Sygn. akt KIO 289/15

WYROK
z dnia 6 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2015 r. przez wykonawcę
Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR" Sp. J.
S. M., S. E.
Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice
w postępowaniu prowadzonym przez
Gminę Zawiercie ul. Leśna 2, 42-400 Zawiercie

przy udziale wykonawcy **MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. ul. Reduta 5, 31-421 Kraków**
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na złożenie niezgodnego z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyniku testu SYSmark®,
2. oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów,
3. kosztami postępowania obciąża Gminę Zawiercie i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

---

Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR" Sp. J. S. M., S. E. tytułem wpisu od odwołania,
3.2. zasądza od Gminy Zawiercie na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego „PIOMAR" Sp. J. S. M., S. E. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 289/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Zawiercie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę zestawów komputerowych (komputerów stacjonarnych z peryferiami) wraz z biurowym, monitorami, oprogramowaniem systemowym, antywirusowym na potrzeby wykonania Projektu pn. Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w gminie Zawiercie realizowane w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013: Priorytet 8 – Społeczeństwo Informacyjne – zwiększanie innowacyjności gospodarki, Działanie 8.3. – Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu – eInclusion" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.

Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 czerwca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 106-186148.
Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:
Odwołujący – Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR" sp.j. S. M., S. E. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, nie jest zobowiązany do stwierdzenia, iż niezgodności występujące w ofercie wykonawcy Maxto Sp. z o.o. S.K.A. względem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia skutkują koniecznością odrzucenia oferty tego wykonawcy, gdyż:
   1) zaniechał podania w ofercie, jaki procesor posiada zaoferowany przez niego komputer,
   2) zaniechał podania w ofercie, jaką efektywność posiada zaoferowany zasilacz,
   3) załączony na wezwanie do uzupełnienia raport głośności został sporządzony na sprzęcie niezgodnym z oferowanym,
   4) załączony na wezwanie do uzupełnienia raport z testu SYSmark® 2012 Performance Test został sporządzony na sprzęcie niezgodnym z zaoferowanym,

   5) pomimo wyjaśniania kwestii zgodności oferowanego oprogramowania OpenOffice PL Standard 2014, nie potwierdził skutecznie, że oferowane oprogramowanie faktycznie jest zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
   6) nie podał adresów strony www, przez którą zamawiający uprawniony byłby do pobierania darmowych aktualizacji systemu operacyjnego,
   7) pomimo wyjaśniania kwestii zgodności oferowanego komputera pod kątem ilości portów USB, wykonawca ten nie wykazał, że oferowany komputer w rzeczywiści posiada min. 4 porty USB 3.0 oraz min. 6 portów USB 2.0,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 25 ust. 1 oraz w zw. z art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest uprawniony do wzywania wykonawcy Maxto Sp. z o.o. S.K.A. do uzupełnień treści „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia" w zakresie, w którym dokument ten stanowi treść oferty *sensu stricto,* a zatem uzupełnianie go po terminie składania ofert stanowi negocjacje zamawiającego z wykonawcą,
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, nie jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje w postępowaniu, tj. dokonał modyfikacji testu SYSmark 2012 Performance Test w zakresie dysku twardego (który nie istnieje), co skutkowało wybraniem przez zamawiającego oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z pominięciem uzupełnionego przez Maxto Sp. z o.o. S.K.A. „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia" oraz z uwzględnieniem wykluczenia Maxto Sp. z o.o. S.K.A. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ww. zakresach,
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

