

**WYROK**

**z dnia 9 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę „**TDC Polska**” S.C. J..... N....., Z..... N....., 64-920 Piła, ul. Wyspiańskiego 9a w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Wałbrzych, 58-300 Wałbrzych, pl. Magistracki 1**

przy udziale wykonawcy **Flexvision Sp. z o.o., 54-530 Wrocław, ul. Jerzmanowska 17g** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności wezwania wykonawcy Flexvision Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów certyfikatu potwierdzającego wymogi normy Energy Star 5.0. oraz dokumentu potwierdzającego wydajność obliczeniową (testy SYSMark 2007)**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Wałbrzych, 58-300 Wałbrzych, pl. Magistracki 1**  
i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcy „**TDC Polska**” S.C. J..... N....., Z..... N....., 64-920 Piła, ul. Wyspiańskiego 9a tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Wałbrzych, 58-300 Wałbrzych, pl. Magistracki 1** na rzecz wykonawcy „**TDC Polska**” S.C. J..... N....., Z..... N....., 64-920 Piła, ul.

**Wyspiańskiego 9a** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Świdnicy.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Wałbrzych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa, montaż i konfiguracja 5 ekranów LED (telebimów) w ramach projektu pn.: „Telebimy - nowoczesne e-usługi w dziedzinie turystyki i kultury w dolnośląskich gminach” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013”. Odwołujący TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N..... zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp - poprzez niewykluczenie z Postępowania wykonawców FLEXVISION Sp. z o.o. i DYSTEN Sp. z o.o., mimo iż nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, art. 24 ust. 4 Pzp - poprzez nieuznanie ofert złożonych przez FLEXVISION Sp. z o.o. i DYSTEN Sp. z o.o. za odrzucone oraz art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w oderwaniu od kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FLEXVISION Sp. z o.o., wykluczenie z postępowania wykonawców FLEXVISION Sp. z o.o. i DYSTEN Sp. z o.o. z uwagi na niepotwierdzenie przez nich spełnienia warunków udziału w postępowaniu nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy FLEXVISION Sp. z o.o. Drugie miejsce w kolejności zajęła spółka DYSTEN Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał na następujące okoliczności faktyczne: Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w SIWZ pamięć operacyjna jednostki sterującej ekranami LED, czyli pamięć oferowanych komputerów, powinna wynosić minimum 8GB z możliwością rozbudowy do min. 16 GB. W odniesieniu do parametrów pamięci masowej jednostki sterującej powinna ona obejmować minimum dwa twarde dyski o minimalnej pamięci 500 GB każdy. Ponadto oferowany komputer, zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, miał spełniać wymogi normy Energy Star 5.0, co miało zostać potwierdzone odpowiednim wydrukiem wpisu ze strony internetowej <http://www.eu-enerovstar.org> lub <http://www.energystar.gov>.

Wykonawca FLEXVISION Sp. z o.o., a także Wykonawca DYSTEN Sp. z o.o. zaoferowali Zamawiającemu komputer stacjonarny marki Dell OptiPlex 3010 MT.

Wykonawca FLEXVISION Sp. z o.o. w celu potwierdzenia, że oferowany przez niego sprzęt spełnia wymogi normy Energy Star 5.0 załączył do oferty wydruk ze strony internetowej dla

modelu Dell OptiPlex 390 MT. Wykonawca DYSTEN Sp. z o.o. załączył wydruk dla modelu Dell OptiPlex 3010 DT D07D.

Odwołujący podniósł, że obaj wykonawcy nie wykazali, że oferowane przez nich komputery spełniają wymogi normy Energy Star 5.0 oraz że podane modele posiadają wpis na wyżej powołanych stronach internetowych.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na okoliczność: Zgodnie z postanowieniami SIWZ do oferty należało dołączyć wynik testu Sysmark 2007 Preview przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji, tj. na pamięci RAM minimum 8GB i minimum dwóch twardych dyskach, każdy o pojemności 500 GB. Przedstawione przez Wykonawców FLEXVISION Sp. z o.o. i DYSTEN Sp. z o.o. wyniki testów wskazują, iż nie zostały one przeprowadzone na konfiguracji komputerów wskazanej w SIWZ, lecz na pamięci operacyjnej 4 GB i przy użyciu jedynie jednego twardego dysku o pojemności 500 GB.

Odwołujący podniósł, że bardzo istotne jest, aby testy Sysmark przeprowadzane były na konfiguracji komputerów według parametrów wskazanych w SIWZ, bowiem każde najmniejsze odstępstwo może mieć negatywny wpływ na wynik testów.

