopa adapter DP-HDMI? Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza możliwości osiągnięcia wymaganej ilości i rodzajów portów poprzez stosowanie dodatkowych przejściówek, adapterów, konwerterów, replikatorów portów, hubów itp.

Dodatkowo w piśmie z dnia 01.09.2017 r. w odpowiedzi na pytanie nr odnoszące się do propozycji odstępowania Zamawiającego m.in. od wymaganej funkcji systemu BIOS zapewniającej uzyskanie informacji o typie procesora wraz z informacją o ilości rdzeni,

wielkości pamięci cache L2 i L3 wskazał, że nie dopuszcza możliwości zaoferowania notebooka, którego BIOS nie realizuje wymienionej w zapytaniu funkcjonalności.

Izba ustaliła, że wykonawca Immitis Spółka z o.o. złożył w zakresie części II zamówienia ofertę datowaną na dzień 06.10.2017 r. oferując dostawę notebooków II dla części 2 w postaci urządzenia Fujitsu LifeBook U937 w ilości 1473 za łączną cenę

21

8.764.350,00 zł netto potwierdzając w załączniku nr 2b do SIWZ wymagane parametry dla tego urządzenia (Specyfikacja techniczna Oferowanego Sprzętu).

Zamawiający pismem z dnia 13.10.2017 r. wezwał wykonawcę Immitis Spółka z o.o. do złożenia oświadczeń i dokumentów, w tym m.in. wykazu dostaw na potwierdzenie spełnienia warunków oraz określonych w treści SIWZ dokumentów przedmiotowych dla zaoferowanego urządzenia.

Pismem z dnia 20.10.2017 r. wykonawca Immitis Spółka z o.o. złożył m.in. następujące dokumenty (w zakresie objętym zarzutami):

- poświadczenie z dnia 16.03.2016 r. wystawione przez Inspektorat Uzbrojenia potwierdzające, że Konsorcjum:

1. Techsource Spółka z o.o.;
2. Immitis Spółka z o.o.;
3. Intaris Spółka z o.o.;
4. Computex Spółka z o.o. Spółka komandytowa

Na podstawie umowy IU/96/C/V-78/ZO/PN/DOS/ZSS/2015/390 z dnia 08.12.2015 r. zrealizowało w grudniu 2015 r. dostawę:

- 1) notebooków NB Dell Latitude E6540w konfiguracji (acf) – 2000 szt.
- 2) notebooków NB Dell Latitude E6540 w konfiguracji (beg) – 3002 szt.
- 3) tabletów Samsung Galaxy Tab SM-T815 – 600 szt.

- o łącznej wartości 37.062.345,24 zł brutto (karta nr 222 akt postępowania).

Dostawa ta została ujęta w poz. 1 wykazu dostaw złożonego z wykorzystaniem załącznika nr 5 do SIWZ (karta nr 235 i 236 akt postępowania).

W zakresie dokumentów przedmiotowych Przystępujący – Immitis Spółka z o.o. złożył m.in.:

1. Wyciąg z rejestru EPEAT dla urządzenia Fujitsu LifeBook U937 wraz z jego tłumaczeniem (str. 249 – 252 akt postępowania);
2. Wydruk ze strony Windows w postaci listy produktów kompatybilnych z systemem Windows, gdzie wskazano m.in. LifeBook by Fujitsu wraz z tłumaczeniem tego dokumentu (str. 253 – 257 akt postępowania);
3. Oświadczeniem przedstawiciela producenta Fujitsu Technologu Solutions Spółka z o.o. wskazujące, że zaoferowany w postępowaniu znak 17/4/43/17 część 2 notebook Fujitsu LifeBook U937 w zaoferowanej konfiguracji spełnia kryteria środowiskowe, posiada głośność na poziomie 13dB, posiada wymagane certyfikaty, firma serwisowa spełnia wymagane normy dla usług serwisowych oraz oświadczył, że w przypadku awarii dysków twardych, dysk pozostaje u Zamawiającego;

22

4. Wynik testów BAPCo® Mobilemark® 2017 dla wydajności oraz czasu pracy na baterii (1870 pkt i 803 minuty), dla konfiguracji zaoferowanego notebooka Fujitsu LifeBook U937 z systemem BIOS wersja Fujitsu Insyde Software Corp. Version 1.09 (07/06/2017) oraz dyskiem twardym o symbolu 512.1 GB SAMSUNG MZVLW512HMJP-00007 (data wykonania – zakończenia testu 04.10.2017 r. godz. 07:18:43. Dokument złożony wraz z tłumaczeniem (karty 273 – 278 akt postępowania).