III Ustalenia Izby co do zarzutów
Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie dotyczącym niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na przedstawienie nieprawidłowego wyniku testu SYSmark® 2012 Performance Test oraz oddaleniu w zakresie pozostałych zarzutów.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania podania przez Maxto Sp. z o.o. S.K.A. w ofercie, jaki procesor posiada oferowany komputer oraz jaką efektywność posiada zasilacz, a także zezwolenia na nieuprawnioną zmianę oferty Maxto Sp. z o.o. S.K.A. poprzez zmianę „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia" Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 12) zamawiający podał, iż na potwierdzenie spełnienia przez oferowane urządzenia wymagań określonych przez zamawiającego, wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty „Opis techniczny przedmiotu zamówienia" sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na tej podstawie zamawiający uznał, że dokument ten ma charakter dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Informacje zawarte w „Opisie technicznym przedmiotu zamówienia" stanowią opis oferowanego przedmiotu, tak więc dokument ten nie może być potraktowany jako dokument przedkładany na okoliczność spełnienia warunków przedmiotowych udziału w postępowaniu.
Pomimo tego zamawiający zwrócił się do Maxto Sp. z o.o. S.K.A. z wnioskiem o jego uzupełnienie w zakresie: a) Lp. 3 – Procesor, b) Lp. 4 – Wydajność obliczeniowa, c) Lp. 9 – Obudowa". W odniesieniu do wydajności obliczeniowej nie doszło do uzupełnienia oferty, gdyż oświadczenie o spełnieniu warunku uzyskania min. 145 pkt w teście SYSmark 2012 Performance Test znalazło się w pierwotnej treści oferty, a następczo zostało jedynie doprecyzowane, że oferowany sprzęt uzyskuje 186 punktów. Zamawiający błędnie, zamiast wezwać Maxto Sp. z o.o. S.K.A. do wyjaśnień, zażądał uzupełnienia przedmiotowego dokumentu.
Natomiast w pozostałych dwóch zakresach uzupełnione informacje stanowią konstytutywną treść oferty, która powinna była zostać podana najpóźniej do upływu terminu składania ofert.

Zdaniem odwołującego okoliczność, jaki procesor został zaoferowany przez Maxto Sp. z o.o. S.K.A., a konsekwentnie również, czy faktycznie osiąga on co najmniej 145 pkt w teście SYSmark 2012 Performance Test, nie wynikała z treści oferty złożonej w terminie składania ofert. Wykonawca ten nie załączył bowiem do oferty raportu z testu do oferty, zatem z tego dokumentu zamawiający nie mógł powziąć informacji, że oferowany komputer jest wyposażony w procesor Intel Core i5-4590. Dopiero w wyniku uzupełnienia przedmiotu oferty zamawiający dowiedział się, jaki procesor wykonawca oferuje, a tym samym mógł zweryfikować, czy spełnia on warunek uzyskania minimalnej ilości punktów w teście SYSmark® 2012 Performance Test.

Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się. Zamawiający w kwestionowanym zakresie – tj. modelu procesora oraz sprawności zasilacza w zależności od obciążenia rzeczywiście wezwał Maxto Sp. z o.o. S.K.A. do uzupełnienia „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia". Jednak ze stanu faktycznego sprawy wynika, że uzupełnienie to miało nie tyle charakter merytoryczny (zmiana treści oferty), co oczywiście byłoby niedopuszczalne, lecz techniczny, tj. polegający na wpisaniu w tabeli, w wyznaczonych przez zamawiającego (wykropkowanych) miejscach, informacji, które zostały wcześniej pominięte lub nie były kompletne.
Co do procesora, zamawiający w swoim wezwaniu wskazał: „Zabrakło modelu procesora, co należy uzupełnić, będąc związanym faktem, że złożony test passmark CPU Benchmarks

dotyczy procesora Intel Core i-5-4590 (3,3 GHz). Zabrakło również podania konkretnej ilości punktów z w/w testu – 7266, zamiast określenia minimum 7000 punktów, jak wymagał Zamawiający, zaś Wykonawca miał podać konkretne dane."
Już z samego powyższego wezwania wynika, że zamawiający zażądał wpisania do formularza „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia" danych, które zostały zawarte w załączonym do oferty teście Passmark CPU Benchmarks, zatem uzupełnienie to należy zakwalifikować jako techniczne – porządkujące treść oferty, a nie zmianę jej treści.

