

Sygn. akt: KIO 2194/17

WYROK
z dnia 7 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w W. w dniu 2 listopada 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2017 r. przez wykonawcę **K.B.K.W.Sp. j. z siedzibą w W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - 2 Regionalną Bazę Logistyczną z siedzibą w W.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: **1. I. Spółka z o. o. z siedzibą w B., 2. T.A Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w N.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę K.B.K.W.Sp. j. z siedzibą w W. i:

1

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K.B.K.W.Sp. j. z siedzibą w W.**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **K.B.K.W.Sp. j. z siedzibą w W.** na rzecz **Skarbu Państwa - 2 Regionalnej Bazy Logistycznej z siedzibą w W.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

2

Sygn. akt: KIO 2194/17

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - 2 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w W. (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę sprzętu informatycznego z podziałem na 34 części (zadania)". Nr postępowania: D/138/2017.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 353932-2017 w dniu 9 września 2017 r.

W dniu 19 października 2017 r. wykonawca K.B.K.W.Sp. j. z siedzibą w W. (dalej: „Odwołujący”) - w zakresie Zadania nr 2 - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zmianie w dniu 13 października 2017 r. treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”);
2. zaniechaniu przedłużenia terminu składania ofert pomimo, dokonania w dniu 13 października 2017 r., istotnej zmiany treści SIWZ.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w konsekwencji wykluczenie możliwości złożenia oferty na sprzęt, posiadający certyfikat Microsoft WHCL potwierdzający, że oferowane modele komputerów współpracują poprawnie z zamawianymi systemami operacyjnymi;
2. art. 29 ust. 2 Pzp, przez ograniczenie i utrudnienie uczciwej konkurencji z uwagi na wyłączenie możliwości potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania

3

określone przez Zamawiającego, dokumentami innymi niż określone modyfikacją treści SIWZ z dnia 13 października 2017 r., pomimo uznania w pierwotnej treści specyfikacji, że dokumentem potwierdzającym spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego jest wydruk ze strony Microsoft WHCL;

3. art. 7 ust. 1 Pzp, przez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz sprzeczny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, z uwagi na wykluczenie wskutek dokonanej modyfikacji, możliwości złożenia oferty na sprzęt renomowanych producentów posiadający certyfikat Microsoft WHCL, potwierdzający, że oferowane modele komputerów współpracują poprawnie z zamawianymi systemami operacyjnymi;
4. art 38 ust. 6 Pzp, przez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert i wyznaczenia niezbędnego, dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, pomimo wprowadzenia istotnej modyfikacji treści SIWZ.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w następujący sposób:

Załącznik nr 1 do SIWZ, zadanie 2, Wiersz-Certyfikaty i serwis, tiret 3 (trzeci)-wymagane minimalne parametry techniczne, o treści:

„Oferowane modele komputerów muszą poprawnie współpracować z zamawianymi systemami operacyjnymi (jako potwierdzenie wydruk wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Hardware Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu).

Zamawiający doprecyzowuje, że oczekuje wydruku wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Hardware Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu, dla oferowanego modelu (zgodnie z politykami Microsoft dla danej rodziny produktów)."

zastąpić zapisem o treści:

4

„Oferowane modele komputerów muszą poprawnie współpracować z zamawianymi systemami operacyjnymi (jako potwierdzenie wydruk wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Hardware Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu lub wydruk ze strony Microsoft WHCL).

Zamawiający doprecyzowuje, że oczekuje wydruku wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Hardware Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu (zgodnie z politykami Microsoft dla danej rodziny produktów), lub wydruku ze strony Microsoft WHCL, dla oferowanego modelu".

Ewentualnie zapis o treści:

„Zamawiający doprecyzowuje, że oczekuje wydruku wyniku działania z

oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Hardware Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu, dla oferowanego modelu (zgodnie z politykami Microsoft dla danej rodziny produktów)".

zastąpić zapisem o treści:

„Zamawiający doprecyzowuje, że oczekuje wydruku wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Hardware Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu, (zgodnie z politykami Microsoft dla danej rodziny produktów), lub wydruku ze strony Microsoft WHCL, dla oferowanego modelu”.

3. nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia żądanej w pkt 2 modyfikacji w sposób analogiczny w:
 - a. Załączniku nr 1 do umowy, zadanie nr 2, Wiersz-Certyfikaty i serwis, tiret 3 (trzeci) - wymagane minimalne parametry techniczne;
 - b. Rozdziale V SIWZ, pkt 6, ppkt 6.2. Zadanie nr 2, Tabela, pkt 10;
 - c. Rozdziale VII SIWZ, pkt 2.5.2. Zadanie nr 2, Tabela, pkt 10.
4. nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, nie krócej jednak niż o 4 dni, czyli do 24 października 2017 r.;

5

Ewentualnie:

5. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w przypadku braku możliwości dokonania postulowanej modyfikacji treści SIWZ po otwarciu ofert (jeżeli Zamawiający nie przedłuży terminu składania ofert), jako postępowania obciążonego niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał, że w Załączniku nr 1 - Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 4.5.1, Zamawiający opisał wymagania dotyczące systemu operacyjnego dla stacji roboczych, stacji graficznych i notebooków. Zamawiający wskazał, że wszystkie wymagania spełnione są przez system Windows 10 PL Professional (z opcją aktualizacji wstecznej do systemu Windows 7 PL Professional). Ponadto jest to system preferowany ze względu na dotychczasowe używanie systemów rodziny Windows.

Odwołujący wskazywał, że w pierwotnym brzmieniu Załącznika nr 1 Zamawiający, w części dotyczącej Zadania nr 2, w Wierszu „Certyfikaty i serwis” [tiret 3 parametrów minimalnych), że: „Oferowane modele komputerów muszą poprawnie współpracować z zamawianymi systemami operacyjnymi (jako potwierdzenie poprawnej współpracy załączyć wydruk ze strony Microsoft WHCL)".

W dniu 3 października 2017 r., Zamawiający w odpowiedzi na Wniosek nr 2, Pytanie 1 o treści:

„Czy Zamawiający wyraża zgodę na potwierdzenie spełniania wymogu poprawności współpracy z zamawianymi systemami operacyjnymi innym dokumentem wskazanym przez Producenta oferowanego systemu operacyjnego (np. oświadczenie producenta komputera, wydruk ze strony producenta oprogramowania potwierdzający pozytywny wynik testu na kompatybilność oprogramowania, wydruk z potwierdzeniem kompatybilności ze strony producenta komputera)? Niniejszy wymóg wymaga doprecyzowania, gdyż w SIWZ Zamawiający wskazał, iż na potwierdzenie kompatybilności oczekuje wydruku ze strony Microsoft WHCL, natomiast w dniu 16 maja 2017 r. firma Microsoft opublikowała informację, że program Windows Compatible logos zostaje zamknięty i nie będzie kontynuowany

6

(https://blogs.msdn.microsoft.com/windows_hardware_certification/2017f05/16notification-of-discontinuation-for-the-windows-10-compatibility-artwork/). Od tego momentu nie ma możliwości opublikowania na stronie Windows Logo'd Products List informacji o nowo

przetestowanym na zgodność z Windows sprzęcie. Nadal można jednak wykonać test sprzętu na zgodność z systemem Windows na stronie producenta oprogramowania, ale informacja o zgodności, zgodnie z wytycznymi Microsoft, powinna zostać umieszczona „na stronach internetowych producenta, opakowaniach produktu i w materiałach reklamowych”. Ponieważ w dniu zamknięcia przez Microsoft możliwości publikacji raportów na stronie Windows Logo'd Products List niniejszy przetarg nie był jeszcze ogłoszony i nie były znane wymogi odnośnie certyfikacji wymaganego urządzenia. Producenci nie mieli możliwości umieszczenia na tej stronie swoich raportów zgodnych z wymaganiami SIWZ. Poprawne przetestowanie sprzętu na zgodność z systemem Windows od daty 16 maja 2017 r. producenci mogą opublikować jedynie na swojej stronie internetowej lub w materiałach reklamowych. Potwierdzeniem zasadności naszego stanowiska jest fakt, iż tego rodzaju wymaganie, zawierające jednak możliwość potwierdzenia kompatybilności przez samego wykonawcę zamieszczane jest także w innych aktualnie prowadzonych postępowaniach, np. w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Krajową (znak sprawy: PK XF 261.11.2017) i ma następujące brzmienie: „Poprawna praca oferowanego systemu operacyjnego na oferowanym modelu stacji roboczej - (oświadczenie Wykonawcy lub np. kopia Certyfikatu Microsoft w zakresie kompatybilności oferowanego modelu komputera z systemem Microsoft Windows 10 Professional PL) lub oświadczenie Wykonawcy w przypadku zaoferowania systemu operacyjnego równoważnego. W zakresie oświadczenia Wykonawcy wystarczającym jest wypełnienie kolumny obok poprzez np. „tak”, „spełnia”).