Zamawiający pismem z dnia 27.10.2017 r. wezwał wykonawcę Immitis Spółka z o.o. do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że z załączonego wyniku testu MobileMark 2014 wartość battery life dla Fujitsu LifeBook U937 została określona na poziomie powyżej 800 minut natomiast w powszechnie dostępnych dokumentach producenta, dotyczących zaoferowanego sprzętu wartość ta została określona na poziomie maksymalnie 11,5h (co odpowiada 690 minut). Z uwagi na powyższe

rozbieżności Zamawiający wezwał do wyjaśnienia zaistniałej rozbieżności.

W odpowiedzi na powyższe pismo Przystępujący Immitis Spółka z o.o. pismem z dnia 03.11.2017 r. przekazał Zamawiającemu pismo producenta Fujitsu z dnia 02.11.2017 r. W powyższym piśmie (oświadczenie przedstawiciela producenta - Fujitsu Technology Solutions Spółka z o.o.) z dnia 02.11.2017 r. (karta nr 300 akt postępowania), odnoszącego się do wezwania Zamawiającego z dnia 27.10.2017 r. dotyczącego żywotności baterii, w ramach którego potwierdził osiągnięcie wyniku 803 minut pracy na zasilaniu wewnętrznym w przedstawionym przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 20.10.2017 r. teście BAPCo® MobileMark® 2014. Przedstawiciel producenta m.in. oświadczył ponadto, że: „*Podkreślamy, że wynik testu czasu pracy notebooka na baterii zależy w dużej mierze od konfiguracji testowanego modelu. Wynik testu może różnić się w zależności od rodzaju procesora, wersji systemu operacyjnego czy sterowników. Wynik podany w powszechnie dostępnej dokumentacji dotyczy początkowego okresu dostępności oferowanego modelu w ofercie Fujitsu a więc uzyskany był przy użyciu starszej kompilacji systemu operacyjnego Windows 10 Pro, starszej wersji BIOS-u oraz sterowników co miało wpływ na różnice w wyniku testu pracy oferowanego laptopa na baterii w wymaganym teście. Fujitsu LifeBook U937 w konfiguracji zaoferowanej w postępowaniu na dostawę notebooków (nr. 17/4/43/17) osiąga w wymaganym teście 803 minuty Battery Life co potwierdza wydruk testu. Potwierdzamy prawidłowość przeprowadzonego testu i osiągniętego wyniku*”.

Zamawiający przeprowadził testy oferowanego przez Przystępującego Immitis Spółka z o.o. urządzenia dokumentując ich przebieg dokumentem zatytułowanym „Protokół z przeprowadzonych testów NBU LTE” – Warszawa, dnia 16.11.2017 r. Na fot. Nr 3 została przedstawiona fotografia przedstawiająca naklejkę/tabliczkę znamionową określającą

23

producenta/model/numer seryjny/miejsce produkcji (Fujitsu Limited, Fujitsu Technology Solutions GmbH, serial No. DS1T001615, model U937, LKN: U9370M0001PL, Made in Japan (str. 306 akt postępowania). Na str. 307 – 309 akt postępowania została zamieszczona tabela zatytułowana „Zamawiający dokonał weryfikacji zgodności dostarczonego do testów sprzętu z wymogami OPZ (parametry minimalne)”, gdzie dla procesora potwierdzono uzyskanie 1859 pkt i 854 minuty czasu pracy na baterii, dla funkcji BIOS potwierdzono spełnienie wymagań (OK) wraz z odesłaniem do fot. 15. W zakresie wymagań dodatkowych (czytnik kart microSD) wskazano, że funkcja jest realizowana – z odesłaniem do fot. 21 i 22 i adnotacją: „możliwa jest obsługa kart SD i microSD, rozwiązanie bardzo dobrze spasowane z obudową laptopa. Na fot. 15 (str. 315 akt postępowania) widnieje print screen ikony informacyjnej systemu BIOS z następującymi oznaczeniami: Serial Number: 1.09 T01 (10/24/2017), Procesor Type Intel (R) Core (TM) i5-7300U CPU @ 2.6GHz, Core: 2 Core (s), Cache Counts & Sizes L2/L3: 2x256KB/1x3MB. Na fot. 21 i 22 (str. 318 akt postępowania) widnieją fotografie prawego boku obudowy z widocznymi łączami: czytnik kart SD/microSD, USB3.0, RJ45 i złącza blokady oraz na fot. 22 wysunięty adapter kart Sd/microSD™ produkcji Kingston®.