Jak wynika z wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie żądanych przez zamawiającego dokumentów „na potwierdzenie spełniania przez oferowane urządzenia wymagań określonych przez Zamawiającego" (str. 12-13) oferowany procesor powinien być wskazany w dwóch dokumentach: wyniku testu passmark CPU-mark (w zakresie oferowanego procesora) oraz wyniku testu SYSmark® 2012 Performance Test (przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji komputera).
Maxto Sp. z o.o. S.K.A. nie dołączył do oferty wyniku testu SYSmark® 2012 Performance Test, lecz załączył wynik testu passmark cpu-mark, na którym został wskazany model procesora (Intel Core i-5-4590). Zatem można uznać, że wykonawca, chociaż nie we

wskazanym miejscu tabeli formularza „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia", podał model procesora, który następnie jedynie został „przepisany" do tabeli w „Opisie technicznym przedmiotu zamówienia".
Gdyby zamawiający nie poprosił wykonawcy o uzupełnienie wpisu w tabeli, nie miałoby to znaczenia merytorycznego, gdyż procesor został wskazany w innej części oferty. Zamawiający mógłby również poprosić wykonawcę o wyjaśnienia treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu potwierdzenia, że na pewno zaoferował on procesor Intel Core i-5-4590 – dawałoby to tak sam efekt.

W zakresie sprawności zasilacza zamawiający wskazał w poz. 9 tabeli „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia" punkt 2. wymagania „Zasilacz o mocy max. 280W pracujący w sieci 230V 50/60Hz prądu zmiennego i efektywności min. 85% przy obciążeniu zasilacza na poziomie 50% oraz o efektywności min. 82% przy obciążeniu zasilacza na poziomie 100%". W kolumnie „Parametry/wymagania oferowane" wykonawca miał wpisać moc zasilacza, sprawność oraz wykreślić odpowiednio spełnia/nie spełnia.

Maxto Sp. z o.o. S.K.A. podał moc zasilacza 250W, sprawność min. 85%, oraz zaznaczył „spełnia". Po uzupełnieniu informacja brzmiała: „Moc zasilacza 250W, Sprawność min. 85% (85% przy obciążeniu 50%, 82% przy obciążeniu 100%), Spełnia/nie spełnia".
Wykonawca wskazał, że w tabeli na wykropkowanym polu wpisał jedynie jedną wartość, gdyż z uwagi na treść formularza uznał, że wystarczające jest podanie jednego z parametrów efektywności, a na wezwanie zamawiającego jedynie doprecyzował wcześniejszą informację.

Zdaniem Izby w takim przypadku bardziej odpowiednie byłoby zwrócenie się przez zamawiającego o wyjaśnienia treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na niekompletność informacji, co nie budziłoby jakichś szczególnych wątpliwości proceduralnych. Zamawiający wybrał nieco inną formę takich wyjaśnień (gdyż każdy taki wpis w istocie rzeczy stanowi jednocześnie wyjaśnienie/potwierdzenie treści oferty) powiązaną jednocześnie z „uporządkowaniem" informacji zawartych w dokumentach poprzez dokonanie tam kompletu wpisów. W tym przypadku nie stanowiło to błędu proceduralnego.
Niewątpliwie Maxto Sp. z o.o. S.K.A. powinien był dołożyć większej staranności przy wypełnianiu formularza „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia", ale same informacje należałoby zakwalifikować raczej jako niekompletne, niż uznać za niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Przy tym żadna z podanych wartości nie jest niezgodna w wymaganiami zamawiającego i w tym wypadku najdalszą konsekwencją zaistniałej

sytuacji byłoby stwierdzenie, że wykonawca zaoferował sprawność 85% dla obu obciążeń

zasilacza i uznanie dokonanej zmiany za bezskuteczną ze względu na zawarty w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakaz zmiany treści oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego przedstawienia raportu głośności sporządzonego na sprzęcie niezgodnym z oferowanym Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 10. „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia" zamawiający żądał, aby maksymalna głośność oferowanego sprzętu komputerowego wynosiła 26dB z pozycji obserwatora w trybie pracy dysku twardego (pomiar zgodny z normą ISO 9296/ISO 7779 lub równoważną), na dowód czego wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty raport badawczy wykonany przez akredytowaną jednostkę. Maxto Sp. z o.o. S.K.A. nie załączył ww. raportu do oferty, a na wezwanie uzupełnił ofertę o raport głośności, lecz z raportu tego wynika, że został on wykonany na innym sprzęcie niż oferowany. Zgodnie z oświadczeniem zawartym w poz. 9. „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia" wykonawca ten zaoferował zasilacz o mocy 250W, zaś badanie głośności zostało wykonane na sprzęcie z zasilaczem o mocy 300W.
Z informacji zawartej w przedstawionym raporcie wynika, że do podstawowych podzespołów komputera mających bezpośredni wpływ na poziom hałasu należy m.in. zasilacz. Zatem sama jednostka akredytowana do wykonywania badania głośności wskazała, że wykazany wynik głośności nie jest adekwatny dla komputera ASUS BP1AD z zasilaczem 250W, gdyż zasilacz jest elementem mającym wpływ na poziom hałasu, gdyż posiada on elementy hałasujące.
Maxto przedłożył przedmiotowy raport głośności na wezwanie do uzupełnień, więc zamawiający nie jest uprawniony do ponownego wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia.