Zważając na powyższe prosimy o wyrażenie zgody na potwierdzenie spełnienia wymogu poprawności współpracy z zamawianymi systemami operacyjnymi innym dokumentem wskazanym przez Producenta oferowanego systemu operacyjnego (np. oświadczenie producenta komputera, wydruk ze strony producenta oprogramowania potwierdzający pozytywny wynik testu na kompatybilność oprogramowania, wydruk

z

potwierdzeniem kompatybilności ze strony producenta komputera)”;

dokonał zmiany treści SIWZ w ten sposób, że wymóg o treści:

„jako potwierdzenie poprawnej współpracy załączyć wydruk ze strony Microsoft WHCL”

został zastąpiony wymogiem o treści 7

„jako potwierdzenie wydruk wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Hardware Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu”.

Tożsame zmiany zostały wprowadzone w SIWZ, Załącznik nr 1 do umowy, zadanie 2, Wiersz - Certyfikaty i serwis, tiret trzeci - wymagane minimalne parametry techniczne.

Dodatkowo, Zamawiający w Rozdziale V SIWZ, pkt 6 pkt 6.2., Zadanie 2, oraz w Rozdziale VII, pkt. 2.5.2., Zadanie 2, dodał nowy wiersz z numerem 10, w brzmieniu:

10. Oferowane modele komputerów muszą 10. Wydruk wyniku działania z poprawnie współpracować z zamawianymi firmą oprogramowania certyfikacyjnego systemami operacyjnymi (jako potwierdzenie Microsoft - Windows Hardware Lab Kit,

sprzętu. wydruk wyniku działania z

oprogramowania potwierdzony Producenta przez certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows do Dokument będzie wymagany Hardware Lab Kit, potwierdzony przez przez złożenia/uzupełnienia Producenta sprzętu). Oferenta/Wykonawcę najwyższej ocenionego.

Następnie, w dniu 13 października 2017 r., Zamawiający w każdym z ww. miejsc dokumentacji przetargowej doprecyzował wprowadzony wymóg wskazując, że:

„Zamawiający doprecyzowuje, że oczekuje wydruku wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu, dla oferowanego modelu (zgodnie z politykami Microsoft dla danej rodziny produktów)”.

Odnosząc się szczegółowo do postawianych zarzutów Odwołujący podnosił, że w dniu 13 października 2017 r. Zamawiający określił w sposób ostateczny, jakiego dokumentu wymaga dla potwierdzenia kompatybilności oferowanego sprzętu. Zdaniem Odwołującego treść wymogu w brzmieniu nadanym wskutek modyfikacji z dnia 3 października 2017 r. nie mogła zostać skutecznie zaskarżona, ponieważ przestała ona istnieć w dotychczasowym kształcie i Odwołujący został pozbawiony możliwości wniesienia skutecznego odwołania.

