

Sygn. akt: KIO 2428/18

WYROK
z dnia 10 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk
Jan Kuzawiński

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., ul. Wadowicka 12; 30-415 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Stalowa Wola, ul. Wolności 7; 37-450 Stalowa Wola**, przy udziale wykonawcy **K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU Horyzont K. L., ul. 11 listopada 21; 38-300 Gorlice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu w części 1 zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie czynności badania i oceny ofert z jednoczesnym odrzuceniem oferty złożonej przez K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU Horyzont K. L. .**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Stalowa Wola** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o.**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gmina Stalowa Wola** na rzecz **Zakładu Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o.**, kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

sygn. akt: **KIO 2428/18**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Stalowa Wola, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Zakup sprzętu komputerowego i multimedialnego wraz z oprogramowaniem na potrzeby projektu „STALOWA SOWA - Rozwój kompetencji kluczowych w Gminie Stalowa Wola*”.

Dnia 14 listopada 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania w zakresie części 1 zamówienia, z korektą z dnia 27 listopada 2018 r.

Dnia 26 listopada 2018 roku wykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy FHU Horyzont K. L. (zwanego dalej „*Horyzont*”), który na dzień wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania poprzez złożenie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „*JEDZ*”) z podpisem elektronicznym nie spełniającym wymogów przepisów prawa, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 10a ust 5 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy Horyzont do uzupełnienia dokumentu JEDZ mimo faktu, iż dokument ten z mocy prawa był nieważny;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Horyzont, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „*s.i.w.z.*”);
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie doliczenia do ceny oferty wykonawcy Horyzont podatku od towarów i usług, w celu jej oceny, który miałby obowiązek rozliczyć w związku z powstaniem u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług;
4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie mogła być oceniana na podstawie przewidzianych w s.i.w.z. kryteriów oceny ofert i uznana za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Horyzont jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenia wykonawcy Horyzont z postępowania - ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy Horyzont na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczenia JEDZ,
4. odrzucenia oferty wykonawcy Horyzont,
5. wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, iż kwalifikowany podpis, dla swej prawidłowości musi spełniać wszelkie wymogi wskazane w rozporządzeniu eIDAS ale powinien również spełniać wymogi ustawodawstwa krajowego o ile takowe zostały wprowadzone. W przypadku braku spełnienia tych wymogów dany podpis nie ma waloru kwalifikowalności.

Mając powyższe na uwadze nie może budzić wątpliwości, że JEDZ złożony przez wykonawcę Horyzont nie spełnia wymogów art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, w związku z czym jest on nieważny z mocy prawa. Zamawiający nie miał możliwości wezwania wykonawcy Horyzont do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej ponieważ wykonawca ten nie złożył prawidłowego oświadczenia JEDZ, które

potwierdzałoby spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak zaistnienia przesłanek wykluczenia z przedmiotowego postępowania.

Ponadto (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), biorąc pod uwagę zarówno treść zobowiązania wykonawcy Horyzont, zawartego w formularzu technicznym, oferta w tym zakresie nie została złożona w sposób umożliwiający identyfikację wyrobu, gdyż odnosi się jedynie do asortymentu (całej serii komputerów producenta np. Lenovo IdeaPad 320-15 (80XR00AJUS); Lenovo Ideapad 320-15IKB; Lenovo 320-15AST (80XV010BPB) itp.), gdzie każda z pozytywnych asortymentowych posiadanych odmienne parametry techniczne, co w ocenie odwołującego nawet uniemożliwia sprawdzenie zgodności tej oferty z treścią s.i.w.z. Nieuwzględnienie wymaganego przez zamawiającego stopnia szczegółowości oferowanych komputerów przenośnych TYP1, tj. bez jednoznacznego oznaczenia zaoferowanego produktu w sposób umożliwiający jego identyfikację, stanowi niezgodność z s.i.w.z. i jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty. Oferta taka jest bowiem niedookreślona i nie daje zamawiającemu pewności, jaki produkt otrzyma na etapie realizacji zamówienia. Na podstawie tak niesprecyzowanej oferty, jaką stanowiła oferta wykonawcy Horyzont - możliwe jest dostarczenie różnych produktów, których wybór zostanie dokonany przez wykonawcę dopiero przy realizacji dostawy i z reguły sprowadza się do dostarczenia wyrobu, który dla wykonawcy jest tańszy. Materia ta wielokrotnie była podnoszona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej np. „Należy przy tym stwierdzić, że nawet jeśli wszystkie produkty danego rodzaju i danego producenta, odpowiadające opisowi przedstawionemu w ofercie, spełniają wymagania minimalne określone w SIWZ, to i tak ofertę należy uznać za niedookreślona i nie odpowiadającą treści SIWZ. Zamawiający bowiem ma prawo na podstawie treści oferty powziąć informacje, jaki konkretny produkt otrzyma w wykonaniu umowy” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-07-18, sygn. akt KIO 1330/14; tak samo wyrok z dnia 2016-11-15, sygn. akt KIO 2058/16 oraz wyrok z dnia 2016-01-18, sygn. akt KIO 2868/15).