W ramach dokumentów „na potwierdzenie spełniania przez oferowane urządzenia wymagań określonych przez Zamawiającego" (str. 12-13) zamawiający żądał m.in. raportu badawczego sporządzonego przez akredytowaną jednostkę – potwierdzającego wymagania zamawiającego w zakresie ergonomii – głośność maksymalnie 26dB z pozycji obserwatora w trybie pracy dysku twardego, pomiar zgodny z normą ISO 9296/ISO 7779 lub równoważnymi.
Maxto Sp. z o.o. S.K.A. nie załączył ww. raportu do oferty, a po wezwaniu do uzupełnienia przedstawił sprawozdanie z badań wystawione przez Zespół Laboratoriów Instytutu Elektrotechniki – Laboratorium Badawcze i Wzorujące z siedzibą w Warszawie.
W opisie badanego obiektu wskazano, że badano komputer stacjonarny ASUS BP1AD wraz z podaniem jego konfiguracji.

W ramach tego badania badano zasilacz AcBel model PCA023 o mocy maksymalnej 300W. W opisie tym wskazano także, że do podstawowych podzespołów komputera mających bezpośredni wpływ na poziom hałasu należą: twardy dysk, wentylator oraz zasilacz, a inne elementy wchodzące w skład obiektu nie mają wpływu na poziom hałasu, gdyż nie mają hałasujących elementów.

Nie jest zatem sporne, że Maxto Sp. z o.o. S.K.A. zaoferował komputer ASUS BP1AD z zasilaczem o mocy 250W (nie wskazano, jakiego producenta), a elementem badanym był zasilacz o mocy 300W.
W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie wskazał, że badania te mają być przeprowadzone na oferowanej konfiguracji komputera, jak zrobił to w przypadku testu SYSmark, czy testu passmark-cpu Mark (test oferowanego procesora).
Jednocześnie nie było sporne, że konfiguracja sprzętu poddanego badaniom mogła się różnić od konfiguracji sprzętu oferowanego, sporny był sam zakres owych różnic, tj. czy mogą obejmować zasilacz.

Zdaniem Izby przedstawienie przez wykonawcę wyników testów czy raportów z badań ściśle dla oferowanej konfiguracji komputera niewątpliwie jest najbardziej miarodajne i ma największą moc dowodową i żądanie takiego dokumentu z powyższych względów byłoby najbardziej uzasadnione. Jednak z drugiej strony ilość możliwych do zaoferowania konfiguracji nawet dla danego modelu powoduje, że producenci nie są w stanie indywidualnie badać każdej możliwej konfiguracji i w praktyce do przeprowadzania różnych

badań i testów w zakresie sprzętu komputerowego wykorzystuje się jedynie referencyjne egzemplarze, a testy te lub badania wykonuje się ogólnie dla danego modelu, rodzaju czy rodziny komputerów lub ich podzespołów. Z tego też powodu zamawiający, jeśli nie postawili odmiennych wymagań, akceptują takie testy/badania.
W niniejszej sprawie nie było sporne, że zamawiający nie postawił warunku, że przedmiotem badań ma być oferowana konfiguracja, jak zrobił to przy teście SYSmark oraz nie było sporne, że raport z badań może dotyczyć innej konfiguracji. Zamawiający nie zawarł też wskazówek, jakie elementy mogą się różnić. Tym samym w każdym przypadku zmiany elementu konfiguracji mogłoby to stanowić przedmiot sporu rozstrzygany negatywnie dla wykonawcy, co nie powinno mieć miejsca.
Jednocześnie zamawiający w swoim stanowisku wskazał, że uznał raport głośności jako dokument potwierdzający wskazany wymóg dla rodziny komputerów ASUS BP1AD. Rzeczywiście w raporcie z badań wskazano zasilacz jako element składowy wytwarzający hałas. Maxto Sp. z o.o. S.K.A. oświadczyła, że raport z badań jest prawidłowy również przy