Zdaniem Odwołującego odwołanie na modyfikację z dnia 3 października 2017 r. podlegałoby by bowiem oddaleniu z uwagi na brak substratu zaskarżenia i objęcie zakresem odwołania nieaktualnego już brzmienia wymogu. Wniesienie takiego odwołania byłoby ponadto bezprzedmiotowe, gdyż nadal istniałaby zmodyfikowana treść SIWZ o brzmieniu: „Zamawiający doprecyzowuje, że oczekuje wydruku wyniku działania z oprogramowania

8

certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu, dla oferowanego modelu (zgodnie z politykami Microsoft dla danej rodziny produktów)". Nadal w treści SIWZ pozostawałby więc wymóg dotyczący złożenia przedmiotowego wydruku, który mógłby zostać wyeliminowany jedynie poprzez wniesienie odwołania na modyfikację z dnia 13 października 2017 r. Ponadto, Zamawiający modyfikacją z dnia 13 października 2017 r. sam wskazał, że „doprecyzowuje” stawiany wymóg. Dopiero z tym dniem treść tego wymogu została ukształtowana w sposób ostateczny, a co za tym idzie, mogła zostać zaskarżona odwołaniem.

Niezależnie od tego Odwołujący wskazywał, że obejmuje zakresem odwołania zaniechanie przedłużenia terminu związania ofertą, co miało miejsce w dniu 13 października 2017 r. oraz sam sposób doprecyzowania treści wymogu (vide: żądanie ewentualne z pkt 2).

W ocenie Odwołującego Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób naruszający zasady określone w art. 7 ust. 1 Pzp. Analiza pytań dotyczących dokumentu, jaki ma być złożony dla potwierdzenia kompatybilności sprzętu z zamawianymi systemami operacyjnymi pokazuje, że Zamawiający w sposób niezrozumiały i nieuzasadniony dokonał ograniczenia konkurencji, wyłączając możliwość złożenia oferty na sprzęt renomowanych producentów posiadających certyfikat Microsoft WHCL. Pytanie nr 1 dotyczące Stacji graficznej postulowało wprowadzenie możliwości potwierdzenia spełnienia wymogu poprawności współpracy z zamawianymi systemami operacyjnymi innymi dokumentami, niż pierwotnie wskazane w treści SIWZ. Nie zmierzało do wykluczenia możliwości złożenia wydruku ze strony Microsoft WHCL.

Odwołujący twierdził, że możliwość potwierdzenia kompatybilności sprzętu z zamawianymi systemami operacyjnymi za pomocą wydruku ze strony Microsoft WHCL nadal istnieje dla sprzętu, który może być oferowany do dostawy. Brak jest tym samym jakichkolwiek przesłanek natury technicznej czy prawnej, które uprawniałyby Zamawiającego do wyłączenia możliwości złożenia przedmiotowego dokumentu, tym bardziej, że Zamawiający sam pierwotnie wymagał złożenia właśnie wydruku ze strony Microsoft WHCL, a tym samym sam uznawał, że jest to dokument odpowiedni dla potwierdzenia spełnienia przewidzianego wymogu dotyczącego zapewnienia poprawniej współpracy oferowanych modeli komputerów z zamawianymi systemami operacyjnymi. Nie jest wiadomym, na jakiej podstawie i z uwagi na jakie okoliczności i przesłanki Zamawiający dokonał tak radykalnej zmiany treści SIWZ, prowadzącej de facto do wyłączenia możliwości złożenia oferty na sprzęt renomowanych producentów posiadających certyfikat Microsoft WHCL.

W opinii Odwołującego działanie Zamawiającego nie tylko nie odpowiada zasadzie przejrzystości, ale także narusza zasadę proporcjonalności przewidzianą w art. 7 ust. 1 Pzp.

9

Wykluczenie możliwości potwierdzenia kompatybilności sprzętu z zamawianym oprogramowaniem za pomocą wydruku ze strony Microsoft WHCL nie znajduje żadnego uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego, ani nie znajduje oparcia w specyfice przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekuje dostawy stacji graficznych, których elementem są komputery mające poprawnie współpracować z zamawianymi systemami operacyjnymi. Producenci sprzętu, którzy dokonali certyfikacji przed dniem 16 maja 2017 r. zgodnie z polityką firmy Microsoft posiadają nadal obowiązujące potwierdzenie kompatybilności sprzętu z systemem operacyjnym Windows. Sprzęt ten odpowiada wymogom przewidzianym w treści SIWZ i nie jest dopuszczalnym, by wyłączyć możliwość jego dostawy poprzez wyłączenie możliwości potwierdzenia warunku kompatybilności posiadanymi i ważnymi wydrukami ze strony Microsoft WHCL.