Zamawiający pismem z dnia poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia.

W zakresie części II zostało złożone 3 oferty, w tym oferta Przystępującego Immitis Spółka z o.o. została uznana za najkorzystniejszą uzyskując łącznie 100 pkt, zaś oferta Odwołującego uplasowała się na 2 pozycji uzyskując łącznie 96,23 pkt.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Czytnik kart microSD™

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp związany z czytnikiem kart microSD™ został uwzględniony przez Zamawiającego.

W ocenie Izby zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. W zakresie tego zarzutu, co do zasady brak było sporu co do faktów, a jedynie spór odnosił się do możliwości uzyskania funkcji

24

„wbudowanego czytnika kart microSD™ przy użyciu adaptera (zaoferowanego przez Przystępującego w urządzeniu Fujitsu LifeBook U937) w kontekście postanowień SIWZ i odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców.

Izba wskazuje, że zarówno dowód z okazania, jak również dowód z dokumentu z postaci fotografii nr 22 (str. 318 akt postępowania – Protokół z przeprowadzonych testów NBU LTE cz. 2 postępowania) obrazują, że wymagana przez Zamawiającego funkcja jest realizowana przy użyciu adaptera (w tym przypadku adaptera microSD™ marki Kingstone™ - tj. producenta m.in. kart pamięci). W ocenie Izby, choć SIWZ nie zawiera definicji pojęcia „wbudowany”, w zakresie funkcjonalności czytnika kart microSD™ należy sięgnąć do pełnej treści SIWZ wraz z wyjaśnieniami do niej.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego, że w kontekście postanowień SIWZ, możemy mówić o wbudowanym w oferowany przez niego komputer czytniku takich kart, w tym odnosząc się do twierdzeń, że analiza wymagań zawartych w OPZ (załącznik nr 1 część 2 notebook NBU LTE) nie pozwala na rozciągnięcie wymagań ujętych w odpowiedziach na pytania z dnia 01.09.2017 r. (o numerach 2 i 6) na ten czytnik, gdyż dotyczą one portów i złączy, w tym argumentu Przystępującego o braku spójności nomenklatury OPZ (podniesiony na rozprawie argument, że Zamawiający kamerę traktuje jako pozostałe porty i złącza – wymagania dodatkowe OPZ część 2 notebook NBU LTE) Izba wskazuje, że odpowiedzi na pytania nie można interpretować w oderwaniu od treści zadanych pytań, gdyż te ostatnie definiują obszar zainteresowania pytającego. W piśmie z dnia 01.09.2017 r. Zamawiający przywołał pod numerem 2 pytanie, które wśród portów i złączy wymienia również czytnik kart microSD™ - a więc udzieloną tam odpowiedź, że nie dopuszcza się możliwości osiągnięcia wymaganej ilości i **rodzajów** (podkreślenie Izby) portów poprzez stosowanie dodatkowych przejściówek, konwerterów, replikatorów portów, hubów itp., należy wprost odnieść do objętej zarzutem funkcjonalności urządzenia. W zasadzie w zadanym pytaniu powtórzono wprost ten fragment tabeli załącznika nr 1 do SIWZ, który odnosi się do pozycji „wymagania dodatkowe” dla części 2 zamówienia. Tym samym wprowadzony przez Zamawiającego zakaz uzyskiwania określonej ilości i rodzajów funkcji wymienionych w tabeli określającej parametry minimalne należy rozciągnąć również na czytnik kart microSD™. Powyższe stanowisko potwierdza również, przy zastosowaniu wykładni *a contrario*, dopuszczenie takiej możliwości dla złącza RJ45 (vide: załącznik nr 1 do SIWZ cz. 2 tabela poz. „wymagania dodatkowe” str. 84 akt postępowania).