Odwołujący postawił zarzut, że Wykonawcy FLEXVISION Sp. z o.o. i DYSTEN Sp. z o.o. przedstawili wyniki testów sprzętu, który nie jest zgodny z wymogami dotyczącymi przedmiotu zamówienia określonymi w SIWZ, a tym samym nie wykazali spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wykluczyć FLEXVISION Sp. z o.o. i DYSTEN Sp. z o.o. z postępowania, a ich oferty uznać za odrzucone. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zaniechał tej czynności i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w oderwaniu od kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, w wyniku czego naruszył przepisy art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że wraz ze swoją ofertą przedłożył wyniki testów Sysmark przeprowadzonych na właściwych parametrach. Aby spełnić wymogi określone w SIWZ, zlecił wykonanie takich testów podmiotowi, który mógł je przeprowadzić na wymaganej konfiguracji i poniósł w związku z tym dodatkowe, wysokie koszty. Obaj wykonawcy powinni wykonać i dostarczyć wyniki testów na oferowanej konfiguracji spełniającej minimalne wymagania SIWZ. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający akceptując wyniki testów przedstawione przez Wykonawców FLEXVISION Sp. z o.o. i DYSTEN Sp. z o.o. naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Gdyby potwierdziły się zarzuty stawiane w odwołaniu, miałyby szansę uzyskać zamówienie.

Izba ustaliła, że w SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dołączyli do oferty wynik testu Sysmark 2007 Preview przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji. Zgodnie z treścią SIWZ, wymagane było zaoferowanie urządzeń o parametrach technicznych m.in. pamięci RAM minimum 8GB i minimum dwóch twardych dyskach, każdy o pojemności 500 GB. Zamawiający w tabeli określającej minimalne parametry jednostki sterującej (jednostki sterującej ekranami LED) przedstawił m.in. wymagania w zakresie wydajności obliczeniowej (w pkt. 3 tabeli). Wskazał szczegółowe parametry w zakresie wydajności obliczeniowej, jakie powinno osiągnąć oferowane urządzenie. Postanowienie SIWZ w zakresie wydajności obliczeniowej, obok wskazanych szczegółowo parametrów, zawierało stwierdzenie: „wymagane dołączenie do oferty wyniku testu przeprowadzonego na oferowanej konfiguracji i potwierdzającego osiągnięcie przez oferowany zestaw komputerowy wymaganego wyniku (wynik w postaci wydruku z programu Sysmark 2007 Preview)”. Wykonawca FLEXVISION Sp. z o.o. i DYSTEN Sp. z o.o. złożyli wynik testu Sysmark 2007 Preview dla urządzeń o parametrach 4 GB i jednym twardym dysku o pojemności 500 GB. Z powyższego wynika, że wykonawcy nie przedstawili dokumentów dla wymaganych w treści SIWZ parametrów (pamięci RAM minimum 8GB i minimum dwóch twardych dyskach, każdy o pojemności 500 GB). Zatem Wykonawcy FLEXVISION Sp. z o.o. i DYSTEN Sp. z o.o. nie przedstawili dokumentów, jakich wymagał Zamawiający na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, a więc nie potwierdzili spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba wzięła pod uwagę także fakt, że zmiana konfiguracji może powodować zmianę wyników testów. Tym bardziej uzasadnione było przedstawienie przez wykonawców dokumentów dla wymaganej konfiguracji.

Zamawiający był zobowiązany do zbadania oferty wykonawców wezwania ich do uzupełnienia brakujących dokumentów wobec braku dokumentu testów Sysmark 2007 Preview dla konfiguracji zaoferowanej. Zamawiający nie dokonał tej czynności w odniesieniu do oferty Wykonawcy FLEXVISION Sp. z o.o. W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie

Wykonawcy FLEXVISION Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu wyników testu SYSmark 2007 Preview dla konfiguracji oferowanej przez tego wykonawcę.

Izba nie wzięła pod uwagę dokumentów wyników testu Sysmark 2007 Preview przedstawionych przez Przystępującego w trakcie rozprawy. W pierwszej kolejności należy podnieść, że dokumenty zostały przedstawione w języku angielskim. Zgodnie z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały przedstawione w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Tym samym, brak było podstaw do oceny jako materiału dowodowego dokumentów złożonych w języku angielskim (testu Sysmark 2007 Preview) przedstawionych przez Przystępującego.

Na marginesie Izba zauważa Zamawiający w SIWZ zamieścił postanowienie, zgodnie z którym dokumenty sporządzone w języku obcym powinny być składane w języku polskim. Oczekiwał zatem od wykonawców składania dokumentów w języku polskim lub w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język polski.

Zamawiający w tabeli w punkcie 9 określił wymagania co do certyfikatów i standardów, jakie powinno posiadać zaoferowane urządzenie. Zamawiający wymagał, aby oferowany model spełniał wymogi normy Energy Star 5.0. Na potwierdzenie należało złożyć do oferty np. wydruk ze strony internetowej wskazanej w SIWZ potwierdzający wpis oferowanego modelu na wskazaną stronę internetową. Wykonawcy FLEXVISION Sp. z o.o., a także DYSTEN Sp. z o.o. zaoferowali Zamawiającemu komputer stacjonarny marki Dell OptiPlex 3010 MT.