oferowanej konfiguracji, gdyż zasilacz o mniejszej mocy będzie wytwarzał mniej hałasu niż zasilacz badany.
Jeśli ta kwestia nie budzi wątpliwości – a nie przedstawiono dowodów, że zmiana zasilacza zmieni (pogorszy) wynik badań – to ze względu na brak wymagań zamawiającego oraz przyjęcie, że konfiguracja komputera może być inna bez wskazania, w jakim zakresie może być inna, wynik badań należy uznać za prawidłowo przedstawiony.

W zakresie zarzutu dotyczącego przedstawienia nieprawidłowego wyniku testu SYSmark® 2012 Performance Test Izba uznała, że zarzut potwierdził się w zakresie przedstawienia nieprawidłowego dokumentu, natomiast nie potwierdził się w zakresie zarzutu przedstawienia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania

Odwołujący wskazał, że test ten wykonywany jest on-line, a oprogramowanie testujące Bapco bada tę jednostkę, która nawiązała połączenie. Nie istnieje zatem możliwość wykonania z jednego komputera testu SYSmark dotyczącego innego komputera. W raporcie z testu program testujący automatycznie, bez ingerencji zgłaszającego jednostkę do testu, pobiera dane na temat podzespołów badanej jednostki. Raport ten generowany jest w formacie PDF z możliwością jego edytowania.
Wykonawca Maxto Sp. z o.o. S.K.A. załączył wyniki potwierdzające zdobycie co najmniej 145 pkt, jednakże wynik ten nie dotyczy zaoferowanego komputera. Zgodnie bowiem z informacją zawartą w raporcie testowany był komputer z dyskiem 500,1 GB o symbolu ST1DM002-1BD142. Identyfikacja dysku twardego możliwa jest po końcowych numerach dysku, tj. 1BD142. Numer ten wskazuje, że zaoferowany komputer ASUS BD1AD wyposażony został w dysk marki Seagate. Na stronie producenta Seagate brak jest dysku twardego o symbolu ST1DM002-1BD142. Oznacza to, że taki dysk fizycznie nie istnieje. Z uwagi zaś na automatyczne działanie programu Bapco brak jest możliwości, aby to program Bapco pobrał z Biosu dysku niewłaściwy nr PN. Z uwagi na niewystępowanie w sprzęcie Seagate dysku o symbolu ST1DM002-1BD142 oraz z uwagi na możliwość edytowania raportu z testu SYSmark® 2012 Performance Test odwołujący uznał, że wykonawca poddał testom sprzęt o innym dysku niż podany w ofercie, a następnie zmodyfikował oznaczenie dysku.
Z uwagi na fakt, że dokument został przedłożony na wezwanie do uzupełnień, zamawiający nie jest uprawniony do ponownego wzywania wykonawcy do przedłożenia testu dla oferowanego sprzętu. Tak więc oferta podlega odrzuceniu z uwagi na normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe

informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością. Nie ma wątpliwości co do tego, że złożenie przez Maxto Sp. z o.o. S.K.A. nieprawdziwych informacji do co ilości