Niezasadne jest zatem traktowanie zaprezentowanego na etapie prezentacji próbki oraz w ramach dowodu z okazania adaptera na równi np. z rozwiązaniami wykorzystywanymi w telefonii GSM (również w oferowanych urządzeniach – notebook z funkcją LTE), gdzie umiejscowienie kart SIM uzyskuje się przy użyciu tzw. tacek (będących wówczas integralną częścią urządzenia dostarczaną przez jego producenta) lub przy wykorzystaniu jako

25

swoistego adaptera konstrukcji karty SIM, w ramach której kartę microSIM uzyskuje się przez „wyłamanie” tej karty z karty SIM standard.

Zaoferowany przez Przystępującego komputer realizuje pożądaną funkcję za pomocą adaptera i to urządzenia produkowanego przez podmiot odrębny (adapter Kingstone™ – notebook Fujitsu™). Analizując ujęty w treści SIWZ wymóg uzyskania możliwości współpracy komputera przenośnego Fujitsu LifeBook U937™ z kartą microSD™ wskazać należy, że adapter ten umożliwia wprowadzenie karty microSD™ do czytnika kart SD™ na właściwe pole czytnika tak aby doszło do połączenia elektrycznego (galwanicznego) styków umożliwiającego współpracę nośnika danych z urządzeniem. Bez tego adaptera brak jest możliwości współpracy tego nośnika danych z zaoferowanym przez Przystępującego komputerem. W tym bowiem wypadku mamy do czynienia z adapterem umożliwiającym dostosowanie wbudowanego w oferowane urządzenie czytnika kart SD™ do współpracy tego urządzenia z kartami microSD™ - czego Zamawiający nie dopuścił. Co istotne, nawet gdyby Zamawiający wymagał dla notebooka w ramach części 2 wyposażenia go w czytnik dla obu kart (SD™ i micro SD™), takie rozwiązanie nie umożliwiałoby ich jednoczesnego wykorzystania. Powyższe rozwiązanie zostało przez Zamawiającego wprost wykluczone w

odpowiedziach na pytania nr 2 i 6 zawartych w piśmie z dnia 01.09.2017 r., które odnosiło się do wszystkich elementów (portów i łącz) zawartych w tabeli w wymaganiach dodatkowych (załącznik nr 1 do SIWZ OPZ – część 2).

Izba wskazuje, że uzyskanie tej funkcjonalności za pomocą zaproponowanego przez Przystępującego adaptera, nie można traktować jako spełniającego wymagania Zamawiającego, tj. wbudowanego wprost w urządzenie czytnika kart micoSD™. Przeciwnie rozumienie stałoby w opozycji do treści SIWZ dookreślonej w odpowiedziach na pytania z dnia 01.09.2017 r.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała odrzucenie oferty wykonawcy Immitis Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

BIOS i niezgodność próbki z ofertą

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 część 2 A do SIWZ opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) Zamawiający wymagał, aby istniała „*Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub Innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych, odczytania z BIOS informacji o:*

(...) typie procesora wraz z informacją o ilości rdzeni, wielkości pamięci cache L2 i L3”.

(vide: Załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, sekcja „Funkcje BIOS”). Izba stwierdziła, że powyższe postanowienie było kwestią bezsporną pomiędzy Stronami i uczestnikiem postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w złożonej ofercie nie wymagał podania dla systemu BIOS jego wersji. Takich danych zatem brak w ofercie Przystępującego z dnia 06.10.2017 r. Przystępujący potwierdził jednak, że oferowane urządzenie posiada system BIOS umożliwiający bezpośrednie, tj. bez udziału systemu operacyjnego, zidentyfikowanie rodzaju i typu procesora, w tym wskazanie dla niego liczby rdzeni oraz parametrów pamięci podręcznej procesora (cache) na poziomie L2 i L3.