Wykonawca FLEXVISION Sp. z o.o. w celu potwierdzenia, że oferowany przez niego sprzęt spełnia wymogi Energy Star 5.0 załączył do oferty wydruk ze strony internetowej dla modelu Dell OptiPlex 390 MT. Wykonawca DYSTEN Sp. z o.o. załączył wydruk dla modelu Dell OptiPlex 3010 DT D07D.

Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że w ofercie Wykonawcy FLEXVISION Sp. z o.o. przedstawiono wydruk dla urządzenia M12. Jednak w ocenie Izby, wydruk stanowiący potwierdzenie, że model Dell OptiPlex 390 MT jest wpisany na jedną ze wskazanych stron internetowych nie jest dokumentem, który potwierdza, że zaoferowany model Dell OptiPlex 3010 MT spełnia wymagania SIWZ. Jest to bowiem zupełnie inny model urządzenia. Zamawiający wskazał w trakcie rozprawy, że DM12 jest to model, z którym mogą być zgodne inne modele komputerów. Brak jest jakiegokolwiek dokumentu w ofercie, który potwierdzałby, że oferowany model OptiPlex 3010MT jest związany z modelem DM12. W ocenie Izby brak jest także pewności, że pośród modeli zbliżonych do modelu DM12 nie ma innych, które nie spełniają wymagania certyfikatu energooszczędności. Z tego względu przedstawiony w ofercie dokument nie spełniał wymagań Zamawiającego, gdyż nie odnosił

się do modelu OptiPlex 3010MT. Ponadto Izba miała także na uwadze fakt, że Zamawiający oczekiwał wykazania spełnienia wymagań normy Energy Star dla określonego modelu.

W ocenie Izby wystarczające jest przedstawienie certyfikatu energooszczędności dla określonego modelu. Należy mieć na uwadze, że ofertę wykonawcy można odrzucić w sytuacji, gdy oferowane dostawy nie spełniają wymagań SIWZ, a więc oferowane urządzenia nie odpowiadają opisowi parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Jednym z wymagań opisanych przez Zamawiającego w niniejszej sprawie było aby oferowane urządzenie spełniało wymogi normy energooszczędności. Wykonawca FLEXVISION Sp. z o.o. przedstawił w trakcie rozprawy certyfikat energooszczędności dla modelu OptiPlex 3010MT wraz z tłumaczeniem na język polski, co wskazuje, że oferowany model spełnia wymagania normy energooszczędności (posiada wymagany certyfikat). W ocenie Izby jest to dokument wystarczający. Należy bowiem odróżnić wymagania merytoryczne dotyczące parametrów oferowanych urządzeń od wymagań formalnych (a więc przykładowych dokumentów które mają potwierdzić spełnienie przez oferowane urządzenie parametrów). Merytorycznym wymaganiem było, aby oferowany komputer spełniał wymogi normy Energy Star 5.0. Wydruk z określonej strony internetowej jest dokumentem przykładowym potwierdzającym, że oferowany komputer spełnia wymogi normy Energy Star. Lista dokumentów nie jest zamknięta. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego, że możliwe jest przedstawienie jedynie wydruków ze wskazanej strony internetowej bez możliwości załączenia alternatywnie dokumentu certyfikatu potwierdzającego ten sam wymagany parametr, jest zbyt formalistyczne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający powinien był wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentu w zakresie potwierdzenia spełnienia wymagań normy Energy Star 5.0. w trybie artykułu 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zaniechał tej czynności. Z tego względu Izba nakazała wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, celem oceny przez Zamawiającego (komisję przetargową) oceny zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami Zamawiającego. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 523/11: „Ponieważ pełnomocnik Zamawiającego występujący przed Izbą nie jest uprawniony do dokonywania w imieniu Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie może również zastąpić komisji przetargowej powołanej do badania tych dokumentów i oceny na ich podstawie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wobec tego Izba w niniejszej sprawie może ocenić i rozstrzygnąć wyłącznie o prawidłowości czynności już dokonanej przez Zamawiającego, a nie zastępować go w przeprowadzeniu tych czynności.”

Ocenie Izby w niniejszym postępowaniu ocenie podlega zatem czynność lub zaniechanie dokonania czynności przez Zamawiającego, w tym wypadku brak wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań normy Energy Star 5.0. Zamawiający nie

miął podstawy do stwierdzenia, że oferowany model OptiPlex 3010 MT spełnia wymagania normy Energy Star 5.0 na podstawie dokumentów złożonych do oferty, gdyż, jak powyżej wskazano, złożone w ofercie dokumenty dotyczyły innego modelu.

Izba nie nakazała wezwania do uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę Dysten sp. z o.o. z uwagi na fakt, że wykonawca ten (jak ustalono w toku postępowania) był już wzywany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wyników testu na oferowanej konfiguracji potwierdzającego osiągnięcie przez oferowany zestaw komputerowy wymaganego wyniku w zakresie wydajności (wydruk z programu Sysmark 2007 Preview). Jednakże należy mieć na uwadze, że wykonawca ten zaoferował dokładnie taki sam model urządzenia jak wykonawca FLEXVISION Sp. z o.o.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....