punktów uzyskiwanych w teście SYSmark® 2012 Performance Test przez oferowany sprzęt miało wpływ na wynik postępowania, gdyż wskutek złożenia nieprawdziwych informacji zamawiający uznał, że oferowany sprzęt spełnia warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Gdyby wykonawca złożył raport z testu zawierający prawdziwą ilość punktów uzyskiwaną przez oferowany sprzęt, to nie wykazałby zgodności oferowanego komputera z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie odwołującego przedłożenie nieprawdziwych informacji było wynikiem zamierzonego, zawinionego działania wykonawcy, który samodzielnie zdecydował się na modyfikację wyniku testu.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 12-13), na potwierdzenie „spełniania przez oferowane urządzenia wymagań określonych przez Zamawiającego", zamawiający zażądał przedstawienia wyniku testu przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji komputera potwierdzającego osiągnięcie przez oferowany komputer wymaganego wyniku w teście wydajności SYSmark® 2012 Performance Test wartości nie mniejszej niż SYSmark 2012 Rating – minimum 145 punktów.
W załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis techniczny przedmiotu zamówienia" poz. 4. zamawiający wskazał, że wymaga dołączenia do oferty wyniku testu w postaci wydruku z przeprowadzonego testu (raport lub PrintScreen z wynikiem testu), potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.
Maxto Sp. z o.o. S.K.A. nie dołączył ww. dokumentu do oferty, przedstawił go dopiero na wezwanie do uzupełnienia dokumentów.

Podczas rozprawy nie było sporne, że w przedstawionym wyniku testu został wskazany symbol dysku innego niż oferowany przez Maxto Sp. z o.o. S.K.A., a przy tym dysku nieistniejącego.
Maxto Sp. z o.o. S.K.A. tłumaczył ów fakt tym, że ze względu na niemożność dokonania wydruku raportu lub PrintScreenu, przepisał przedmiotowy wynik testu, a podczas przepisywania popełnił omyłkę w oznaczeniu dysku.

Izba stwierdziła, że w zaistniałym stanie faktycznym należy uznać, że przedmiotowy dokument nie odnosi się do oferowanej konfiguracji oraz zawiera w swojej treści błąd, który powodowałby zastosowanie procedury art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak biorąc pod uwagę, że wykonawca już był wzywany do uzupełnienia tego dokumentu,

gdyż nie załączył go do oferty, nie może być wezwany po raz kolejny, w celu usunięcia błędu (przedstawienia dokumentu nie zawierającego błędu). Jeśli bowiem wykonawca przedstawia dokument dopiero w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentu, ponosi pełne ryzyko tego, by był on kompletny i nie zawierał błędów.
Izba stwierdziła też, że nie jest możliwe poprawienie zaistniałego w tekście dokumentu błędu jako oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezależnie bowiem od stwierdzenia, czy jest to omyłka oczywista, niedopuszczalne byłoby poprawienie treści dokumentu pochodzącego od innego podmiotu. Podobnie zresztą jak zamawiający nie mógłby poprawić pomyłek w tekście zaświadczenia z urzędu skarbowego czy certyfikatu.

Przy tym należy zauważyć, że dokument „przepisany" nie spełnia wymagania zamawiającego, by stanowił wydruk z przeprowadzonego testu (raport lub PrintScreen). Żądanie to został wyraźnie wyartykułowane jedynie w odniesieniu do tego rodzaju testu i nie jest „zwykłym" wymogiem formalnym, lecz stanowi wymóg w zakresie skuteczności dowodowej przedstawianego dokumentu. Oznaczało to bowiem, że zamawiający zażądał dokumentu generowanego oryginalnie, bez możliwości ingerencji w jego treść. Zatem nawet ewentualna kopia nie mogła być sporządzona „odręcznie", lecz powinna dokładnie odzwierciedlać oryginalny dokument, czyli mogła to być kserokopia czy skan.
Przepisy co prawda nie wskazują, jaki rodzaj kopii dokumentów może być wykonany, lecz nie można kopii odrywać od znaczenia dowodowego dokumentów, np. nikt nie zaakceptowałby „przepisanego" zaświadczenia z urzędu skarbowego (musi ono zawierać pieczęcie i podpisy wskazujące na jego pochodzenie), czy „przepisanego" wydruku z banku albo KRS, gdyż dokumenty te nie mają żadnej wartości dowodowej.

Co do deklarowanej niemożności zdobycia przez wykonawcę takiego wydruku – należy tu przyznać rację odwołującemu, że wszyscy wykonawcy musieli przedstawić taki sam dokument, a Maxto Sp. z o.o. S.K.A. miał taki sam czas na jego zdobycie, jak i pozostali wykonawcy (a nawet dłuższy, gdyż dokument przedstawił dopiero na żądanie jego uzupełnienia). Przy tym jest to dokument standardowy dla takiego typu testów.