Jednakże Przystępujący w sposób jednoznaczny zidentyfikował oferowane urządzenie, także dookreślając system BIOS (jako wersja 1.09 z datą 06.07.2017 r.) realizując pismem z dnia 20.10.2017 r. wezwanie Zamawiającego z dnia 13.10.2017 r. i przekazując Zamawiającemu dokumenty podmiotowe (w tym wykaz zrealizowanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie) oraz dokumenty przedmiotowe, w tym wyniki testów dla procesora i baterii realizowanych w oparciu o procedurę BAPCo® MobileMark® 2014. Na tym zatem etapie doszło do konkretyzacji oferowanego przez Przystępującego świadczenia, w tym, co istotne dla przedmiotu niniejszego sporu, przez dookreślenie wersji systemu BIOS.

Oznacza to, że to ten system BIOS został zaoferowany z urządzeniem Fujitsu LifeBook U937 i z jego wykorzystaniem urządzenie było poddawane testom oceny wydajności i żywotności baterii. Powyższe nie tylko mogło ale również miało wpływ na wyniki tych testów, co zostanie wykazane w dalszej części uzasadnienia. Jak natomiast wynika z dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego oraz przeprowadzonych przez Izbę system BIOS wersja 1.09 z dnia 06.07.2017 r. w powyższym urządzeniu nie realizuje wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności w postaci możliwości wyświetlenia bez udziału systemu operacyjnego danych na temat procesora w postaci ilości rdzeni oraz wielkości pamięci cache L2 i L3 (dowód z okazania komputera przenośnego Fujitsu LifeBook U937 z zainstalowanym systemem BIOS wersja 1.09 z dnia 06.07.2017 r. oraz pomocniczo stanowisko ujęte w prywatnej opinii biegłego). Widniejący w tej wersji komunikat stanowi, że: „Processor Type: Intel (R) Core (R) i5-73000 CPU @ 2.60GHz”, zaś w przypadku systemu BIOS wersja 1.09 T01 z dnia 24.10.2017 r. (data w systemie amerykańskim 10/24/2017) widnieje komunikat: „Processor Type: Intel (R) Core (R) i5-73000 CPU @ 2.60GHz” oraz dodatkowo: „Core: 2 Core(s)” i „Cache Counts & Sizes L2/L3: 2x256KB / 1x3 MB”.

Izba za najistotniejszy dowód w zakresie tego zarzutu, wskazujący na zaoferowaną przez wykonawcę Immitis Spółka z o.o. wersję systemu BIOS, uznała, obok uzupełnionego pismem z dnia 20.10.2017 r. wyniku testu BAPCo® MobileMark® 2014, oświadczenie przedstawiciela producenta (Fujitsu Technology Solutions Spółka z o.o.) z dnia 02.11.2017 r. (karta nr 300 akt postępowania), odnoszącego się do wezwania Zamawiającego z dnia 27.10.2017 r. dotyczącego żywotności baterii, w ramach którego potwierdził osiągnięcie wyniku 803 minut pracy na zasilaniu wewnętrznym w przedstawionym przez Przystępującego

wraz z pismem z dnia 20.10.2017 r. teście BAPCo® MobileMark® 2014. Przedstawiciel producenta oświadczył ponadto, że: „Podkreślamy, że wynik testu czasu pracy notebooka na baterii zależy w dużej mierze od konfiguracji testowanego modelu. Wynik testu może różnić się w zależności od rodzaju procesora, wersji systemu operacyjnego czy sterowników. Wynik podany w powszechnie dostępnej dokumentacji dotyczy początkowego okresu dostępności oferowanego modelu w ofercie Fujitsu a więc uzyskany był przy użyciu starszej kompilacji systemu operacyjnego Windows 10 Pro, **starszej wersji BIOS-u** oraz sterowników co miało wpływ na różnice w wyniku testu pracy oferowanego laptopa na baterii w wymaganym teście. Fujitsu LifeBook U937 **w konfiguracji zaoferowanej w postępowaniu na dostawę notebooków (nr. 17/4/43/17)** osiąga w wymaganym teście 803 minuty Battery Life co potwierdza wydruk testu. Potwierdzamy prawidłowość przeprowadzonego testu i osiągniętego wyniku”. (podkreślenie Izby).

