

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko spółkę jawną w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polska SA w Warszawie Centrum Infrastruktury w Warszawie

przy udziale wykonawcy Techelon spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej elementu konfiguracji „Wymagane funkcje BIOS”, poprzez wyeliminowanie wymagania dotyczącego obsługi BIOS przy wykorzystaniu zarówno klawiatury jak i myszy;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Poczta Polska SA w Warszawie Centrum Infrastruktury w Warszawie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko spółkę jawną w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Poczty Polskiej SA w Warszawie Centrum Infrastruktury w Warszawie na rzecz odwołującego LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko spółki jawnej w Bydgoszczy kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy

1

sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający, Poczta Polska SA w Warszawie Centrum Infrastruktury w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę komputerów stacjonarnych i notebooków” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 18-028777 w dniu 27 stycznia 2012 r. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Wobec dokonanej w dniu 28 marca 2012 r. zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy okazji udzielania wyjaśnień wobec brzmienia specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, odwołujący w dniu 7 kwietnia 2012 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenia:

- 1) wprowadzenie do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ograniczeń w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, powodujących przez naruszenie zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny, a także z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Nieuprawniona zmiana opisu przedmiotu polega na zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej parametrów techniczno – użytkowych zamieszczonych w załączniku nr 8 do SIWZ, dotyczących: zasilacza dla komputerów stacjonarnych oraz wymagań funkcjonalnych BIOS.
- 2) naruszenie art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 5 kodeksu cywilnego, bowiem Zamawiający nadużył swego prawa wynikającego z art. 38 ust. 4 ustawy w taki sposób, iż pismem z dnia 28 marca 2012 r. dokonał modyfikacji treści specyfikacji w sposób naruszający zasadę ogólną zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy, pomijając w treści pisma, iż oprócz zmian specyfikacji wprost w nim wskazanych, w załączniku nr 8 do specyfikacji, który stanowi załącznik do ww. pisma, Zamawiający zmienił także inne parametry, poprzez co Zamawiający celowo i świadomie usiłował wprowadzić w błąd wykonawców, co do wymagań zawartych w specyfikacji istotnych

3

warunków zamówienia oraz ograniczyć ich prawo do wniesienia odwołania na zapisy specyfikacji w terminie umożliwiającym im złożenie ważnej oferty;

- 3) zaniechanie czynności przedłużenia terminu składania ofert wobec wprowadzenia ww. zmian do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez co naruszony został art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez zmianę zakwestionowanych w odwołaniu zapisów i nadanie im brzmienia:

1. w zakresie „zasilacza”: *„Zasilacz umożliwiający „bezawaryjną” pracę komputera przy maksymalnie rozbudowanej konfiguracji w dodatkowe akcesoria przewidziane przez producenta (dyski twarde, napędy optyczne, kontrolery, itp.). Zasilacz musi posiadać aktywne PFC (Active PFC)”;*

2. w zakresie „wymaganych funkcji BIOS”: *„Obsługa BIOS przy wykorzystaniu klawiatury lub myszy”.*

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w specyfikacji w załączniku nr 8 wprowadził zmiany, które naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wersji pierwotnej specyfikacji zamawiający tak opisał przedmiot zamówienia w zakresie zasilacza: *„Element konfiguracji Wymagania minimalne Oferowane (wypełnia Wykonawca) Zasilacz Umożliwiający bezproblemową pracę komputera przy płynnym wyposażeniu*

komputera w dodatkowe urządzenia podpięte poprzez porty i sloty rozszerzeń oraz dodatkowy dysk twardy podpięty pod kontroler SATA, SATAII lub SATAIII przy pełnym obciążeniu. Zasilacz musi posiadać aktywne PFC (Active PFC).” W dniu 28 marca 2012 r.

zamawiający udzielając wyjaśnień dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmienił brzmienie załącznika nr 8 w zakresie „zasilacz” i nadał mu treść: *„Element konfiguracji Wymagania minimalne Oferowane (wypełnia Wykonawca) Zasilacz Umożliwiający bezproblemową pracę komputera przy płynnym wyposażeniu komputera w dodatkowe urządzenia podpięte poprzez porty i sloty rozszerzeń oraz dodatkowy dysk twardy podpięty pod kontroler SATA. Zasilacz musi posiadać aktywne PFC (Active PFC) i efektywność min. 90% przy pełnym obciążeniu”.*

W wersji pierwotnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie opisał *„Wymaganych funkcji BIOS.”;* w dniu 28 marca 2012 r. zamawiający udzielając wyjaśnień dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmienił brzmienie załącznika nr 8 w zakresie *„wymagane funkcje BIOS”.*

4

Tym samym – zdaniem odwołującego - zamawiający dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, która to zmiana faktycznie ogranicza lub nawet zamyka dostęp do przedmiotowego zamówienia dla wszystkich wykonawców oferujących produkty inne niż Lenovo. Wskazane bowiem wymagania (zbiąg wymagań dot. przedmiotu zamówienia) spełniają jedynie produkty Lenovo. Zamawiający dokonał więc opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozornie zobiektywizowany bez używania nazw produktów konkretnego producenta, lecz w rzeczywistości uniemożliwiający złożenie niepodlegających odrzuceniu ofert przez wszystkich – poza tym jednym – producentów. Powyższy sposób opisu przedmiotu zamówienia rażąco narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Wprowadzenie powyższych zmian jest także niezasadne z powodów merytorycznych:

– obsługa BIOS za pomocą myszki: ergonomia wykonywania czynności nie zależy bezpośrednio od użytego urządzenia (klawiatura lub mysz), a od założeń projektowych, jakie zostały przyjęte w czasie tworzenia BIOS-u, tzn. pod jakie z tych urządzeń został on zaprojektowany. Konstrukcja BIOS-u w produkcie, który odwołujący zamierza zaoferować nie wymaga tej funkcji, ze względu na pracę w tzw. trybie tekstowym. Tryb ten, z założenia obsługiwany jest z klawiatury, gdyż ergonomia BIOS-u jest zoptymalizowana pod obsługę tego typu i nie znajduje uzasadnienia żądanie możliwości obsługi BIOS-u za pomocą innych rozwiązań, które to rozwiązanie skutkuje ograniczeniem konkurencji oraz wzrostem kosztów dla zamawiającego. Wymóg możliwości obsługi BIOS-u za pomocą myszki nie determinuje lepszej ergonomii pracy i jej nie opisuje, wskazuje jedynie na inny sposób obsługi gwarantujący taką samą funkcjonalność. Jednocześnie jest wymogiem nieuzasadnionym i mającym na celu jedynie ograniczenie konkurencji, gdyż obsługa BIOS jest czynnością z założenia niedostępną dla szeregowego pracownika, a wykonywaną przez specjalistów w tym zakresie. W opinii wykonawcy, oczekiwaną funkcjonalność Zamawiający uzyska także przy zapisie, „Obsługa BIOS przy wykorzystaniu klawiatury lub myszy”.

– w zakresie zasilacza – w odniesieniu do dopisanych w załączniku nr 8 słów: „(...) i efektywności min. 90% przy pełnym obciążeniu”, aby ww. zapis miał jakiegokolwiek uzasadnienie dla wymogu zamawiającego, wymagane byłoby zdefiniowanie łącznie z maksymalną mocą pobieraną przez konfigurację wyspecyfikowaną lub maksymalną wymaganą konfigurację. Odwołujący zwrócił uwagę, że dodatkowe urządzenia wymagane dla konfiguracji maksymalnej nie są opisane w punkcie „zasilacz”, czego skutkiem jest brak możliwości zaoferowania sprzętu spełniającego oczekiwania zamawiającego, gdyż są one niedoprecyzowane.

Sprawność (efektywność) zasilacza przy jego pełnym obciążeniu nie jest właściwym parametrem, gdyż nawet patrząc przez pryzmat ekonomii (zużycia energii), bez określenia mocy maksymalnej zasilacza, komputer w specyfikacji określonej przez zamawiającego posiadający znacznie ograniczone możliwości rozbudowy, nie będzie generował zapotrzebowania na więcej niż 50% mocy max. zasilaczy w wyspecyfikowanej klasie, tym samym parametr sprawności przy 100% obciążenia będzie parametrem nieuzasadnionym dla zamawianego komputera, gdyż z dużym prawdopodobieństwem przy ww. założeniach nie będzie nigdy osiągnięty. Określenie mocy maksymalnej zasilacza pozwala określić maksymalne zużycie energii przez komputer, w praktyce moc maksymalną zasilacza określa jego potencjał, natomiast bezpośredni wpływ na zużycie energii przez zasilacz ma konfiguracja komputera generująca zapotrzebowanie na określoną ilość energii.

Niezrozumiałym jest określenie sprawności zasilacza bez wskazania maksymalnego zapotrzebowania komputera przy celu zdefiniowanym przez zamawiającego, tj. zapewnieniu możliwości wykorzystania komputera ze wskazanymi urządzeniami.

Odwołujący wskazał, iż czynność dokonania opisu przedmiotu zamówienia jest kluczową i decydującą dla przebiegu całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przy zamówieniach o charakterze „technicznym” nawet jeden, czasem niepozorny parametr zawarty w specyfikacji technicznej sprzętu, może wpłynąć lub wprost bezpośrednio wpływa na wynik tego postępowania, poprzez dyskryminację choćby jednego wykonawcy, ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców, a w konsekwencji zaoferowanie produktów po cenach niekonkurencyjnych. Stąd zamawiający zobowiązany jest do szczególnej ostrożności i staranności przy formułowaniu każdego z wymaganych parametrów zawieranych

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak też do maksymalnej staranności przy udzielaniu wykonawcom odpowiedzi na pytania zadawane przez nich odnośnie tych parametrów. Każda z powyższych czynności zamawiającego winna być dokonywana z poszanowaniem fundamentalnej zasady Prawa zamówień publicznych, a mianowicie zasady nakładającej na zamawiającego przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Obowiązek prowadzenia postępowania z poszanowaniem art. 7 ust. 1 ustawy, polega na tym, iż do stwierdzenia sprzeczności z prawem opisu przedmiotu zamówienia, wystarczy samo zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji, a nie realne czy faktyczne uniemożliwienie takiej konkurencji. Na podstawie art. 29 ust. 2 ustawy do postawienia zarzutu zamawiającemu wystarczające jest jedynie wskazanie potencjalnej możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez sformułowanie niezgodnego z przepisami ustawy opisu przedmiotu zamówienia, niekoniecznie zaś realne, faktyczne uniemożliwienie takiej