W niniejszej sprawie działania Zamawiającego, które przyjęły postać wyłączenia możliwości potwierdzenia kompatybilności sprzętu za pomocą wydruku ze strony Microsoft WHCL, pozostają w sprzeczności z celami postępowania, naruszając w konsekwencji zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji. Wykonawcy dysponujący sprzętem spełniającym wymagania SIWZ i mogący potwierdzić jego kompatybilność z

zamawianymi systemami operacyjnymi zostają bezprawnie pozbawieni możliwości ubiegania się o realizację zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że działania Zamawiającego pozostają także w sprzeczności z art. 29 ust. 1 Pzp, na mocy którego Zamawiający obowiązany jest uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający poprzez dokonaną modyfikację nie uwzględnił okoliczności, że producenci sprzętu, którzy dokonali certyfikacji przed dniem 16 maja 2017 r. zgodnie z polityką firmy Microsoft posiadają nadal obowiązujące potwierdzenie kompatybilności sprzętu z systemem operacyjnym Windows.

Sprzęt względem którego dokonano certyfikacji odpowiada wymogom Zamawiającego, a tym samym powinna istnieć możliwość jego zaoferowania i potwierdzenia wymogu kompatybilności posiadanymi już certyfikatami. Zamawiający nie wprowadził żadnych czasowych ograniczeń, co do daty certyfikacji. Nie byłoby to w ogóle dopuszczalne, gdyż istotą wymogu jest potwierdzenie kompatybilności sprzętu, a nie data certyfikacji.

Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie uwzględnił przy tym okoliczności, że z informacji dotyczących programu WLPL wynika, że program jest kontynuowany przez 60 dni od daty publikacji z dnia 16 maja 2017 r. dotyczącej zamknięcia programu Windows Compatible logos, a Microsoft pracuje nad nową umową dotyczącą używania logo Windows. Z przedmiotowych informacji wynika, że program jest kontynuowany a niezbędne

10

oprogramowanie można pobrać ze strony <https://docs.microsoft.com/en-us/windows-hardware/test/hlk/windows-hardware-lab-kit>. Microsoft wyjaśnił, że aby zakwalifikować się do programu zgodności sprzętu z systemem Windows, produkt musi przejść pewne testy za pomocą oprogramowania (WHLK) Windows Hardware Lab Kit. Zestaw WHLK posiada instrukcję zbudowania odpowiedniego środowiska testowego, automatyzacji testów i sterowników oraz wytworzenie pakietu wymaganego do zgłoszenia w Programie zgodności z Windows.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że załączenie potwierdzenia przez Producenta sprzętu wydruku wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Hardware Lab Kit nie stanowi jeszcze podstawy do tego aby potwierdzić zgodność z systemem Windows. Microsoft dokonuje oceny przesłanego pakietu i po odpowiednim sprawdzeniu wystawia certyfikat.

Odwołujący podnosił, że pismem z dnia 18 października 2017 r. zwrócił Zamawiającemu uwagę na powyższe kwestie, co jednak pozostało bez żadnej reakcji ze strony Zamawiającego. Wskutek działań i zaniechań Zamawiającego doszło do sytuacji, w której Zamawiający będzie akceptował - jako dokument przedmiotowy mający potwierdzać zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego

- dokument, który de facto nie stanowi jeszcze potwierdzenia zgodności z systemem Windows, a jednocześnie wyeliminował możliwość złożenia wydruku ze strony Microsoft WHCL, który przedmiotową zgodność faktycznie potwierdza.