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) dla części 2 obejmującej pozycję „notebook NBU LTE” należało dołączyć m.in. wydruk z przeprowadzonych testów potwierdzający, że procesor w oferowanym modelu komputera osiągnął wymagany wynik i co niezwykle istotne **„Testy powinny być potwierdzone przez przedstawiciela Producenta komputera w Polsce”** (podkreślenie Izby).

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że przedstawiciel producenta, potwierdzając wyniki testu, potwierdził jednocześnie skonfigurowanie modelu komputera Fujitsu LifeBook U937 – a więc tym samym wyposażenie go w system BIOS wersja 1.09 z dnia 06.07.2017 r. a nie wersja 1.09 T01 z dnia 24.10.2017 r. Jak słusznie wskazał Odwołujący urządzenie przedstawione do testów jako próbka dysponowało inną wersją systemu BIOS (wersja 1.09 T01 datowana na dzień 24.10.2017 r.) – a więc wersją datowaną zarówno po dniu sporządzenia przez Przystępującego oferty (06.10.2017 r.), jak również po dniu wykonania testów BAPCo® MobileMark® 2014 (data zakończenia 04.10.2017 r. godzina 07:18:43) i po dacie uzupełnienia dokumentów mającego miejsce 20.10.2017 r. – a więc po dacie dookreślenia przedmiotu oferty.

Choć możliwość zaoferowanie urządzenia z wersją BIOS dedykowaną dla konkretnego zamawiającego, jak również z wersją systemu BIOS przewidzianą do wprowadzenia (np. dopiero na etapie dostawy) byłaby, co do zasady, dopuszczalna – jednakże w stanie faktycznym ustalonym dla niniejszego postępowania nie mieliśmy do czynienia z taką sytuacją. Otóż nietrudno wyobrazić sobie sytuację, że profesjonalny wykonawca oferuje zamawiającemu urządzenie z dedykowanym systemem BIOS lub z systemem BIOS niedostępnym w powszechnym obrocie na moment złożenia oferty, jednakże przewidywanym do wprowadzenia przez producenta na moment dostawy urządzeń. Jednakże taka okoliczność powinna zostać wskazana przez wykonawcę wprost w ofercie aby uczynić jego zobowiązanie realnym i ściśle dookreślonym.

28

Jednakże, jak wynika z dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego i przeprowadzonych przez Izbę (dowód z okazania oraz dowodów z dokumentów w postaci wydruku ze strony Fujitsu Technical Support pages from Fujitsu Poland

komputer z systemem BIOS

<http://support.ts.fujitsu.com/IndexDownload.asp?lng=PL>)

zaoferowany przez Przystępującego nie spełnia wymagań SIWZ odnoszących się do możliwości identyfikacji bez użycia systemu operacyjnego pełnych danych procesora w postaci jego typu, ilości rdzeni oraz rodzaju pamięci cache.

Powyższe również wskazuje, że potwierdził się, powiązany z zarzutem niezgodności systemu BIOS z wymaganiami SIWZ (a więc oparty na tej samej podstawie faktycznej), zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na dostarczeniu do testów jako próbki, na żądanie Zamawiającego, urządzenia o innej specyfikacji niż zaoferowane w ramach oferty. Zmiana ta ma nie tylko wpływ na zakres informacji dostępnych na poziomie systemu BIOS ale również na pozostałe parametry użytkowe oferowanego urządzenia. Otóż rodzaj systemu BIOS decyduje, nie tylko o komunikacji (procedurze realizującej pośrednictwo pomiędzy systemem operacyjnym software i sprzętem hardware) ale również o charakterystyce pracy całego urządzenia.

Powyższe potwierdził producent urządzenia w oświadczeniu złożonym przez jego przedstawiciela (Fujitsu Technology Solutions Spółka z o.o.) z dnia 02.11.2017 r. (karta nr 300 akt postępowania). W zakresie przedmiotowego zarzutu jedynie na marginesie Izba wskazuje, że stąd też mogły wynikać różnice w uzyskiwanych wynikach czasu pracy na zasilaniu wewnętrznym uzyskiwane dla urządzenia w zaoferowanej konfiguracji (czyli z systemem BIOS 9.01 z dnia 06.07.2017 r.) a uzyskiwane w urządzeniu dostarczonym jako próbka (system BIOS 9.01 T01 z dnia 24.10.2017 r.).