6

konkurencji. Wykonawca natomiast nie jest zobowiązany udowodniać, że określenia stanowiące opis przedmiotu zamówienia zawarte w dokumentacji związanej z postępowaniem np. w specyfikacji technicznej, faktycznie tę uczciwą konkurencję naruszają (przykł. wyroki KIO z dnia 13 kwietnia 2010 roku, KIO/UZP 440/10; z dnia 7 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 961/10). W wyroku KIO z dnia 20 marca 2009 r. (KIO/UZP 285/09, KIO/ UZP 300/09, KIO/UZP 303/09) KIO zważyła, iż zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z przepisu tego wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazuje, iż zmiany dokonane w zakresie „zasilacza” oraz „BIOS-u” nie są uzasadnione merytorycznie. Odwołujący podniósł wreszcie, iż zamawiający nadużył swego prawa wynikającego z art. 38 ust. 4 ustawy, gdy pismem z dnia 28 marca 2012 r. dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób naruszający zasadę ogólną zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy, która nakazuje zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem pominął w treści rzeczowego pisma, iż oprócz zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprost w nim wskazanych, w załączniku nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który stanowi załącznik do ww. pisma, zmienił także inne parametry – wyżej wskazane. Zdaniem odwołującego, powyższe działanie może zostać zakwalifikowane jako działanie celowe, świadomie usiłujące wprowadzić w błąd wykonawców co do wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ograniczyć ich prawo do wniesienia odwołania na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie umożliwiającym im złożenie ważnej oferty. Odwołujący zarzucił także, że zamawiający zaniechał czynności przedłużenia terminu składania ofert wobec wprowadzenia ww. zmian do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez co naruszony został art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie dokonania modyfikacji, która nie powoduje zmiany ogłoszenia o zamówieniu, ale pomimo tego powstaje konieczność wprowadzenia zmian do treści ofert, zamawiający powinien przedłużyć termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z modyfikacji SIWZ (vide: komentarz prawo zamówień publicznych, 4 wydanie, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski str. 243). Wydłużenie terminu składania ofert w opisywanym przypadku jest konieczne zawsze gdy zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia tworzy nową sytuację w postępowaniu, a tak jest w niniejszej sprawie.

7

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,

uzasadnionego przekazaniem zamawiającemu kopii odwołania w ostatnim dniu terminu na jego wniesienie, faksem po godzinach urzędowania zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (godziny: 8.00-16.00), to jest w dniu 7 kwietnia 2012 r. o godzinie 22.27. Przepis ten nakazuje odrzucenie odwołania w sytuacji, gdy odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy. W myśl art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł się on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu, przy czym domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeśli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu na jego wniesienie za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. faksem lub drogą elektroniczną, co odwołujący uczynił. Należy zatem uznać, iż Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania. Bez znaczenia natomiast pozostaje, czy wiadomość faxowa wpłynęła do zamawiającego w godzinach pracy oraz kiedy faktycznie zamawiający zapoznał się z treścią odwołania. Wskazana w ustawie możliwość zapoznania się przez zamawiającego ze złożonym odwołaniem została zrelatywizowana nie do rzeczywistego zapoznania się z tym dokumentem lecz do sposobu przekazania kopii odwołania, które to sposoby ustawodawca określił w art. 27 ust. 2 ustawy i co do których wyraźnie wprowadził domniemanie zapoznania się z treścią kopii odwołania, jeśli przesłanie jego kopii nastąpiło z zastosowaniem jednego z tych sposobów o, niezależnie od tego, w jakich godzinach nastąpiło przekazanie i czy w rzeczywistości zamawiający się z odwołaniem zapoznał. Określone w ustawie terminy należy obliczać zgodnie z regulacjami Kodeksu cywilnego, który w art. 111 § 1 Kc wskazuje, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Oznacza to zatem, iż terminy liczy się w dniach pełnych, a zamawiający nie może faktycznie ich skracać, np. przez przyjmowanie, że z treścią wpływających do niego wiadomości mógł zapoznać się jedynie w godzinach urzędowania. Tym samym nie stwierdzono zaistnienia podstawy do odrzucenia odwołania w oparciu art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy. Powyższe stanowisko jest wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo wyroki z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt KIO 933/11, 17 października 2011 r. w spr. KIO 2121/11, 23 lutego 2012 r. w spr. KIO 293/12).