W tym stanie rzeczy, skoro Zamawiający akceptuje wydruk wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Hardware Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu (gdzie, jak wskazano wcześniej dla wystawiania certyfikatu niezbędna jest jeszcze wcześniejsza ocena przesłanego pakietu przez Microsoft), to tym bardziej powinien akceptować wydruk ze strony Microsoft WHCL potwierdzający certyfikację i potwierdzający kompatybilność sprzętu z systemem operacyjnym Windows.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w konsekwencji winien - dla zachowania zgodności stawianych wymogów dotyczących dokumentów przedmiotowych z art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp, co niezależnie od niniejszego odwołania może być przedmiotem ewentualnej kontroli UZP - co najmniej zmodyfikować dokonane doprecyzowanie w ten sposób, że zapis wprowadzony w dniu 13 października 2017 r. powinien zostać zastąpiony zapisem o treści: „Zamawiający doprecyzowuje, że oczekuje wydruku wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Hardware Lab Kit, potwierdzony przez Producenta

11

sprzętu (zgodnie z politykami Microsoft dla danej rodziny produktów), lub wydruku ze strony Microsoft WHCL, dla oferowanego modelu". Tylko w ten sposób Zamawiający może

przywrócić zgodność dokumentacji przetargowej z przepisami prawa, także w świetle art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Działania i zaniechania Zamawiającego stanowią w tej sprawie również naruszenie wyrażonej w tym przepisie zasady, zgodnie z którą zamawiający może żądać dokumentów lub oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Wskazany przez Zamawiającego wydruk wyniku nie jest dokumentem niezbędnym w tym znaczeniu, że potwierdzenie kompatybilności oferowanego sprzętu z zamawianymi systemami operacyjnymi może nastąpić za pomocą wydruku ze strony Microsoft WHCL.

Odwołujący stwierdził, że w postępowaniu doszło ponadto do naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp. Określenie, jaki dokument ma potwierdzać zgodność z wymogami Zamawiającego, pozostaje w nierozdzielalnym związku z opisem przedmiotu zamówienia. Dla potwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp wystarczające jest samo uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego sprzęt, którego kompatybilność z zamawianym systemem Windows jest potwierdzona wydrukiem ze strony Microsoft WHCL, nadaje się w pełni do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia i spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego. W konsekwencji sprzeczne z prawem jest wyłączenie możliwości złożenia oferty, której zgodność z wymaganiami Zamawiającego może być potwierdzona właśnie przedmiotowymi wydrukami. Ukształtowane przez Zamawiającego zapisy SIWZ utrudniają tym samym Odwołującemu możliwość złożenia prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy oferty.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 38 ust. 6 Pzp. Zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp zmiana treści SIWZ możliwa jest w uzasadnionych przypadkach. Skoro Zamawiający w dniu 13 października 2017 r. dokonał zmiany treści SIWZ, to tym samym, pozostając w zgodzie z art. 38 ust. 4 Pzp, nie może kwestionować istotności dokonanej zmiany. Istotność dokonanej zmiany przemawia z kolei za koniecznością przesunięcia terminu składania ofert. Przepis art. 38 ust. 6 Pzp stanowi o obowiązku, a nie uprawnieniu Zamawiającego. W każdej sytuacji, gdy zmiana treści SIWZ skutkuje - tak jak w niniejszej sprawie - koniecznością zapewnienia wykonawcom czasu niezbędnego na wprowadzenie zmian, zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert stanowi naruszenie art. 38 ust. 6 Pzp. Wskutek modyfikacji z dnia 13 października 2017 r. Zamawiający doprecyzował, że oczekuje wydruku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft - Windows Lab Kit. potwierdzonego przez Producenta sprzętu, dla oferowanego modelu. Jest to istotna zmiana wymagająca czasu niezbędnego dla zbadania oferowanego

12

modelu innym oprogramowaniem certyfikacyjnym i czasu niezbędnego dla uzyskania potwierdzenia producenta sprzętu. Pomimo istotności tej zmiany Zamawiający w dniu 13 października 2017 r. dokonując modyfikacji SIWZ zaniechał przedłużenia terminu składania ofert, co stawia w nierównej sytuacji w szczególności wykonawców, którzy mają potwierdzenie kompatybilności sprzętu wydrukami ze strony Microsoft WHCL, które z niezrozumiałych względów, niezgodnych z przepisami Pzp, zostały wyłączone przez Zamawiającego, jako dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność ofertowanego sprzętu z wymaganiami Zamawiającego. Zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert świadczy jednocześnie o kolejnym naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp.