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Immitis Spółka z o.o. ze względu na niespełniający wymagań Zamawiającego system BIOS oraz zmianę przedmiotową oferty w trakcie trwania postępowania.

Żywotność baterii

W zakresie powyższego zarzutu Izba za spełniający ten wymóg na poziomie 803 minut uznała wynik testu BAPCo® MobileMark® 2014 (data zakończenia 04.10.2017 r. godzina 07:18:43) przedstawiony przez Przystępującego na etapie postępowania przetargowego wraz z pismem z dnia 20.10.2017 r., potwierdzony przez przedstawiciela producenta w oświadczeniu Fujitsu Technology Solutions Spółka z o.o. z dnia 02.11.2017 r. (karta nr 300 akt postępowania) oraz test sporządzony samodzielnie przez Zamawiającego. Jak wynika z treści załącznika nr 2b do SIWZ (tabela) testy winny być potwierdzone przez

29

przedstawiciela producenta w Polsce. Mając na uwadze powyższe Izba wymóg ten uznała za spełniony i należycie wykazany przez Przystępującego.

Izba nie dała wiary dowodom i twierdzeniom, również tym zawartym w opinii prywatnej, ze względu na ich znaczną rozbieżność (633 minut w opinii, 633 i 573 minuty w testach BAPCo® MobileMark® 2017 z adnotacją Przesłany przez: odpowiednio „Politechnika” oraz „Intaris Spółka z o.o.”), jak również ze względu na okoliczność, na którą zwrócił uwagę Przystępujący (stan żywotności baterii na poziomie 97% oraz rodzaj zainstalowanego w testowanym przez biegłego komputerze dysku SAMSUNG – innego niż w oferowanym urządzeniu).

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że występujące znaczne odstępstwa tych wyników pokazują, jak istotne jest zarówno jednakowe skonfigurowanie urządzenia oraz identyczne warunki testowe. Powyższe znalazło również potwierdzenie w przesłanym przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 03.11.2017 r. oświadczeniem Fujitsu Technology Solutions Spółka z o.o. z dnia 02.11.2017 r. (str. 300 akt postępowania).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp związany z czasem pracy urządzenia na zasilaniu wewnętrznym nie potwierdził się.

Kryteria środowiskowe – pamięć RAM

W zakresie zarzutu odnoszącego się do kryteriów środowiskowych przez wskazanie jako jego podstawy faktycznej kwestii związanej z pamięcią RAM Izba wskazuje, iż bezsporna pomiędzy stronami była okoliczność, iż wymóg minimalny dla zaoferowanego urządzenia w ramach części II obejmował 16GB tej pamięci.

Tym samym wyposażenie oferowanego przez Przystępującego komputera w wymienną kość pamięci RAM (dzięki slotowi znajdującemu się na płycie głównej) potwierdza ten wymóg. W tym zakresie Izba w całej rozciągłości podzieliła argumentację zaprezentowaną przez Zamawiającego oraz Przystępującego. W istocie byłoby działanie nieracjonalnym odrzucenie oferty wykonawcy, który spełnił wymóg minimalny, jednakże zaoferował nadmiarowe parametry urządzenia, które nie wpisują się w rekomendacje środowiskowe zalecane przez Komisję Europejską. Jest zatem oczywiste, kierując się wykładnią celowościową tych regulacji, że gdyby doszło do uszkodzenia kości pamięci RAM jest ona, na poziomie minimalnym określonym w treści SIWZ, wymienna bez konieczności wymiany jakichkolwiek innych podzespołów.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Warunki udziału w postępowaniu

W zakresie zarzutów odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu Izba stwierdziła, że zarzuty te potwierdziły się jedynie częściowo – jednakże ze względu na potwierdzenie się zarzutów związanych z niezgodnością treści oferty wykonawcy Immitis Spółka z o.o. z treścią SIWZ nie znalazło to odzwierciedlenia w treści sentencji orzeczenia.