8

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odnosząc się do postawionych zarzutów, uwzględniono:

1. Nie podzielono zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert, to jest zarzutu, w ramach którego odwołujący wskazuje na konieczność przedłużenia terminu składania ofert w związku z dokonaniem zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W analizowanej sprawie, sporna zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia miała miejsce w dniu 28 marca 2012 r. (pismo zamawiającego nr CI/ZZ/ZP/393/72/2011/341/2012). W tej dacie termin składania ofert był wyznaczony na dzień 20 kwietnia 2012 r. godz. 14.45 (po jego dwukrotnej zmianie: pierwotne terminy składania ofert opiewały na 5 marca 2012 r., następnie 27 marca 2012 r., wreszcie – po przesunięciu tego terminu przez zamawiającego – na dzień 20 kwietnia 2012 r.). Następnie zamawiający w dniu 17 kwietnia 2012 r. przedłużył ten termin do dnia 25 kwietnia 2012 r. godz. 14.45.

Zgodnie z brzmieniem art. 43 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość

zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – a z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu – termin składania ofert nie może być krótszy niż:

- 1) 40 dni – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- 2) 47 dni – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w inny sposób.

W dniu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (28 marca 2012 r.) termin składania ofert liczony od tej daty wynosił 23 dni. Zatem taki czas mieli wykonawcy, by dostosować swoje oferty do zmienionych wymagań zamawiającego. Termin ten został dodatkowo przedłużony o kolejne pięć dni tj. do 25 kwietnia 2012 r. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że przygotowanie oferty to nie tylko dobór właściwego, odpowiadającego wymaganiom wyznaczonym treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotu zamówienia, ale także przygotowanie dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu. Te ostatnie, wobec dokonanej przez zamawiającego modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie uległy zmianie. Zmianie uległy elementy opisu przedmiotu zamówienia, poprzez dodanie wymagań dotyczących BIOS, których wcześniej w specyfikacji w ogóle nie zamieszczono oraz dodano wymaganie dotyczące zasilacza tj. wymaganej efektywności min. 90% przy pełnym obciążeniu.

Przepis art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, przewiduje zaś, że jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o **zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach**, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie. Jeżeli taka zmiana w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający dokonuje takiej zmiany ogłoszenia w odpowiednim dla tego postępowania publikatorze.

Następnie, przepis art. 12a ust. 2 ustawy przewiduje minimalny czas, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert, w razie zmiany treści ogłoszenia, jeśli zmiana ma charakter istotny, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełnienia. Dla postępowań o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, w przetargu nieograniczonym przedłużony termin składania ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Europejskich. Zatem również tak zakreślony przez ustawodawcę termin odnoszący się do zmian wymagających zmiany ogłoszenia, wyrażnie zmian istotnych, dotyczących określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełnienia również został zachowany, skoro mimo zmiany specyfikacji dokonanej w dniu

28 marca 2012 r. termin składania ofert opiewał na dzień 20 kwietnia 2012 r., a zatem wynosił 23 dni.

Analizy wymaga zatem, w kontekście przytoczonego przepisu art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zakres zmiany dokonanej przez zamawiającego w stosunku do pierwotnie wyartykułowanych wymagań, celem przesądzenia, czy w okolicznościach badanej sprawy, wobec dokonanej w dniu 28 marca 2012 r. zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezbędny był dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Z opisu zarzutu postawionego w tej mierze wynika, że postulowana konieczność przedłużenia terminu składania ofert dotyczy kwestionowanych w odwołaniu wymagań dotyczących dwóch elementów: zasilacza do komputerów stacjonarnych oraz wymagań

funkcjonalnych BIOS. Odwołujący poprzestał na postawieniu ogólnego stwierdzenia, iż wobec zmian w powyższym zakresie zamawiający zaniechał przedłużenia terminu składania ofert wobec, przez co naruszony został art. 38 ust. 6 ustawy, nie wskazując jednak, jak te zmiany przekładają się na potrzebę dokonania zmian w ofertach, jak dalece zmieniają rozwiązania, założone na potrzeby składania ofert przy pierwotnie określonych warunkach. Odwołujący nie wskazał w szczególności, jaki termin składania ofert w stosunku do uprzednio ustalonego jest tym odpowiednim, dającym możliwość właściwego przygotowania oferty i uwzględnienia dokonanej przez zamawiającego zmiany.

Biorąc powyższe pod uwagę, wobec:

- ostatecznie 28 dniowego czasu od dnia dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (28 marca 2012 r.) do terminu składania ofert (25 kwietnia 2012 r.) czasu na przygotowanie oferty, oraz 23 dniowego czasu między tą zmianą a terminem składania ofert obowiązującym na moment tej zmiany;
- nie wyartykułowania przez odwołującego nie tylko, jak zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonane 28 marca 2012 r., w wyniku których wprowadzono wymagania dotyczące zasilacza do komputerów stacjonarnych oraz wymagania funkcjonalne BIOS, wymagają szczególnego wprowadzenia zmian w ofertach, a także nie podania, jaki czas jest niezbędny na wprowadzenie takich zmian (braku określenia jakiegokolwiek postulowanego terminu w tym zakresie),

uznano, że termin składania ofert, jaki zamawiający wyznaczył najpierw na dzień 20 kwietnia 2012 r. na godz. 14.45, a ostatecznie na dzień 25 kwietnia 2012 r. godz. 14.45, nie narusza uprawnień wykonawców, ani tym bardziej brzmienia art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podniesiony w odwołaniu zarzut w powyższym zakresie, ograniczający się do zdawkowego stwierdzenia, iż „*Odwołujący zarzuca nadto, iż Zamawiający zaniechał*

czynności przedłużenia terminu składania ofert wobec wprowadzenia ww. zmian do SIWZ, przez co naruszony został art. 38 ust. 6 PZP”; nie zasługuje zatem na uwzględnienie.