Ze względu na to, że Maxto Sp. z o.o. S.K.A. przedstawił błędny i niezgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokument – wynik testu SYSmark® 2012 Performance Test, który miał potwierdzać spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań określonych przez zamawiającego i który nie może zostać uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta Maxto Sp. z o.o. S.K.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Tym samym zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucić ofertę Maxto Sp. z o.o. S.K.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z przedstawionymi wyjaśnieniami Maxto Sp. z o.o. S.K.A. Izba nie uznała jednak działania tego wykonawcy za złożenie nieprawdziwych informacji. Wyjaśnienie dotyczące zaistnienia błędu przy przepisywaniu jest o tyle przekonujące, że wykonawca ten podał symbol dysku nieistniejącego, co byłoby nielogiczne w połączeniu z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd co do konfiguracji testowanego komputera.

W zakresie zarzutu braku wskazania w ofercie stron www, na których dostępne są darmowe aktualizacje systemu operacyjnego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z poz. 12. ppkt 4 „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia" zamawiający zobowiązał wykonawców, aby w ofercie podali adresy strony www, przez które możliwa jest darmowa aktualizacja systemu operacyjnego przez Internet. Maxto Sp. z o.o. S.K.A. podał nazwę systemu operacyjnego, jednakże nie podał linków do strony internetowej, przez którą zamawiający uprawniony jest do darmowego pobierania aktualizacji, poprawek, biuletynów bezpieczeństwa itp.
Zamawiający wskazał, że nie określił, kiedy należy podać ten adres i nie wymagał podania go w opisie technicznym zawartym w ofercie. Z wzoru formularza wynika, że w kolumnie „Parametry/wymagania oferowane" należy podać jedynie nazwę systemu operacyjnego oraz wybrać opcję spełnia/nie spełnia (wymagań).

Izba przyznała rację zamawiającemu. W ramach wymogów zawartych w poz. 13. tabeli formularza „Opis techniczny przedmiotu zamówienia" ppkt 4. zamawiający wymagał darmowych aktualizacji w ramach systemu operacyjnego przez Internet (niezbędne aktualizacje, poprawki, biuletyny bezpieczeństwa muszą być dostarczone bez dodatkowych opłat) – wymagane podanie adresu strony WWW. W kolumnie „Parametry/wymagania oferowane" wykonawca miał nazwę podać systemu operacyjnego (wykropkowane pole) oraz wybrać opcję spełnia/nie spełnia.
Z powyższego wynika, że wykonawcy nie musieli podawać strony internetowej już w tym formularzu.

W zakresie zarzutów dotyczących zaoferowania nieprawidłowego oprogramowania OpenOffice PL Standard 2014 oraz braku wymaganej ilości portów USB Izba stwierdziła, że zarzuty nie potwierdziły się.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami oprogramowanie OpenOffice PL Standard 2014 nie spełnia wymagań przedstawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż program ten: 1) nie zapewnia dostępu do nowych wersji oprogramowania przez cały okres gwarancji (60 miesięcy), lecz jedynie przez 12 miesięcy, 2) nie zawiera funkcji pozwalającej na automatyczne tłumaczenie tekstu opcją