Izba zgadza się w części ze stanowiskiem Odwołującego, który wskazywał na konieczność uwzględnienia w krajowym porządku prawnym orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej „TSUE” lub „Trybunał”) w postaci wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt C-387/14 (sprawa Esaprojekt źródło: ECLI:EU:C:2017:338). Jednakże, na co zwracał uwagę zarówno Zamawiający jak i Przystępujący, orzeczenie to nie doczekało się jeszcze ukształtowanego stanowiska

w krajowym orzecznictwie.

W orzeczeniu tym Trybunał odniósł się do zagadnień sformułowanych w ramach odesłania prejudycjalnego skierowanego przez Krajową Izbę Odwoławczą, które stanowiło odzwierciedlenie licznych problemów praktycznych związanych z instytucjami systemu zamówień publicznych związanymi z warunkami udziału w postępowaniu obejmującymi wiedzę i doświadczenie.

W zakresie mającym odniesienie do zarzutów postawionych w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej Izba wskazuje na treść tez o numerach 62 – 64 orzeczenia o sygn. akt C-387/14, w których Trybunał wskazał, co następuje.

62 Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

63 Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.

64 Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

Nie ulega także wątpliwości, że orzeczenie to zmienia podejście do kwestii oceny indywidualnego doświadczenia zdobytego przy wspólnej realizacji zamówień przez kilku wykonawców nakazując podmiotom zamawiającym merytoryczną ocenę zakresu czynności wykonywanych przez poszczególnych wykonawców i odejście od jedynie formalnej oceny składanych dokumentów.

31

Mając na uwadze wątpliwości wynikające z treści przedłożonych przez Odwołującego i Przystępującego dowodów brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, tym bardziej, w ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, że podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Izba zarzuty te uznała bowiem za przedwczesne i za tym nie znalazła podstaw do wykluczenia wykonawcy Immitis z postępowania. Co prawda Odwołujący przedstawił jako dowód umowę konsorcjum z dnia 22.09.2015 r. związaną z realizacją dostawy na rzecz Inspektoratu Uzbrojenia wraz z umową uszczegółowiającą z dnia 30.11.2015 r. oraz protokołami przyjęcia/przekazania i oświadczeniami trzech, poza Immitis Spółka z o.o., pozostałych członków tego konsorcjum jednakże Przystępujący przedstawił dowód w postaci faktury nr FV/00024/12/15 wystawionej przez Immitis Spółka z o.o. (sprzedawca/podatnik) dla Techsource Spółka z o.o. (nabywca/podatnik) obejmującej usługę pn. „udział w konsorcjum realizującym umowę” z ukrytą wartością. Niewątpliwie z dokumentów tych wynika, że Immitis Spółka z o.o. był członkiem konsorcjum realizującym dostawę i otrzymał zapłatę za realizowane czynności jednakże, ze względu na istniejący pomiędzy członkami tego konsorcjum spór, który został potwierdzony przez Przystępującego i którego odzwierciedlenie znajdujemy w złożonym przez Odwołującego jako dowód piśmie Inspektoratu Uzbrojenia z dnia 29.12.2015 r. (Nr V/15961/15) istnieją wątpliwości, co do faktycznego udziału Przystępującego w realizacji dostawy na rzecz ww. zamawiającego.

Z tego też powodu Izba w niniejszym składzie, kierując się wytycznymi ujętymi w tezach 62 – 64 wskazanego wyżej wyroku TSUE, uznała, że w takich okolicznościach Zamawiający powinien poddać badaniu i ustalić realny udział Przystępującego przy realizacji tego zamówienia. Izba podzieliła zatem w całej rozciągłości stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie. Jednakże, ze względu na uznanie oferty wykonawcy Immitis Spółka z o.o. za podlegającą odrzuceniu, na skutek uwzględnienia dwóch zarzutów opartych na przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ewentualne wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów

32

wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp i 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) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Izba orzekła mając na uwadze uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów związanych z czytnikiem kart microSD™ oraz funkcji BIOS, wobec której to czynności wykonawca Immitis Spółka z o.o. jako Przystępujący po stronie Zamawiającego złożył sprzeciw. Tym samym kierując się treścią art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp, który stanowi, że koszty postępowania odwoławczego, w sytuacji wskazanej powyżej, ponosi wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę Izba kosztami obciążyła wykonawcę Immitis Spółka z o.o.

Przewodniczący:

.....

33

34