2. Nie podzielono także zarzutu w zakresie wymagania postawionego wobec zasilacza do komputerów stacjonarnych, by posiadał on efektywność min. 90% przy pełnym obciążeniu.

W powyższym zakresie odwołujący argumentował, iż wymaganie to miałoby uzasadnienie dopiero wtedy, gdyby zostało zdefiniowane – w części dotyczącej zasilacza - pełnego obciążenia: łącznie z maksymalną mocą pobieraną przez konfigurację wyspecyfikowaną lub maksymalną wymaganą konfigurację. Odwołujący właściwie jednak odczytał na podstawie kwestionowanego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamierzenie zamawiającego, iż powyższe wymaganie ma służyć uzyskaniu urządzenia o wysokiej sprawności (efektywności), co należy utożsamiać z efektywnym zużyciem energii na poziomie zasilacza. Odwołujący przy tym kwestionuje wymaganie aż tak wysokiej efektywności, wskazując na to, że przy konfiguracji całego komputera wg. jego specyfikacji opisanej w załączniku 8 nie jest celowy aż tak wysoki parametr spornej efektywności zasilacza – że w konfiguracji opisanej w specyfikacji będzie generował zapotrzebowanie na nie więcej niż 50% mocy maksymalnej zasilacza.

Podkreślenia wymaga, iż zaprezentowana w odwołaniu argumentacja wskazuje, że odwołujący właściwie odnosi wymaganie stawiane wobec zasilacza do konfiguracji komputera wg. jego opisu zawartego w załączniku nr 8. Powyższe czyni bezzasadnym wniosek o braku doprecyzowania pełnego obciążenia. To doprecyzowanie wynika z opisu całego komputera i nie ma potrzeby, by było zamieszczone w tej części tabeli, która dotyczy samego zasilacza. Brak jest także podstaw do uwzględnienia dalszej argumentacji odwołania, zgodnie z którą wymaganie jest nieuzasadnione przy opisie konfiguracji komputera, który przy ograniczonych możliwościach rozbudowy może – w ocenie odwołującego – nie wymagać aż tak efektywnego zasilacza. Nie jest jednak w powyższym zakresie właściwym rozstrzygnięcie o celowości wymagania urządzenia o takim czy innym poziomie energooszczędności. Odwołujący kwestionując postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w obecnym kształcie nie kwestionuje samej zasady żądania urządzeń o wysokiej efektywności. Także producenci sprzętu komputerowego tego rodzaju parametr wyodrębniają jako istotny z punktu widzenia użytkownika. Wreszcie, zamawiający wymagając urządzenia o wysokiej efektywności (sprawności) jest uprawniony do postawienia wymagania odpowiadającego nowoczesnym rozwiązaniom, szczególnie gdy nie dotyczy to elementów o charakterze

nieistotnym z punktu widzenia użytkownika, ale mających znaczenie z punktu widzenia efektywności pracy. Nie sposób pomijać w tym zakresie, że zamawiane urządzenia mają być

12

intensywnie eksploatowane, w relatywnie dużym wymiarze czasu, bowiem użytkownikami komputerów mają być pracownicy urzędów pocztowych, których natura determinuje, że komputer jest głównym narzędziem pracy, jest użytkowany niemal przez cały tydzień i od samego rana do późnych godzin. Jak bowiem stanowi pierwsze postanowienie szczegółowe specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części opisującej parametry techniczno – użytkowe komputerów stacjonarnych: *komputer będzie użytkowany dla potrzeb aplikacji biznesowych przy obsłudze klientów*. Powyższe czyni wymaganie zamawiającego nakierowane na uzyskanie urządzenia o wysokiej efektywności pracy – zasadnym. Dostrzec trzeba następnie, że zamawiający postawił relatywnie niewygórowane ogólne wymaganie dotyczące oszczędności energetycznej, wymagając by komputer spełniał wymagania normy Energy Star min. 5.0 lub równoważnej, podczas gdy możliwe było postawienie wyższych wymagań, to jest wg normy Energy Star 5.3.

Wreszcie, zarzut odwołania dotyczący kwestionowanego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie efektywności zasilacza został opatrzone żądaniem definitywnego wykreślenia z wymagań stawianych wobec zasilacza tej części, która mówi o *efektywności min. 90% przy pełnym obciążeniu komputera*. Odwołujący zatem, ze zrozumieniem przyjmując uprawnienie zamawiającego do określenia wymagań zmierzających do uzyskania urządzenia energooszczędniejszego, wskazując na naruszenie przepisów ustawy poprzez określenie wygórowanych wymagań wobec przedmiotu zamówienia, nie wyartykułował żadnej propozycji ani nawet kierunku zmiany kwestionowanego postanowienia w celu obniżenia postawionego parametru, w sposób który by pozwolił na wyeliminowanie postulowanych niedoskonałości specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe także przemawia za uznaniem bezzasadności postawionego w tej mierze zarzutu. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, (...) *w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem sformułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp. W takim wypadku żądania sformułowane przez Odwołującego należy rozpatrywać łącznie z zarzutami oraz ich podstawami faktycznymi. Wszakże o możliwości uwzględnienia odwołania w rozumieniu art. 191 ust. 2 ustawy Pzp decyduje wpływ naruszenia na wynik postępowania.* (tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2011 r. w spr. KIO 368/11, z dnia 12 marca 2011 r. w spr. KIO 402/11, z dnia 7 marca 2011 r. w spr. KIO 373/11).