zaznaczania języka źródłowego i docelowego, 3) nie zapewnia wsparcia technicznego przez producenta przez cały okres gwarancji (60 miesięcy), lecz jedynie przez 12 miesięcy. Wyjaśnienia Maxto Sp. z o.o. S.K.A. w tym zakresie są lakoniczne i ogólnikowe, a wykonawca nie wykazał, iż w dniu składania ofert zaoferował program odpowiadający wymaganiom zamawiającego. Odwołujący wskazał też, że na rynku występuje inny produkt – OpenOffice PL Standard 2014 GT 60M, zaoferowany przez odwołującego, który spełnia wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z poz. 20. „Opisu technicznego przedmiotu zamówienia" zamawiający wymagał, aby zaoferowany komputer posiadał min. 10 portów USB w tym min. 4 porty USB 3.0 i min. 6 portów USB 2.0, przy czym zamawiający zastrzegł, że wymagana ilość i rozmieszczenie portów USB nie może być osiągnięte w wyniku stosowania konwertorów, przejściówek itp.
Według odwołującego zaoferowany przez Maxto Sp. z o.o. S.K.A. komputer ASUS BP1AD posiada jedynie 8 portów USB, co jest widoczne na zdjęciach oferowanego sprzętu, np. zamieszczonych w raporcie głośności.
Zamawiający zwrócił się do wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie braku 2 portów USB 3.0. Na tak sformułowane zapytanie producent ASUS lapidarnie oświadczył, że zaoferowany w postępowaniu komputer ASUS BP1AD wyposażony jest w 4 porty USB 3.0. Producent ten nie potwierdził jednak, że przedmiotowy komputer wyposażony jest w 10 portów USB, w tym 4 porty USB 3.0 i 6 portów USB 2.0. Oświadczenie producenta nie może być rozumiane jako przyznanie, iż oferowany sprzęt posiada wymaganą ilość portów USB. Oświadczenie to może bowiem oznaczać, że producent komputera ASUS BP1AD zamierza zmienić dwa z portów USB 2.0 na porty USB 3.0, i w ten sposób osiągnie wymaganą ilość portów USB 3.0, o które pytał zamawiający. Maxto Sp. z o.o. S.K.A. nie potwierdził skutecznie, że zaoferowany przez niego komputer wyposażony jest w 10 portów USB, w tym 4 porty USB 3.0 i 6 portów USB 2.0. Zdaniem odwołującego dodanie dodatkowych portów do obudowy wymaga zbudowania całkowicie nowego elementu obudowy niż produkowany seryjnie oraz nowego rozmieszczenia elementów wewnętrznych poprzez dodanie dwóch nowych podzespołów. Takie działanie jest skomplikowane i kosztochłonne.

Zamawiający wskazał, że w zakresie oprogramowania OpenOffice oparł się na wyjaśnieniach wykonawcy oraz przedstawionym przez niego dowodzie z korespondencji z przedstawicielem producenta – OpenOffice Software Sp. z o.o. wskazującym na możliwość zaoferowania pakietu biurowego dedykowanego przez zamawiającego, spełniającego jego wymagania.
Również co do portów USB zamawiający poprosił wykonawcę o wyjaśnienia i otrzymał dodatkowe potwierdzenie (oświadczenie), że komputer ASUS BP1AD posiada 4 porty USB 3.0.

Izba podzieliła tu stanowisko zamawiającego – zarówno Maxto Sp. z o.o. S.K.A., jak i przedstawiciele producentów oprogramowania i komputerów potwierdzili, że zaoferowane oprogramowanie i sprzęt będą spełniać wymogi zamawiającego.
W ramach dowodu przeciwnego można jedynie stwierdzić, że standardowe oprogramowanie czy standardowy ASUS BP1AD takich wymogów nie spełnia.
Jednak nie jest to dowód rozstrzygający. Należy bowiem zwrócić uwagę, że obecnie w ramach postępowań o udzielenie zamówienia trudno mówić o standardowym komputerze, a często nawet i standardowym oprogramowaniu. Wykonawcy bowiem – i producenci tych produktów – muszą dostosowywać się do wymagań zamawiającego co do parametrów i funkcji wymaganych od danego sprzętu, zatem każdorazowo oferują nie sprzęt „standardowy" – nawet jeśli opatrzony on jest nazwą występującego na rynku modelu – lecz dedykowany dla danego zamawiającego zgodnie z jego wymaganiami.
Jest to zwykłe działanie producentów i dostawców sprzętu. Zatem i w tym przypadku trudno wskazać bez jakichkolwiek dowodów i wbrew twierdzeniom wykonawcy oferującego sprzęt i jego producenta, że dane wymaganie nie zostanie spełnione.
Podobnie jeśli chodzi o oferowane oprogramowanie, w szczególności w przypadkach, gdy nie ma potrzeby dokonywania istotnych zmian w oprogramowaniu, a zmiana dotyczy zakresu oferowanej licencji i usług, tj. przedłużenia okresu zapewnia dostępu do nowych wersji

oprogramowania oraz okresu wsparcia technicznego przez producenta. W tym przypadku zależy to bowiem wyłącznie od zawartej z producentem umowy.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

15

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……

16