W dniu 23 października 2017 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. I. Spółka z o. o. z siedzibą w B., 2. T.A. Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w N. (dalej: „Przystępujący” lub „Konsorcjum”).

W toku posiedzenia z udziałem stron i przystępującego Izba poinformowała, że do Izby w płynęły dwa pisma Odwołującego (pisma z dnia 20 i 24 października 2017 r.) oraz dwa pisma ze strony Zamawiającego, zawierające odpowiedź na odwołanie (oba pisma z dnia 31 października 2017 r.), w których Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia Stron a także Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się

uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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 niniejszej ustawy.

13

Izba zbadała odwołanie pod kątem występowania okoliczności opisanych w art. 189 ust. 2 Pzp i stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Izba nie podzieliła argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego i Przystępującego wskazując, że nawet jeśliby Izba uznała za spóźnioną grupę zarzutów odwołania, odnoszących się do zmiany SIWZ z dnia 13 października 2017 r. to bez wątplenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 6 Pzp został podniesiony w terminie. Dlatego też nie sposób uznać, że odwołanie, jako całość, podlega odrzuceniu jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Wobec tego, na podstawie art. 189 ust. 5 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie na jawnej rozprawie.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucali Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Według art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp).

Przepis art. 38 ust. 6 Pzp stanowi, 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

14

specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie. Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio.

Na początku Izba odniosła się do grupy zarzutów, związanych ze zmianami specyfikacji, dokonanych przez Zamawiającego w dniach w dniu 3 i 13 października 2017 r. Izba po przeanalizowaniu okoliczności faktycznych towarzyszących zgłoszonym zarzutom uznała zgłoszone zarzuty za spóźnione.

Izba ustaliła, że zarzuty odwołania odnoszą się do czynności Zamawiającego, polegającej na modyfikacji treści opisu przedmiotu zamówienia, w części warunki techniczne, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, zadanie 2, wiersz — Certyfikaty i serwis, tiret 3 — wymagane minimalne parametry techniczne. Zmiana SIWZ została dokonana przez Zamawiającego w dniu 3 października 2017 r. i polegała na zmianie dotychczasowego postanowienia :

„Oferowane modele komputerów muszą poprawnie współpracować z zamawianymi systemami operacyjnymi (jako potwierdzenie poprawnej współpracy załączyć wydruk ze strony Microsoft WHCL)”

na postanowienie o brzmieniu :

„Oferowane modele komputerów muszą poprawnie współpracować z zamawianymi systemami operacyjnymi (jako potwierdzenie wydruk wyniku działania z oprogramowania

certyfikacyjnego firmy Microsoft — Windows Hardware Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu”.

Następstwem powyższego było wprowadzenie przez Zamawiającego w Rozdziale V SIWZ, pkt 6, ppkt 6.2., zadanie 2, oraz w Rozdziale VII SIWZ, pkt 2.5.2., zadanie 2 - dodatkowo tabeli jako pkt 10, w której zawarł m.in. treść:

„Wydruk wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft — Windows Hardware Lab Kit, potwierdzony przez Producenta sprzętu”.

Izba stanęła na stanowisku, że kwestionowana przez Odwołującego czynność Zamawiającego, polegająca na zmianie SIWZ w zakresie wymagania, dotyczącego sposobu potwierdzenia zgodności z oferowanym systemem operacyjnym miała miejsce w dniu 3 października 2017 r. To właśnie za pomocą owej modyfikacji z dnia 3 października 2017 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ, w ten sposób, że zrezygnował z wydruku ze strony

15

Microsoft WHCL — na potwierdzenie poprawnej współpracy oferowanych modeli komputerów z zamawianymi systemami operacyjnymi – zastępując go wydrukiem wyniku działania z oprogramowania certyfikującego firmy Microsoft — Windows Hardware Lab Kit, potwierdzonego przez producenta sprzętu. Tym samym wyłączył możliwość potwierdzenia przez wykonawców ubiegających się o zamówienie, poprawnej współpracy za pomocą wydruk ze strony Microsoft WHCL.