13

Biorąc powyższe pod uwagę, nie dopatrzone się w powyższym zakresie naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również przepisów kodeksu cywilnego.

Odwołujący naruszenia powyższych przepisów upatruje także w łącznym postawieniu wymagań dotyczących zasilacza oraz obsługi BIOS za pomocą klawiatury i myszy, które to wymagania, w ocenie odwołującego, postawione w zbiegu powodują, że może być zaoferowany wyłącznie komputer jednego producenta, to jest Lenovo.

3. Dopatrzone się podstaw do uwzględnienia zarzutów stawianych wobec przedmiotu zamówienia w zakresie wymagania, by BIOS oferowanych komputerów mógł być obsługiwany przy wykorzystaniu klawiatury i myszy.

Zakwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia o treści: *Obsługa BIOS przy wykorzystaniu klawiatury i myszy zakłada, że BIOS ma mieć funkcjonalność obsługi zarówno „tradycyjnie” - z poziomu klawiatury jak i za pomocą myszy*. Co do takiego rozumienia spornego postanowienia strony były zgodne; wynika ono także z literalnego jego brzmienia.

Poddając analizie sporne postanowienie uznano, że łączne wymaganie w zakresie przedmiotu zamówienia obsługi BIOS-u za pomocą zarówno klawiatury jak i myszy może

utrudniać dostęp do zamówienia.

Podkreślenia na wstępie wymaga, że zamawiający broniąc tak dokonanego opisu przedmiotu zamówienia wskazywał na brzmienie innego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z którego, w jego ocenie ma wynikać, że jest ono elementem szerszego wymagania postawionego wobec BIOS, który z natury wymaga obsługi za pomocą myszy, to jest wymagania dotyczącego BIOS zgodnego ze specyfikacją UEFI. Zamawiający argumentował, że specyfikacja UEFI jest liczącym 1700 stron dokumentem, z którego między innymi wynika obsługa BIOS za pomocą myszy. Zamawiający nie przedłożył jednak tego dokumentu, lub choćby wyciągu z niego, składając jedynie dwa wydruki ze stron internetowych (<http://www.benchmark.pl> oraz zawierającej artykuł z popularnego pisma Komputer Świat <http://komputerswiat.pl>), z których wynika min., że EFI/UEFI jest instrumentem, który zastępuje BIOS (mówi się tam o UEFI jako „następcy BIOS”) a także w pierwszym z nich wymieniono jedenaście różnic między BIOS a UEFI/EFI, a wśród nich: *obsługa myszką: BIOS – nie, EEFI/EFI – tak; interfejs: BIOS – tekstowy, UEFI/EFI – graficzny.*

Istotnie, zamawiający w pierwszym, spośród dziewięciu, punkcie wymagań stawianych w odniesieniu do BIOS podał: *BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI.* Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu tego postanowienia, nawet w sposób pośredni, w żadnej mierze

14

nie nawiązał do jego brzmienia, co nakazuje uznać to postanowienie za ostatecznie i definitywnie ukształtowane.

Zakres odwołania obejmuje zaś ostatnie spośród dziewięciu wymagań stawianych BIOS. Zakres rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania wyznacza w sposób bezwarunkowy treść postawionych w nim zarzutów, kierowanych w tym przypadku wobec konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Powyższe ograniczenie orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą ma charakter bezwarunkowy i nie przewiduje żadnych wyjątków.

Biorąc pod uwagę:

- zakres odwołania, to jest podniesionych zarzutów, kierowanych w powyższym zakresie wyłącznie wobec wymagania obsługi BIOS za pomocą myszy i klawiatury;
- brak wyraźnego, samonarzucającego się związku zakwestionowanego, ostatniego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia z jej pierwszym postanowieniem, to jest dotyczącym BIOS zgodnego ze specyfikacją UEFI;
- niewykazanie przez zamawiającego ponad wszelką wątpliwość, za pomocą przykładowo dokumentu źródłowego dotyczącego UEFI (wskazanej w pierwszym postanowieniu specyfikacji UEFI), że właściwości i cechy tego narzędzia z definicji przewidują jego obsługę za pomocą i myszy i klawiatury (nawet w złożonych wydrukach mówi się w sposób porównawczy o obsłudze UEFI/EFI za pomocą myszy, nie wskazując czy jest to wyłączny sposób obsługi, czy jeden z możliwych)

uznano, że brak jest podstaw do przesądzenia, że kwestionowane postanowienie jest bezprzedmiotowe, wobec dalej idącego wymagania odsyłającego do specyfikacji UEFI i wynikającej z niego obsługi za pomocą myszy. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieścił te postanowienia jako odrębne, nawet systematyka postanowień dotyczących BIOS nie pozwala na jednoznaczne przesądzenie, że wymaganie z ostatniego punktu w istocie jest skumulowane w wymaganiu zawartym w pierwszym punkcie.