„Tym samym treść oferty nie odpowiada treści siwz, gdyż nie podaje informacji żądanych przez zamawiającego. W ocenie Izby informacja ta nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż przystępujący nie wykazał w jakikolwiek sposób, że w grupie TURBO tylko to jedno urządzenie posiada zadeklarowane przez niego parametry, a tym samym jest możliwe do jednoznacznego zidentyfikowania samodzielnie przez zamawiającego. Podanie typu zatem wprowadzałoby istotną zmianę w treści oferty, gdyż konkretyzowałoby jedno urządzenie z szeregu spełniających i niespełniających wymagań zamawiającego. Zamawiający nie byłby w stanie także poprawić tej omyłki samodzielnie, gdyż przystępujący nie wykazał, że była możliwość ustalenia konkretnego typu urządzenia na podstawie podanych danych (...)” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-06-11, sygn. akt KIO 996/18).

Ponadto odwołujący wskazał, iż produkt zaoferowany przez przystępującego - oznaczony jako Lenovo Idea Pad 320-15, nie jest wprost oznaczeniem produktu, a jedynie grupy asortymentowej, co do której nie jest przewidziana produkcja w konfiguracji

z preinstalowanym fabrycznie systemem Windows 10 PRO, a instalacja systemu operacyjnego musi być przeprowadzona przez użytkownika sprzętu.

W zakresie zarzutów odnoszących się do oprogramowania antywirusowego i zabezpieczającego w przypadku kradzieży, odwołujący przytoczył szeroką argumentację, powołując się na informacje ze strony internetowej producenta oraz „Podręcznika obsługi dla administratora”.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, o których mowa powyżej. W przypadku potwierdzenia podniesionych zarzutów oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w części I zamówienia, a w konsekwencji odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie publiczne.

Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, że odwołujący może ponieść szkodę, co niezbicie dowodzi spełnienia okoliczności, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca K. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FHU Horyzont K. L.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W poczet materiału dowodowego Izba przyjęła: dokumentację postępowania, ofertę złożoną przez przystępującego, oświadczenie przedstawiciela producenta Lenovo, oświadczenie przedstawiciela producenta oprogramowania oferowanego przez przystępującego, załączniki nr 5, 6, 7 i 8 do odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne:

1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy FHU Horyzont K. L. (zwanego dalej „Horyzont”), który na dzień wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej nie potwierdził spełnienia warunku udziału

w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz nie wykazał braku podstaw wykluczenia

z postępowania, poprzez złożenie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”) z podpisem elektronicznym nie spełniającym wymogów przepisów prawa, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy Horyzont do uzupełnienia dokumentu JEDZ mimo faktu, iż dokument ten z mocy prawa był nieważny, Izba uznała za zasadny.

Wskazać bowiem należy, iż zgodnie z przepisem art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania

oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U. z 2016 r. poz. 1579 ze zm.) (dalej „uzoie”) „Do dnia 1 lipca 2018 r. do składania zaawansowanych podpisów elektronicznych lub zaawansowanych pieczęci elektronicznych można stosować funkcję skrótu SHA-1, chyba że wymagania techniczne wynikające z aktów wykonawczych wydanych na podstawie rozporządzenia 910/2014 wyłączają możliwość stosowania tej funkcji skrótu.”

Przystępujący Horyzont złożył wraz z ofertą JEDZ w postaci elektronicznej podpisany w dniu 3 września 2018 r., o 9:56:32 kwalifikowanym podpisem Certum wystawionym przez dostawcę usług zaufania Assec Data Systems S.A. (format podpisu XADES). Zgodnie z treścią załączonego do pliku JEDZ certyfikatu podpisu (szczegóły podpisu) złożonego przez P. K. L., podpis został złożony z wykorzystywaniem algorytmu SHA-1.

Zgodnie z ww. przepisem uzoie, z dniem 1 lipca 2018 r., skończył się okres stosowania funkcji skrótu SHA-1 w zastosowaniach dotyczących zaawansowanego podpisu elektronicznego i pieczęci. Obowiązek zaprzestania stosowania SHA-1 dotyczy nie tylko certyfikatów (czyli nie dotyczy tylko dostawców certyfikatów), ale także wszelkich składanych podpisów i pieczęci pod dokumentami. Obowiązek ten dotyczy wszystkich podmiotów zarówno komercyjnych jak i jednostek administracji publicznej, które w ramach swoich systemów udostępniają funkcjonalność tworzenia podpisu (lub pieczęci). Wymaga podkreślenia, że jeżeli certyfikat użytkownika będzie bazował na SHA-1 (i będzie ważny, bo wydany przed 1 lipca), to podpis tworzony (po 1 lipca) weryfikowany tym certyfikatem powinien zawierać skrót podpisywanej treści obliczony algorytmem SHA-2 (a nie SHA-1).

Powyższe stanowisko potwierdza również komunikat Ministra Cyfryzacji z dnia 1 marca 2018 r. w sprawie wycofania algorytmu SHA-1 w zastosowaniach związanych z zaawansowanym podpisem i pieczęcią elektroniczną, zamieszczony na stronach Narodowego Centrum Certyfikacji, w którym wskazano, iż „Z dniem 1 lipca br. kończy się przewidziany w art. 137 ustawy z dn. 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. 2016, Poz. 1579) okres stosowania funkcji skrótu SHA1 w zastosowaniach dotyczących zaawansowanego podpisu elektronicznego i pieczęci. Przepis ten stanowi, że: „Art. 137. Do dnia 1 lipca 2018 r. do składania zaawansowanych podpisów elektronicznych lub zaawansowanych pieczęci elektronicznych można stosować funkcję skrótu SHA-1, chyba że wymagania techniczne wynikające z aktów wykonawczych wydanych na podstawie rozporządzenia 910/2014 wyłączają możliwość stosowania tej funkcji skrótu.” Przepis wymaga odejścia od stosowania algorytmu SHA-1 przy składaniu zaawansowanego, w tym również kwalifikowanego, podpisu elektronicznego i pieczęci elektronicznej, co jednak powoduje konieczność uprzedniego dostosowania aplikacji służących do składania lub weryfikacji podpisu elektronicznego do algorytmów rodziny SHA-2. Algorytm SHA-1 utracił rekomendację ETSI (zob. ETSI TS 119 312). (...). Decyzją Ministra Cyfryzacji, w ramach Narodowego Centrum Certyfikacji, uruchomiony został nowy urząd certyfikacji, który umożliwia centrom świadczenie usług na nowych algorytmach. Niezbędne jest jednak dostosowanie wszystkich systemów strony ufającej, tak aby z dniem 1 lipca br. było możliwe odejście od stosowania funkcji SHA-1 przy składaniu podpisu elektronicznego i pieczęci elektronicznej. Algorytm SHA-1 będzie mógł być nadal używany przy weryfikacji. Należy jednak zauważyć, że listy CRL publikowane po dniu 1.07 podpisywane będą z użyciem funkcji z rodziny SHA-2 (nawet jeśli dotyczą certyfikatów wydanych z użyciem funkcji SHA-1). W odniesieniu do ważnych dokumentów podpisanych w oparciu o stare algorytmy dobrą praktyką jest znakowanie czasem z użyciem znaczników opartych na nowych algorytmach.”

Biorąc powyższe pod rozwagę, Izba stwierdziła, że przystępujący nie dochował należytej staranności, przy dokonywaniu czynności związanej ze złożeniem kwalifikowanego podpisu pod dokumentem JEDZ składanym zamawiającemu, albowiem uchybił bezwzględnie obowiązującym od dnia 1 lipca 2018 roku przepisom uzoie i wadliwie złożył podpis przy zastosowaniu algorytmu SHA-1. Przystępujący winien bowiem, znając treść przepisów nowelizujących przedmiotową ustawę, dokonać uprzedniego dostosowania aplikacji służących do składania lub weryfikacji podpisu elektronicznego do algorytmów rodziny SHA-2. Przystępujący takiej czynności, zdaje się nie dokonał.

Tym samym, Izba doszła do przekonania, iż podpis złożony przez przystępującego, nie odpowiadający aktualnie obowiązującym przepisom jest nieważny, dlatego też koniecznym było ustalenie, że czynność oceny oferty przystępującego przez zamawiającego, pod kątem prawidłowości złożonego pod oświadczeniem JEDZ podpisu – była wadliwa.

W przedmiotowej sprawie, zdaniem Izby, zamawiający zobligowany był do wezwania przystępującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia oświadczenia JEDZ podpisanego prawidłowo z zastosowaniem aktualnie obowiązującego algorytmu, w tym przypadku SHA-2. Jednakże mając na względzie okoliczność, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który obligował zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego, Izba nie nakazywała zamawiającemu wezwania przystępującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wadliwie podpisanego dokumentu, albowiem czynność ta pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

2. Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z., Izba uznała w części za zasadny.

A)w zakresie pozycji „Komputer przenośny z systemem operacyjnym – TYP 1, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby w treści oferty sprecyzować dokładnie, co jest jej przedmiotem, podając: nazwę producenta oferowanego komputera przenośnego, oraz nazwę/typ/model/nr katalogowy oferowanego komputera przenośnego.

Przystępujący określił dla pozycji sprężonej - komputer przenośny z systemem operacyjnym - TYP 1 - komputer oznaczony jako „Lenovo Idea Pad 320-15”.

Zdaniem Izby, takie przyporządkowanie odpowiednich informacji było potrzebne zamawiającemu, aby zamawiający mógł w sposób jednoznaczny i obiektywny zidentyfikować przedmiot oferty, składanej przez każdego wykonawcę.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż przystępujący podał w swojej ofercie producenta oferowanego komputera (Lenovo) oraz podał określoną grupę asortymentową (Idea Pad 320-15). Jak słusznie podniósł odwołujący w treści swojego odwołania oraz niejako przyznał rację odwołującemu zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, na rynku, w ramach danej grupy asortymentowej występują różne, konkretnie przypisane danemu part number produkty – komputery zawierające określone specyfikacje techniczne i konfiguracje.

W ocenie Izby, zamawiający stawiając wymóg w s.i.w.z. bezwzględnego podania

„nr katalogowego oferowanego komputera przenośnego” był świadomy przytoczonej powyżej sytuacji, dlatego też brak podania wymaganego s.i.w.z. elementu uznać należało, jako istotną wadę oferty, dyskwalifikującą ją z oceny w ramach kryteriów oceny ofert, a tym samym podlegającej dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. odrzuceniu

w ramach prowadzonego postępowania. Podnieść bowiem należy, iż wada oferty przystępującego jest na tyle istotna i znacząca, albowiem zamawiający w ramach badania całościowej treści oferty nie był w stanie ustalić, jaki konkretnie produkt został mu zaoferowany, co ma z kolei znamienne znaczenie w kontekście następczo (po postępowaniu) zawieranej umowy, której treść musi być zbieżna z treścią złożonej oferty.

W przedmiotowej sprawie zamawiający po pierwsze nie ma wiedzy, jaki komputer *de facto* został mu zaoferowany, po drugie nie będzie miał możliwości wpisania do umowy oznaczenia takiego komputera, w tym w szczególności – numeru katalogowego. Skoro bowiem zamawiający wpisując w treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania, m.in. że komputer ma być fabrycznie nowy z podaniem numeru katalogowego – to musiał mieć świadomość istnienia takiego produktu na rynku. Jak wynika z dowodów przytoczonych przez zamawiającego, stanowiących załączniki do odpowiedzi na odwołanie, żaden z podanych typów komputerów nie spełnia w całości wszystkich parametrów żądanych przez zamawiającego w s.i.w.z. Tym samym zachodzi wątpliwość, co do rzetelności złożonej przez przystępującego oferty, pod kątem ustalenia, czy oferowany komputer faktycznie będzie fabrycznie nowy (w całości), czy fabrycznie nowe będą tylko jego podzespoły. Tego typu informacji z oferty przystępującego nie sposób wywieść.

Dlatego też Izba stwierdziła, że w ww. zakresie (A) oferta przystępującego nie odpowiada treści s.i.w.z. i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

B) Zgodnie poz. 22 Formularza specyfikacji technicznej, której złożenia zamawiający wymagał wraz z ofertą, wskazano na wymóg: „Posiadający preinstalowany system operacyjny zgodny z Microsoft Windows 10 Professional PL 64 bit (celem zapewnienia pełnej zgodności z innymi sprzętami funkcjonującymi w szkołach) lub system równoważny”. Przystępujący w swojej ofercie potwierdził żądany przez zamawiającego wymóg wpisując „Microsoft Windows 10 Professional PL 64 bit”. Odwołujący podniósł zarzut, w którym wskazał, iż produkt oferowany przez przystępującego, oznaczony jako Lenovo Idea Pad 320-15, nie jest wprost oznaczeniem produktu, a jedynie grupy asortymentowej, co do której nie jest przewidziana produkcja w konfiguracji z preinstalowanym fabrycznie systemem Windows 10 PRO, a instalacja systemu operacyjnego musi być przeprowadzona przez użytkownika sprzętu. Na potwierdzenie stawianej tezy, odwołujący na rozprawie złożył dowód z wnioskiem o jego przeprowadzenie, tj. Oświadczenie z dnia 22 listopada 2018 roku, podpisane przez P. (...) – Dyrektora Generalnego Lenovo Technology B.V. sp. z o.o. Oddział w Polsce, w którym to oświadczeniu stwierdzono, że „Firma Lenovo informuje, że produkty należące do grupy asortymentowej Lenovo Idea Pad 320-15 są notebookami przeznaczonymi na rynek konsumencki i nie były produkowane w konfiguracji z preinstalowanym fabrycznie systemem Windows 10 PRO. Jednocześnie informujemy, że następcą tj. Lenovo Idea Pad 320-15 nie jest również dostępny w wersji z preinstalowanym fabrycznie systemem Windows 10 Pro.”

Izba stwierdziła, że treść powyższego oświadczenia nie budzi wątpliwości, jednakże pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie stawianego zarzutu. Wskazać bowiem należy, że zamawiający w treści s.i.w.z. nie postawił wymogu dotyczącego „fabrycznie preinstalowanego systemu” a jedynie wymóg „preinstalowanego systemu”. Tym samym zarzuty odwołującego zostały postawione w oparciu o własną nadinterpretację treści s.i.w.z. a nie w oparciu o jej rzeczywiste i literalne brzmienie.

Dlatego też zarzut powyższy Izba uznała za bezzasadny stwierdzając, że przy tak skonstruowanej treści s.i.w.z. dopuszczalna była sytuacja, w której wykonawca samodzielnie dokona preinstalacji systemu operacyjnego, tak aby zamawiający otrzymał finalnie produkt zgodny z s.i.w.z.

C) W zakresie pozycji „oprogramowania antywirusowego i zabezpieczającego w przypadku kradzieży”.

Przystępujący, w treści specyfikacji technicznej wskazał, że oferuje oprogramowanie producenta „Seqrite” a w sekcji nazwa/typ/model/nr katalogowy oferowanego oprogramowania antywirusowego i zabezpieczającego w przypadku kradzieży przystępujący wskazał: „Endpoint Enterprise Suite+Cloud+Encryption Manager”.

W ocenie Izby przystępujący prawidłowo wypełnił formularz opracowany przez zamawiającego, albowiem podał nazwę producenta oraz podał szczegółowo nazwę oferowanego oprogramowania, która składa się z kilku elementów, tworzących funkcjonalną całość.

Natomiast odwołujący całą swoją merytoryczną argumentację opiera wyłącznie na wycinku całego oprogramowania przyporządkowując brak wskazanych przez siebie funkcjonalności tylko do jednego elementu opisanego przez siebie, jako „Seqrite Endpoint Security Cloud”, który nie jest tożsamy z nazwą podaną przez przystępującego.

Dlatego też Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania, które *de facto* nie odnoszą się do treści oferty złożonej przez przystępującego, należało uznać za bezzasadne.

3. Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie doliczenia do ceny oferty przystępującego podatku od towarów

i usług, w celu jej oceny, który miałby obowiązek rozliczyć w związku z powstaniem u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów

i usług, Izba uznała, co do zasady, za zasadny, jednakże biorąc pod uwagę okoliczność, iż zamawiający dokonał samokorekty swojej czynności i poprawił w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej rzeczoną informację, Izba mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 w zw. z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, stwierdziła, że naruszenie przepisów przez zamawiającego w kontekście ustalonego na dzień orzekania stanu faktycznego, nie wywołuje stanu, który miał lub może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W związku z powyższym, Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie mogła być oceniana na podstawie przewidzianych

w s.i.w.z. kryteriów oceny ofert i uznana za najkorzystniejszą.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....