Opisana zmiana specyfikacji została opublikowana w dniu 3 października 2017 r. na stronie internetowej Zamawiającego. Odwołujący nie kwestionował, iż nie mógł się z nią zapoznać w powyżej przywołanej dacie. Wobec tego wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia już w dniu 3 października 2017 r. posiadali wiedzę, że Zamawiający rezygnuje z wymogu przedstawiania wydruku ze strony Microsoft WHCL na potwierdzenie poprawnej współpracy oferowanych modeli komputerów z zamawianymi systemami operacyjnymi i wymaga złożenia/uzupełnienia wydruku wyniku działania z oprogramowania certyfikującego firmy Microsoft — Windows Hardware Lab Kit, potwierdzonego przez producenta sprzętu, przez wykonawcę najwyższej ocenionego. Podkreślenia wymaga, że powyższa modyfikacja specyfikacji została spowodowana zmianą polityki Microsoft w zakresie potwierdzania zgodności sprzętu z oferowanym systemem operacyjnym.

Natomiast zmiana SIWZ z dnia 13 października 2017 r., co zauważyła również Odwołujący, polegała jedynie na doprecyzowaniu treści zmiany, dokonanej w dniu 3 października 2017 r. Zamawiający, za pomocą powyższej zmiany uszczegółowił ww. postanowienie SIWZ, w ten sposób, że oczekuje wydruku wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft — Windows Lab Kit, potwierdzonego przez producenta sprzętu, dla oferowanego modelu (zgodnie z politykami Microsoft dla danej rodziny produktów). Zatem dookreślenie ww. treści specyfikacji polegało jedynie na dopisaniu części zdania: „zgodnie z politykami Microsoft dla danej rodziny produktów”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zmiana SIWZ z dnia 13 października 2017 r. polegała jedynie na uściśleniu treści omawianego wymogu, a zatem, w tym przypadku nie można mówić o tym, że prowadziła ona do zmiany wymogu w zakresie potwierdzania poprawnej współpracy oferowanych modeli komputerów z zamawianymi systemami operacyjnymi dokumentem wydruku wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft Windows Hardware Lab Kit. W ocenie Izby, kwestionowane przez Odwołującego postanowienie SIWZ w zakresie wymagania, dotyczącego potwierdzania zgodności oferowanego modelu komputera z oferowanym systemem operacyjnym wydrukiem

16

wyniku działania z oprogramowania certyfikacyjnego firmy Microsoft Windows Hardware Lab Kit zachowały swoje pierwotne, zasadnicze brzmienie nadane przez Zamawiającego w dniu 3 października 2017 r. W związku z tym, Odwołujący powinien był podnieść zarzuty w tym zakresie, uwzględniając okoliczności związane ze zmianą SIWZ, dokonaną w dniu 3 października 2017 r. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała skargę czynności Zamawiającego, opierających się na zmianie SIWZ z dnia 13 października 2017 r. za spóźnione. Wobec tego stwierdzić należy, że dowody złożone przez Odwołującego oraz Przystępującego w toku rozprawy, należy uznać za nieprzydatne, gdyż Izba nie rozpoznała merytorycznie ww. zarzutów zgłoszonych w odwołaniu.

W ocenie Izby nie może się ostać również zarzut naruszenia przez Zmawiającego art 38 ust. 6 Pzp, przez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert i wyznaczenia niezbędnego, dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, pomimo wprowadzenia istotnej modyfikacji treści SIWZ (zmiana z dnia 13 października 2017 r.).

Izba stwierdziła, że zmiana specyfikacji, dokonana przez Zmawiającego w dniu 13 października 2017 r. nie nosi znamion zmiany, opisanej w art. 38 ust. 6 Pzp, bowiem nie wymaga niezbędnego dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach. W ocenie Izby powołana zmiana SIWZ posiada raczej charakter wyjaśniający aniżeli stricte zmieniający, dlatego też - w ocenie Izby - nie wymagała przedłużenia terminu składania ofert. W związku z tym Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 38 ust. 6 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) i § 5 ust. 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).

..... 17