Powyższe nakazuje traktować zakwestionowane w odwołaniu postanowienie dotyczące obsługi BIOS za pomocą klawiatury i myszy jako samodzielne i podlegające odrębnej analizie.

Postawienie wymagania, by obsługa BIOS była zapewniona zarówno z poziomu myszy jak i klawiatury wydaje się nadmiernie rygorystycznym, jeśli wziąć pod uwagę, że z punktu widzenia użytkownika BIOS ma doniosłe znaczenie, ale jest narzędziem obsługiwanym

15

epizodycznie. Zatem sam sposób obsługi z punktu widzenia użytkownika (tutaj: pracowników urzędów pocztowych – co wynika z początku listy wymagań stawianych komputerom) nie

tylko nie ma znaczenia fundamentalnego, ale zdaje się być kwestią marginalną. Zamawiający argumentował przy tym, że komputery oferowane przez wielu producentów posiadają taki BIOS, na co przedłożył wydruki zawierające specyfikacje takich komputerów. Wnikliwa analiza opisów komputerów prowadzi jednak do wniosku zgodnego z tezą odwołującego: o ile zaprezentowane specyfikacje komputerów zawierają BIOS obsługiwany myszą i klawiaturą, to nie spełniają już wymagania stawianego zasilaczowi. Zamawiający wreszcie argumentował, że przykładem komputerów producentów innych niż wskazywany w odwołaniu Lenovo, spełniających wymagania postawione w tym postępowaniu są komputery Fujitsu. W powyższym zakresie odwołujący przedłożył natomiast oświadczenie z dnia 20 kwietnia 2012 r. podpisane przez prokurenta oraz członka zarządu Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie, dotyczące postępowania przetargowego nr C7/72/2011 (sygnatura odpowiadająca numerowi przedmiotowego postępowania nadanemu przez zamawiającego), zgodnie z którym „(...) parametr dotyczący funkcji BIOS: „obsługa BIOS przy wykorzystaniu klawiatury i myszy” uniemożliwia firmie Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Pozostałe parametry dotyczące przedmiotu zamówienia wymagane przez zamawiającego są spełnione w tym w tym również zasilacza „zasilacz musi posiadać efektywność minimum 90% przy pełnym obciążeniu”

Powyższe skutkowało uznaniem, że rozpatrywane samodzielnie postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagające, by obsługa BIOS mogła być wykonywana zarówno z poziomu klawiatury jak i myszy może naruszać uczciwą konkurencję. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W świetle tego przepisu, dla wykazania naruszenia zasady uczciwej konkurencji, przy opisie przedmiotu zamówienia, wystarczające jest uprawdopodobnienie tego naruszenia, przy czym naruszenie zasady uczciwej konkurencji może być wynikiem zarówno takiego opisu przedmiotu, w ramach którego zestawienie poszczególnych cech który będzie wskazywało na jednego producenta jak i takiej konfiguracji przedmiotów np. w ramach danego pakietu, że ich łączne zaoferowanie jest możliwe przez jednego wykonawcę, dla pozostałych zaś wykonawców jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.

W ramach uwzględnienia powyższego zarzutu nakazano zamawiającemu modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej elementu konfiguracji „Wymagane funkcje BIOS”, poprzez wyeliminowanie wymagania dotyczącego obsługi BIOS przy wykorzystaniu zarówno klawiatury jak i myszy.

Odwołujący w powyższym zakresie żądał zmiany kwestionowanego postanowienia, poprzez zastąpienie dotychczasowego wymagania obsługi BIOS za pomocą klawiatury i myszy wymaganiem obsługi BIOS za pomocą klawiatury **lub** myszy. Odwołujący – w zakresie relacji postulowanej zmiany postanowienia dotyczącego obsługi BIOS do obecnego postanowienia dotyczącego wymagania BIOS zgodnego ze specyfikacją UEFI, którego nie zakwestionował argumentował przy tym, że taka zmiana wprowadziłaby odstępstwo od pozostawionego wymagania BIOS wg specyfikacji UEFI, co by należało rozumieć, że należy zaoferować BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI z uwzględnieniem wyjątku dotyczącego obsługi BIOS.

Biorąc pod uwagę, że nakazywana modyfikacja postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może ingerować w treść istniejących i niekwestionowanych postanowień ani narzucać ich odmiennego rozumienia (temu sprzeciwia się bowiem treść art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) nakazano o wyeliminowaniu obsługi BIOS zarówno za pomocą myszy jak i klawiatury, pozostawiając zamawiającemu swobodę co do szczegółowego sposobu wykonania tego nakazu. Biorąc pod uwagę rozłożenie akcentów zakwestionowanego postanowienia oraz jego postulowanego w odwołaniu kształtu, nie jest tak, że zmiana spójnika „i” na „lub” pozostanie neutralną dla pozostałych, niezakwestionowanych postanowień specyfikacji. Treścią zakwestionowanego postanowienia jest łączna obsługa BIOS dwoma ścieżkami obsługi – zarówno z poziomu klawiatury jak i myszy. Postanowienie w kształcie postulowanym przez odwołującego ma już inny akcent – dotyczy obsługi jakimkolwiek, spośród dwóch wymienionych sposobów BIOSU, co przy wymaganiach postawionych w punkcie pierwszym (BIOS zgodny ze specyfikacją UEFI) może w rezultacie skutkować zmianą tego postanowienia, mimo że nie zostało ono objęte odwołaniem. Wystarczy bowiem, że w ramach wymagania „BIOS zgodny

ze specyfikacją UEFI” mieści się jako zasada obsługi BIOS za pomocą jednego, konkretnego sposobu, dopuszczenie alternatywnych, innych kanałów obsługi będzie miało wpływ na treść tego wymagania. Ponadto, wymaganie obsługi BIOS za pomocą jednego (przynajmniej jednego), dowolnego kanału obsługi niekoniecznie musi być wprost artykułowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako oczywiste i nie wymagające wyraźnego uregulowania. Wprowadzenie w takiej sytuacji wyraźnego postanowienia może wywołać skutek w postaci przyjęcia, że zamawiający poprzez wyraźne zaakcentowanie ścieżek obsługi BIOS wprowadził modyfikację wobec wymagania BIOS zgodnego ze specyfikacją UEFI. Powyższe decydowało o pozostawieniu zamawiającemu szczegółowego sposobu usunięcia łącznego wymagania obsługi BIOS za pomocą myszy i klawiatury, w sposób pozwalający na zachowanie niesprzeczności i wewnętrznej spójności specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także nieingerowanie w znaczenie niekwestionowanych jej postanowień.

17

Wyeliminowanie niedoskonałości zakwestionowanego postanowienia może, z formalnego punktu widzenia, nastąpić zarówno poprzez:

- wprowadzenie postanowienia zgodnego z żądaniem odwołującego: „Obsługa BIOS przy wykorzystaniu klawiatury lub myszy” – jeśli w ocenie zamawiającego nie naruszy to znaczenia innych postanowień specyfikacji;
- całkowite wykreślenie zakwestionowanego postanowienia – jeśli w intencji zamawiającego pierwotne postanowienie było niesprzecznym z dotychczasowymi wymaganiami specyfikacji, w tym mówiącym o wymaganiu BIOS zgodnego ze specyfikacją UEFI, zaś brzmienie postulowane przez odwołującego mogłoby wprowadzić odstępstwo od dotychczasowych postanowień i zdekomponować dotychczasowe, niezakwestionowane brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe pozostawiono do oceny zamawiającego.

4. Nie podzielono zarzutów naruszenia art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 5 kodeksu cywilnego, polegającego na nadużyciu przez zamawiającego prawa wynikającego z art. 38 ust. 4 ustawy w taki sposób, iż pismem z dnia 28 marca 2012 r. dokonał modyfikacji treści specyfikacji w sposób naruszający zasadę ogólną zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący powyższy zarzut osadził w fakcie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy okazji odpowiedzi udzielonych na zadane pytania, odnosząc powyższe także do sposobu dokonania takich zmian: zarówno w tekście pisma zawierającego wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i poprzez załączenie zmienionego załącznika nr 8 do specyfikacji, gdzie zamawiający zmienił także inne parametry, co ma przemawiać za uznaniem że zamawiający celowo i świadomie usiłował wprowadzić w błąd wykonawców, co do wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ograniczyć ich prawo do wniesienia odwołania na zapisy specyfikacji w terminie umożliwiającym im złożenie ważnej oferty.

Odwołujący zdaje się jednak pomijać, że:

- w samym piśmie z dnia 28 marca 2012 r. nr CI/Z/ZP/393/72/2011/341/2012 zamawiający, obok dokonanych i wyraźnie zaprezentowanych przy wyjaśnieniach postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmianach specyfikacji zawarł na końcu czytelną w swej treści informację, że *Zmodyfikowany załącznik nr 8 do SIWZ/załącznik nr 2 do umowy stanowi załącznik do niniejszego pisma;*
- zamawiający jest uprawniony do dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zgodnie z treścią art. 38 ust. 4 – 6 ustawy, w uzasadnionych przypadkach

18

zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie, przy czym jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do

zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający dokonuje odpowiedniej zmiany także ogłoszenia. Granicznym terminem takich zmian, co do zasady jest termin składania ofert - z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli zaś w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie.

Zatem sygnalizowane przejawy swego rodzaju niełojalnego prowadzenia postępowania i działania mającego na celu wprowadzenie wykonawców w błąd nie znajdują potwierdzenia. Nie potwierdzają się zatem zarzuty naruszenia art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 5 kodeksu cywilnego, poprzez nadużycie przez zamawiającego prawa wynikającego z art. 38 ust. 4 ustawy polegającego na modyfikacji treści specyfikacji w sposób naruszający zasadę ogólną zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: