

Sygn. akt: KIO 273/20

WYROK

z dnia 25 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2020 r. przez wykonawcę SUNTAR

Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez Naukową

i Akademicką Sieć Komputerową - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz BCODERS S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 273/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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:

Sygn. akt: KIO 273/20

Zamawiający - Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut

Badawczy w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę mobilnych pracowni komputerowych (znak postępowania: ZZ.2111.518.2019.RST[OSE-B][OSE-D][OSE-S]).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 października 2019 r. pod numerem 2019/S 194 - 471003.

W dniu 10 lutego 2020 r. wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tamowie [dalej „Odwolujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie [dalej również jako „Konsorcjum ZSK”], GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., Konsorcjum WASKO S.A. - NTT Technology Sp. z o.o. pomimo, iż treść ofert wyżej wymienionych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia

a w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego

w postępowaniu;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej a w konsekwencji zaniechanie uznania oferty wykonawcy za odrzuconą;

4. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów, wskutek czego nie zweryfikowano spełniania przez ww. wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego wykonania jednej z dwóch dostaw, na którą powołał się Wykonawca nie wskazując jednak, jakie czynności faktyczne wykonywał Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. w Krakowie podczas realizacji dostawy, na jaką się powołuje w ramach doświadczenia w niniejszym postępowaniu, realizowanej przez wykonawcę konsorcjum firm Asseco Data Systems S.A., Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie, Asecco Poland S.A., Proximus S.A. do 13 lokalizacji;

5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i

BCODERS S.A. w Warszawie a zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, gdy tymczasem oferta wybrana podlegała odrzuceniu zaś najkorzystniejszą była oferta Odwołującego;

6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie;

2. wykluczenie z postępowania wykonawcy konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie i uznanie jego oferty za odrzuconą;

3. odrzucenie ofert wykonawców konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A., GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., Konsorcjum WASKO S.A. - NTT Technology Sp. z o.o.;

4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert i w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

ewentualnie, z ostrożności procesowej wniósł o:

5. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie do

złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, w postaci wykazu dostaw celem udowodnienia, jakie czynności faktyczne wykonywał Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie podczas realizacji dostawy, na jaką się powołuje w ramach doświadczenia w niniejszym postępowaniu, realizowanej przez wykonawcę konsorcjum firm Asseco Data Systems S.A., Zakład Systemów Komputerowych ZSK

Sp. z o.o. w Krakowie, Asecco Poland S.A., Proximus S.A. do 13 lokalizacji i dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż wbrew obowiązкови wynikającemu z przepisów PZP Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert wykonawców konsorcjum firm Zakład

Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie oraz wykonawców GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., Konsorcjum WASKO S.A. - NTT Technology Sp. z o.o., mimo, iż oferty te w sposób oczywisty nie odpowiadały treści SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż w Załączniku A do załącznika nr 1 do Tomu I SIWZ w zakresie parametru L.19 Parametry fizyczne dotyczącego komputera przenośnego Zamawiający postawił wymóg, zgodnie z którym oferowany komputer przenośny musi posiadać zawiasy ekranu umożliwiające jego odchylenie o 180 stopni.

Zaoferowany przez wykonawców: konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie oraz wykonawców GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., Konsorcjum WASKO S.A. - NTT Technology Sp. z o.o. komputer Dell Latitude 3400 nie spełnia tego wymagania.

Odwołujący uzasadniał, iż zawiasy ekranu tego komputera nie pozwalają na pełne jego odchylenie do 180 stopni. Odwołujący przetestował zaoferowany przez wyżej wskazanych wykonawców sprzęt a niespełnianie tego parametru jest widoczne gołym okiem. Wbrew twierdzeniom samego producenta, który oświadczył, że jego sprzęt spełnia ten parametr, pełne odchylenie do 180 stopni zawiasów ekranu nie jest możliwe w zaoferowanym notebooku Dell Latitude 3400. Oświadczenie producenta, jakie zostało załączone do niniejszego postępowania przez wykonawców nie może potwierdzać, że sprzęt spełnia powyższy parametr, skoro zakupione przez Odwołującego w oficjalnej, powszechnej dystrybucji produkty wyraźnie nie wykazują spełniania tego parametru i jest to widoczne dla każdego użytkownika gołym okiem. Jednocześnie oferty wykonawców nie zawierają żadnych informacji, jakoby oferowany produkt miałby być produktem dedykowanym, w którym producent z uwagi na wymagania niniejszego postępowania wprowadził odchylenie ekranu do 180 stopni. Tym samym uznać należy, że parametr ten nie jest spełniony a oferty wykonawców konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie oraz wykonawców GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., Konsorcjum WASKO S.A. - NTT Technology

Sp. z o.o. są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone, czego Zamawiający zaniechał dopuszczając się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający sformułował również w Tomie II: SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (SOPZ) w pkt. 4.4. wymagania, które stawia dla sprzętu, jaki ma zostać dostarczony w zakresie przewodu patchcord U/UTP kategorii 6a długości 1,5 m. Konstrukcja zapisu SIWZ jednoznacznie wskazuje, że przedmiotem zamówienia, w analizowanym zakresie jest patchcord o długości 1,5 m. Tymczasem z oferty wykonawcy konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie wynika wprost sprzeczność oferowanego przedmiotu z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ, skoro zaoferowany przewód patchcord U/UTP kategorii 6a długości 1,5 m posiada długość 2 metry.

Odwołujący wskazał, że takiego rozwiązania nie można uznać jako spełniającego minimalny parametr techniczny w zakresie długości przewodu. Wskazał, że konstrukcja SIWZ i brzmienie punktu 4.4., w którym wymagany element zamówienia został nazwany jako przewód patchcord U/UTP kategorii 6a długości 1,5m wyraźnie przesądza, że w analizowanym przypadku chodzi o konkretny rodzaj przewodu, który musi posiadać ściśle określoną długość a zatem długość nie stanowi w tym przypadku jedynie minimalnego parametru ale jest czynnikiem precyzującym określony, zidentyfikowany i opisany przez Zamawiającego rodzaj danego przewodu. Skoro zatem Zamawiający domagał się dostarczenia przewodów patchcord U/UTP kategorii 6a długości 1,5 m to nie można przyjąć, że przewód patchcord U/UTP kategorii 6a o długości 2 m spełnia wymagania Zamawiającego bowiem spełnia minimalny parametr w zakresie długości.

Jednocześnie wyjaśniając prawdopodobne przyczyny, dla których Zamawiający określił rodzaj

przewodów podając ich konkretną długość, wskazać należy, iż właśnie ta długość ma zasadnicze znaczenie bowiem patchcordy o tych długościach zostały optymalnie dobrane przez Zamawiającego do przedmiotowego postępowania na podstawie badań i prowadzonego dialogu technicznego. Zastosowanie w tej sytuacji dłuższego niż wymagany przewód utrudnia implementację rozwiązania oraz jego późniejszą obsługę, zatem nie może być uznane jako rozwiązanie równoważne lub lepsze.

Uzasadniając wskazane wyżej stanowisko Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, która w orzeczeniu z dnia 7 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1334/10 wskazała, że to z SIWZ czytanej jako całość wynika, czy dany parametr ma charakter minimalny, maksymalny czy sztywny.

W tym konkretnym przypadku - podobnie zresztą jak w przypadku wymagań z pkt 4.3. zawartego w Tomie II: SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (SOPZ) - wprost wyczytać można, że długość przewodu sztywno określa w tym wypadku rodzaj zamawianego komponentu, a zatem stanowi on konkretny, nie zaś minimalny parametr w zakresie długości wymaganych przez Zamawiającego przewodów patchcord.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał również w Tomie II SOPZ w pkt.

5.2. dostarczenia oprogramowania typu NetSupport School w polskiej wersji językowej w najnowszej dostępnej wersji oprogramowania lub oprogramowania równoważnego, spełniającego określone warunki.

Wykonawca, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego zaoferował oprogramowanie BCODERS WPN (wersja v1.4.10.2019), które zgodnie z treścią oferty konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie ma być rozwiązaniem równoważnym względem oprogramowania typu NetSupport School. Oprogramowanie to jednakże, wbrew twierdzeniom wykonawcy, nie zawiera funkcjonalności, których wymagał Zamawiający a zatem nie odpowiada treści SIWZ.

Nie zgodność oprogramowania z opisanymi w SIWZ z warunkami równoważności sprowadza się do tego, że w oprogramowaniu zaoferowanym przez wykonawcę:

1. Nie działa zdalne wyłączenie komputerów uczniowskich z poziomu aplikacji dla nauczyciela - po użyciu funkcji zdalnego wyłączenia podłączony komputer ucznia nie reaguje w żaden sposób.
2. Brak oceny koleżeńskiej - program nie posiada funkcji oceny koleżeńskiej. Twórcy tę funkcjonalność rozumieją w taki sposób, że nauczyciel może podejrzec odpowiedzi uczniów w czasie rzeczywistym oraz wedle uznania przyznawać nagrody wybranym uczniom. Nie ma to żadnego związku z wymaganą oceną koleżeńską, która polega na udostępnieniu wzajemnych odpowiedzi uczniom oraz umożliwieniu decydowania czy dana odpowiedź jest prawidłowa czy nie.
3. Część interfejsu użytkownika nie jest przetłumaczona na język polski, np. pojedyncze przyciski wyświetlają się w języku angielskim.
4. Nie działa funkcja zbierania plików - po umieszczeniu przez ucznia pliku w folderze wymiany pliku, plik widziany jest w programie nauczyciela, jednak nie działa funkcja pobierania - pobieranie trwa bez końca, a plik nigdy nie pojawia się w folderze nauczyciela i niemożliwe jest jego sprawdzenie.
5. Brak możliwości automatycznego umieszczania w pliku PDF wszystkich elementów związanych z omawianymi zagadnieniami, który posłuży każdemu z uczniów do powtórzenia materiału. W oferowanym programie możliwe jedynie jest wygenerowanie listy obecnych uczniów zawierającej:

- imię i nazwisko nauczyciela
- przedmiot zajęć
- opis przedmiotu zajęć
- imię i nazwisko ucznia
- wydruki ucznia
- informacja o przyznanej uczniowi nagrodzie.

Odwołujący podkreślał, że program zaoferowany przez wykonawcę zawiera wiele pojedynczych błędów, jak np. po odpowiedzi na pytanie niezależnie czy uczeń odpowie poprawnie czy nie, otrzymuje komunikat „Otrzymałeś 10 p u n któw!”. Wskazuje to również na fakt, iż oprogramowanie jest produktem, który nie spełni wymagań Zamawiającego a może mu przysporzyć wiele kłopotów technicznych.

Wszystkie wymienione wyżej braki w oprogramowaniu wprost przesądzają o niezgodności treści oferty z SIWZ. Stąd też jedynym rozwiązaniem podczas dokonywania oceny oferty przez Zamawiającego było jej odrzucenie nie zaś wybór jako najkorzystniejszej.

Zamawiający wymagał ponadto, by oprogramowanie, o którym mowa wyżej było rozwiązaniem istniejącym na rynku, wykorzystywanym w placówkach edukacyjnych.

Tymczasem jak wynika z informacji zdobytych w trybie dostępu do informacji publicznej oprogramowanie to nie jest rozwiązaniem powszechnie używanym przez szkoły. Wprawdzie wykonawca załączył na wezwanie wykaz szkół, w których to oprogramowanie jest używane, niemniej jednak Zamawiający nie zweryfikował prawdziwości tychże twierdzeń, chociażby poprzez zwrócenie się w trybie dostępu do informacji publicznej do tychże szkół o wskazanie czy rzeczywiście wymienione w piśmie wykonawcy placówki edukacyjne używają tego oprogramowania i czy oprogramowanie to było przez Szkoły używane w czasie składania przez wykonawcę oferty bo to przecież na ten moment musiała zostać dokonana ocena zgodności oferty z SIWZ.

Z informacji uzyskanych przez wykonawcę wynika natomiast, że oprogramowanie to nie jest powszechnie używane w szkołach a co więcej na etapie składania ofert szkoły nie dysponowały tym oprogramowaniem.

Zamawiający dokonał tym samym naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na przedstawienie przez niego informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Wprawdzie wezwał wykonawcę do wykazania, że program jest używany w placówkach edukacyjnych, jednak po uzyskaniu odpowiedzi i wykazu kilku placówek nie zweryfikował prawdziwości zawartych w niej twierdzeń, mimo istnienia w tym zakresie wątpliwości, jakie powinny zrodzić się w związku z faktem, że wszystkie szkoły, które miałyby korzystać z zaoferowanego programu są szkołami z jednego miasta w Polsce. Sam ten fakt nie dyskredytuje automatycznie oferty, niemniej jednak rodzi wątpliwości co do tego, czy oprogramowanie na datę składania ofert było rozwiązaniem istniejącym na rynku a jednocześnie wykorzystywanym we wskazanych placówkach edukacyjnych. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego program ten został stworzony na potrzeby niniejszego postępowania a tym samym na datę składania ofert nie spełniał warunku istnienia na rynku i użytkowania go w placówkach szkolnych.

W końcu Odwołujący podniósł, że wykonawca Konsorcjum ZSK nie wykazał wymaganego doświadczenia, skoro z żadnych dokumentów nie wynika, by to właśnie Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. realizowała wskazane dostawy. Wykonawca Konsorcjum ZSK załączył dokumenty, z których wynika, iż wykonał między innymi dostawę dla 13 lokalizacji w ramach zamówienia, którą realizował w konsorcjum Asseco Data Systems S.A., Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., Asseco Poland S.A., Proximus S.A. Odwołujący wywiódł ww. wniosek z tez zawartych w wyroku TSUE z 4 maja 2017 r. sygn. C-387/14. Odwołujący wskazał, że z wyroku Trybunału Sprawiedliwości płyną niezwykle istotne wnioski konieczne do uwzględnienia w niniejszej sprawie. Sprowadzają się one do twierdzenia, że doświadczenie konsorcjanta nie powinno być traktowane jako doświadczenie całego konsorcjum bowiem doświadczenie konsorcjanta to wyłącznie zakres faktycznie zrealizowanych przez niego prac. Zatem jeżeli pojedynczy członek konsorcjum chciałby powołać się na doświadczenie całego konsorcjum w nowym postępowaniu to powinien skorzystać ze „wsparcia” pozostałych jego członków w trybie art. 22a ustawy Pzp.

To orzeczenie przyczyniło się do zmiany oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum przez poszczególnych konsorcjantów. Dotychczasowe orzecznictwo przyjmowało bowiem, iż sam udział w konsorcjum wiązał się z nabyciem doświadczenia w realizacji całego zamówienia dla którego utworzono konsorcjum. Jak wskazują jednak orzeczenia KIO, w postępowaniach zakończonych po wydaniu wyroku TSUE, aktualnie należy z dużą ostrożnością podchodzić do posługiwania się doświadczeniem zdobytym przez konsorcjum. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO 925/17, 933/17.

Odwołujący uzasadniał, że oceniając dokumenty przedstawione przez wykonawcę konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie w zakresie wykazu zrealizowanych dostaw, mających potwierdzać zdolności techniczne i zawodowe wykonawcy, Zamawiający nie mógł poprzestać na informacjach zawartych w tychże dokumentach, dotyczących wykazania doświadczenia poprzez realizację dostaw ale w ramach konsorcjum firm Asseco Data Systems S.A., Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. w Krakowie, Asseco Poland S.A., Proximus S.A. Wykonawca powinien wykazać, że to on w ramach konsorcjum odpowiadał za dostawy, na które powołuje się w niniejszym postępowaniu.

Tego jednak wykonawca nie uczynił a Zamawiający nie wezwał go do wykazania realnie wykonanych przez Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. w Krakowie dostaw w ramach realizacji zamówienia do 13 lokalizacji, naruszając tym samym art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jak również nie uznał za stosowne wezwać wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp czym naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem w wielu orzeczeniach, również najnowszych jak wyrok z dnia 27 listopada 2019 r. KIO 2285/19 Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała, że wezwanie wykonawcy do złożenia dokumentów lub wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego, który powinien wystosować takie wezwanie w każdym przypadku, gdy ziszczą się przesłanki wskazane w cytowanym przepisie.

Tym samym Zamawiający nie miał podstaw tak faktycznych jak i prawnych, by przyjąć, że wykonawca konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie, stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest wykonawcą, który spełnia określone przez Zamawiającego w pkt V SIWZ warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej a tym samym - skoro wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu - Zamawiający był zobowiązany wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp tegoż Wykonawcę a w konsekwencji uznać jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Tych czynności jednakże Zamawiający nie wykonał, naruszając ponownie przepisy ustawy Pzp.

Odwolujący wskazał, iż ww. naruszenia miały oczywisty wpływ na wynik postępowania i stanowią w równie oczywisty sposób nierówne traktowanie stron postępowania w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez Zamawiającego. Wszystkie te czynności i zaniechania doprowadziły do tego, że oferta Odwołującego mimo, że jako najkorzystniejsza winna w oparciu o art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zostać wybrana

w postępowaniu, to działania i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiły ten wybór a docelowo mogą doprowadzić do sytuacji, w której z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienie zostanie udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 lutego 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed KIO.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w zakresie zarzutu dotyczącego zawiadów ekranu laptopa Dell Latitude 3400 wskazał, że brak informacji co do miejsca, daty, egzemplarza stanowiącego podstawę do przeprowadzonego przez Odwołującego „testu” uniemożliwia podjęcie rzeczowej polemiki w ww. kwestii. Zważyć bowiem należy, że nie wykluczone, że egzemplarz przyjęty do testu był wadliwy lub uszkodzony, czy też środowisko testowe było nieodpowiednie dla przeprowadzenia rzetelnego badania. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego fakt przeprowadzenia testu przez podmiot niezależny. Zamawiający wskazał, że w dniu 23 grudnia 2019 r. wezwał wykonawców: Konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych

ZSK Sp. z o.o. i BCODERS S.A. oraz wykonawców GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE sp. z o.o., Integrated Solutions sp. z o.o., Konsorcjum WASKO S.A. - NTT Technology

Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących kąta nachylenia ekranu komputera wskazanego w ofercie. Każdy z powyżej wymienionych wykonawców wyraźnie potwierdził spełnianie przez zaoferowany sprzęt wymogu możliwości odchylenia ekranu przedstawiając dowody, m. in. w postaci zdjęć komputera wyraźnie obrazujących fakt spełniania przez sprzęt wymogów SIWZ. Złożone przez wykonawców wyjaśnienia w sposób jednoznaczny potwierdzały zgodność zaoferowanego sprzętu z oczekiwaniami Zamawiającego wyartykułowanymi w SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w zakresie własnym zweryfikował przedstawione przez wykonawców wyjaśnienia w zakresie spełnienia przez komputer Dell Latitude 3400 wymogów określonych w SIWZ, uzyskując wyraźne poświadczenie producenta komputera firmy Dell wyrażone w piśmie z dnia 27 grudnia 2019 r., zapewniające o spełnianiu wymogu przez zaoferowany przez wykonawców sprzęt.

W przedmiocie niezgodności zaoferowanego przez Konsorcjum ZSK patchcordu U/UTP kat. 6A, 1,5 m z wymogami SIWZ Zamawiający podniósł, że argumentacja przywołana w treści odwołania nie znajduje odzwierciedlenia w okolicznościach stanu faktycznego sprawy oraz wykazuje, że dokonana przez Odwołującego analiza SIWZ była pobieżna, co skutkowało wywiedzeniem z niej nieracjonalnych wniosków. Zamawiający w treści SIWZ, cytowanej przez Odwołującego na str. 7 odwołania, wyraźnie określił, iż wymagania w stosunku do przewodu patchcord mają charakter wymagań minimalnych. Kolumna C tabeli, przywołanej przez Odwołującego w treści odwołania, wyraźnie bowiem precyzuje, iż zostały w niej wyrażone „minimalne wartości wymagane przez Zamawiającego”. Uzasadniał, iż tego rodzaju sformułowanie ujęte w SIWZ, wyraźnie rozstrzyga, iż przedstawienie przez wykonawcę przewodu o długości 2 m nie może przesądzać o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Na marginesie rozważań, Zamawiający wskazał na fakt, iż przedstawienie przez wykonawcę przewodu o długości 0,5 m dłuższej niż minimalna nie wpływa na funkcjonalność tudzież jakiegokolwiek parametry przesyłowe przewodu. Wyjaśnienia wymaga również fakt, iż przywoływany przewód umożliwia połączenie urządzenia AP z zasilaczem POE w szafie. W zależności od tego jaką szafę (o jakich parametrach) zaoferowałby wykonawca, w jaki sposób rozmieściłby urządzenia w szafie - patchcord 1,5 m mógłby być niewystarczający, w związku z czym parametr długości określono jako minimum. Upatrywanie zatem podstaw niezgodności oferty z treścią SIWZ w przedstawieniu przez wykonawcę przewodu o długości 0,5 m dłuższej niż minimalna jest pozbawione racjonalnych, a przede wszystkim wynikających z SIWZ podstaw. Tym samym zatem Zamawiający stoi na stanowisku, iż wskazany zarzut nie znajduje uzasadnienia.

Odnosząc się natomiast do przywoływanej argumentacji Odwołującego w zakresie konieczności całościowego oraz funkcjonalnego odczytania SIWZ uzasadniającego zastosowanie przewodu o długości 1,5 m nie sposób stwierdzić aby Odwołujący przedstawił jakiegokolwiek dowody tudzież konkretne sformułowania wynikające ze specyfikacji, uprawniające do wysnuwania wniosku o sztywnym określeniu przez Zamawiającego długości przewodu patchcord. Zamawiający dodał, że przyjmując zasadność argumentacji Odwołującego w niniejszym postępowaniu Zamawiający byłby zobligowany do odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował np. 4 letni okres gwarancji (p.2.7).

W zakresie zarzutu dotyczącego funkcjonalności oprogramowania BCODES WPN Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedstawił wystarczających argumentów oraz nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na rzeczywisty brak funkcjonalności oprogramowania oferowanego przez Przystępującego (np. poprzez przedstawienie zrzutów ekranu potwierdzających braki funkcjonalności lub błędy). W treści zarzutów odwołania Odwołujący nie wskazał również, w ramach której wersji analizowanego oprogramowania testował opisywane funkcjonalności, a także w jakim środowisku testowym, ani też nie przedstawił informacji czy testując oprogramowanie korzystał z darmowej wersji próbnej udostępnianej stronie producenta. Potencjalne skorzystanie z wersji programu udostępnianej darmowo na stronie producenta, nie może bowiem stanowić o braku posiadania przez program wszelkich funkcjonalności udostępnianych jedynie w ramach próbki produktu. Tym samym zatem Zamawiający, opierając się na treści zarzutów prezentowanych w ramach odwołania nie jest uprawniony do uwzględnienia argumentów odwołującego opartych jedynie o przedstawione w treści odwołania twierdzenia. Stosowanie bowiem najbardziej dotkliwej dla wykonawcy sankcji, w postaci odrzucenia oferty, jedynie na podstawie przedstawionych przez odwołującego twierdzeń, w ocenie Zamawiającego stanowiłoby działanie zbyt daleko idące. Zamawiający zwracał uwagę, że okoliczności podnoszone przez Odwołującego zidentyfikowane na etapie realizacji umowy nie będą powodować konieczności zakupu rozwiązania, które nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego. Dostawa programowania, które nie będzie posiadało wszystkich funkcjonalności stanowi przesłankę do odmowy odbioru dostawy oraz podstawę do naliczenia wykonawcy kary umownej, a także żądania odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych vide: np. § 7 ust. 1, 3, 4 Wzoru umowy.

Odnosząc się do zarzutu, że Zamawiający nie dokonał weryfikacji ww. kwestii na etapie oceny ofert, wskazania wymaga, że SIWZ nie przewiduje oceny próbki oprogramowania, a ocena Zamawiającego - zgodnie z zasadą pisemności - oparta jest na oświadczeniach wykonawcy oraz dołączonych do oferty dokumentach. Szczegółowa weryfikacja oferty Przystępującego prowadziłaby do obejścia określonych pierwotnie wymagań i de facto stanowiłaby zmianę postanowień SIWZ po dacie składania ofert, co jest działaniem niedozwolonym na gruncie zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu, że Zamawiający nie dokonał weryfikacji czy ww. oprogramowanie jest wykorzystywane w placówkach publicznych Zamawiający przedkłada w załączeniu zapytania oraz odpowiedzi ze szkół, w których zgodnie z deklaracją Przystępującego wykorzystywane jest oprogramowanie. Przedłożone dowody w sposób jednoznaczny potwierdzają, że analizowany zarzut odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący odnosi się do „informacji zdobytych w trybie dostępu do informacji publicznej” - niemniej jednak w odwołaniu nie zostało wskazane jaka treść zapytania została skierowana, jaką odpowiedź i od jakiego podmiotu otrzymał Odwołujący, a także w jakiej dacie zostało skierowane ww. zapytanie. Brak wskazania konkretnych okoliczności sprawy uniemożliwia podjęcie rzeczowej polemiki z Odwołującym, a także przedstawienie dowodów, które w sposób skuteczny zanegowały (lub potwierdziły) zarzuty odwołania.

Odwołujący wskazuje również, że na gruncie SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby oprogramowanie było „powszechnie” używane przez szkoły. W dniu 29 października 2019 r. dokonał zmiany SIWZ, w ramach której Zamawiający zrezygnował z konieczności wykazania powszechności wykorzystywania oprogramowania oferowanego przez wykonawców. Na szczególną uwagę zasługuje również fakt, iż Zamawiający, dokonując zmiany w treści SIWZ nie określił minimalnej liczby placówek edukacyjnych wykorzystujących oprogramowanie określone w ofercie wykonawcy - vide: zmiana nr 16 SIWZ.

Zamawiający wskazał również, iż wzywał wykonawcę Konsorcjum ZSK pismem z 3 i 8 stycznia 2020 r. w zakresie oferowanego oprogramowania oraz że przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia czyniły zadość oczekiwaniom Zamawiającego, a dalsze badanie oferty ww. zakresie było bezcelowe.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż dodatkowo zwrócił się do placówek wskazanych przez Przystępującego z prośbą o potwierdzenie informacji otrzymanych od Przystępującego

otrzymane odpowiedzi potwierdziły prawdziwość twierdzeń Przystępującego (vide: załączniki do niniejszej odpowiedzi na odwołanie).

W przedmiocie zarzutu odwołania zmierzającego do wykazania braku spełnienia przez wykonawcę Konsorcjum ZSK warunku udziału w postępowaniu Zamawiający podał, iż w toku postępowania Zamawiający uzyskał dodatkowe informacje świadczące o fakcie rzeczywistej realizacji przez Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. zadań wskazanych w ramach kwestionowanej przez Odwołującego dostawy. Do chwili obecnej, PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna nie przesłała jednak pisemnej odpowiedzi na pytanie sformułowane przez Zamawiającego, tym niemniej w ocenie Zamawiającego z uwagi na fakt posiadania ww. wiedzy kierowanie do Przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień byłoby działaniem nadmiarowym, stojącym w sprzeczności z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał stanowisko prezentowane w ramach wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2017 r.: w którym Izba stwierdziła, że „Jak wynika z orzecznictwa, już samo czynne uczestnictwo w przedsięwzięciu realizowanym przez grupę wykonawców, pozwala danemu podmiotowi nabyć niezbędne doświadczenie w zakresie realizacji inwestycji.” Przy ocenie możliwości posłużenia się doświadczeniem nabytym w ramach konsorcjum należy również brać pod uwagę specyfikę zamówienia polegającego na dokonaniu dostaw sprzętu komputerowego. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że zarzut odwołania opiera się jedynie o wyrok trybunału C-387/14 - Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności czy też dowodów, które mogłyby chociażby pośrednio sugerować, że Przystępujący nie brał udziału w realizacji powoływanego zamówienia w sposób czynny i nie nabył doświadczenia w zakresie wskazanym w wykazie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 11 lutego 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz BCODERS S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 14 lutego 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz ze zmianami i wyjaśnieniami, oferty wykonawców: Konsorcjum ZSK, GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., Konsorcjum WASKO S.A. - NTT Technology Sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami i złożonymi dokumentami, pisma

Zamawiającego skierowane do producenta DELL Sp. z o.o. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 lutego 2020 r.

Nadto skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. świadectwo pomiaru wystawione przez „METROTEST” Sp. z o.o. Laboratorium Pomiarowe w Elblągu z dnia 3 lutego 2020 r.;
2. analizę funkcjonalności oprogramowania BCODERS WPN v11.4.10.2019 w odniesieniu do wymagań SIWZ;

3. instrukcję użytkownika oprogramowania BCODERS v.19.11.17;
4. korespondencję elektroniczną ze Szkoła Podstawową z Oddziałami Integracyjnymi nr 6 w Siedlcach z dnia 10 i 14 lutego 2020 r.;
5. certyfikat akredytacji laboratorium wzorcującego „METROTEST” Sp. z o.o. Laboratorium Pomiarowe w Elblągu;
6. zrzut z ekranu dotyczący oprogramowania BCODERS.

Izba zaliczyła również do materiału sprawy dowody złożone przez Zamawiającego, tj.:

1. wyciąg z instrukcji użytkownika oprogramowania BCODERS v.11.4.10.2019;
2. wnioski o udzielenie informacji z dnia 18 lutego 2020 r. skierowane do Uniwersytetu Przyrodniczo - Humanistycznego w Siedlcach, Szkoły Podstawowej z Oddziałami Integracyjnymi nr 6 w Siedlcach oraz Centrum Kształcenia Zawodowego w Siedlcach;
3. wiadomości elektroniczne z dnia 20 lutego 2020 r. Szkoły Podstawowej z Oddziałami Integracyjnymi nr 6 w Siedlcach oraz Centrum Kształcenia Zawodowego w Siedlcach, stanowiące odpowiedź na wniosek Zamawiającego, o którym mowa w punkcie 2 powyżej.

Izba zaliczyła także do materiału sprawy dowody złożone przez Przystępującego, tj.:

1. oświadczenie producenta laptopów, tj. Dell Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 20 lutego 2020 r.;
2. Dell Latitude 3400 Service Manual - wyciąg z podręcznika użytkownika;
3. oświadczenie BCODERS S.A. z dnia 19 lutego 2020 r.;
4. wyciąg z instrukcji użytkownika oprogramowania BCODERS v.11.4.10.x;
5. prezentację funkcjonalności zawartych w pełnej wersji oprogramowania BCODERS WPN v.11.4.10.2019 zakwestionowanych przez Odwołującego;
6. oświadczenie kierownika projektu z dnia 21 lutego 2020 r. w ramach umowy realizowanej przez wykonawców Asseco Data Systems S.A., Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., Asseco S.A. oraz PROXIMUS S.A. na rzecz PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.;
7. wyciąg z umowy konsorcjum z dnia 4 lipca 2016 r. wraz z aneksem z dnia 8 lutego 2017 r.;
8. protokół zdawczo - odbiorczy z dnia 19 listopada 2018 r.;
9. dokumentacja fotograficzna Dell Latitude 3400 wraz z pendrivem, na którym widoczne jest zbliżenie numeru seryjnego laptopa oraz poziomicą, która ma potwierdzać kąt 180 stopni;
10. listy referencyjne udzielone BCODERS S.A.;
11. dwie faktury VAT.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa Mobilnych Pracowni Komputerowych” (MPK).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określał Tom II SIWZ, tj. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zwany w dalszej części „SOPZ”.

Przedmiotem zamówienia podstawowego jest dostawa 764 szt. Mobilnych Pracowni Komputerowych” (MPK). Zestaw MPK składa się z:

- komputerów przenośnych typu laptop z zainstalowanym systemem operacyjnym oraz zainstalowanym oprogramowaniem do zarządzania pracownią w edukacji i szkoleniach - 16 szt. (Urządzenia).

- Urządzenia AP (access point) model Huawei AP4050DN wraz z zasilaczem PoE Injector: Huawei POE35-54A (Urządzenie AP zapewniane jest przez Zamawiającego, zgodnie z postanowieniami umowy) - 1 kpl.
- szafka służącej do bezpiecznego przechowywania i przewożenia ww. laptopów oraz urządzenia AP, wyposażonej w infrastrukturę umożliwiającą ładowanie baterii w laptopach - 1 szt.
- przewodów patchcord łączących urządzenie AP z zasilaczem PoE oraz zasilacz PoE z gniazdem sieci Ethernet w miejscu instalacji MPK.

W punkcie 2.1. SOPZ Zamawiający wskazał, że wymaga aby dostawa, instalacja i uruchomienie Urządzeń oraz Oprogramowania, o którym mowa w pkt 1.2. nastąpiła w terminach określonych w tabeli, przy czym w punkcie 5 i 6 tabeli sprecyzował, że przedmiotem dostawy są odpowiednio: przewód patchcord U/UTP, kategorii 6a, RJ45, długości 3 m oraz przewód patchcord U/UTP, kategorii 6a, RJ45, długości 1,5 m.

Zgodnie z punktem 4 SOPZ, o ile nie zaznaczono inaczej, wszelkie zapisy SOPZ zawierające parametry techniczne należy odczytywać jako parametry minimalne.

W punkcie 4.1. SOPZ Zamawiający określił zestawienie minimalnych i/lub maksymalnych wymagań technicznych dla urządzeń przenośnych typu laptop wskazując w punkcie L.19, że wymaga, by komputer posiadał zawiasy ekranu umożliwiające jego odchylenie o 180°.

W punkcie 4.3 SOPZ Zamawiający określił zestawienie minimalnych i/lub maksymalnych wymagań technicznych dla przewodu patchcord U/UTP kategorii 6a długości 3 m.

W punkcie 4.4 SOPZ Zamawiający zawarł zestawienie minimalnych i/lub maksymalnych wymagań technicznych dla przewodu patchcord U/UTP kategorii 6a długości 1,5 m:

Patchcord U/UTP kat.6A, 1,5m		
L.P.	Nazwa parametru	Minimalne wartości wymagane przez Zamawiającego
[A]	[B]	[C]
P2.1	Zastosowanie	Przewód służący do połączenia zasilacza PoE z urządzeniem AP
P2.2	Typ przewodu	a. Skrętka 4x2 U/UTP b. Żyły wielodrutowe (tzw. linka) c. Rozmiar żyły: między 22 AWG a 26 AWG d. Spełniający wymagania standardu PoE+
P2.3	Zakończenia kablów	a. Wtyki 8P8C po obu stronach przewodu b. Osłony wtyków zalewane fabrycznie c. Typ połączenia: prosty (wg. standardu T568A lub T568B) d. Wytrzymałość mechaniczna: min. 750 cykli wpięcia
P2.4	Kategoria prędkości transmisji	Minimum kategoria 6A - wg standardu EIA/TIA-568-C.2 lub równoważnego (EN 50173; ISO/IEC 11801 2nd edition)
P2.5	Standard wykonania	Całość patchcordu wykonana zgodnie z co najmniej jednym standardem: a. EIA/TIA-568-C.2 kategoria 6A b. EN 50173 kategoria 6A / klasa EA c. ISO/IEC 11801 2nd edition, kategoria 6A / klasa EA
P2.6	Długość	1,5 m

P2.7	Gwarancja	3 lata od daty dostawy. Gwarancją mają być objęte parametry elektryczne i mechaniczne. Warunki świadczenia serwisu gwarancyjnego określa wzór umowy.
------	-----------	--

W punkcie 5.2 SOPZ Zamawiający wymagał dostarczenia oprogramowania typu NetSupport School w polskiej wersji językowej w najnowszej dostępnej wersji oprogramowania lub równoważne, spełniające łącznie poniższe warunki:

1. Możliwość instalacji, uruchomienia i pracy na systemie operacyjnym dostarczonym w ramach niniejszego zamówienia. Nie jest dopuszczalne uruchamianie oprogramowania poprzez mechanizm wirtualizacji.

2. Oprogramowanie musi być rozwiązaniem istniejącym na rynku, wykorzystywanym w placówkach edukacyjnych.

3. Oprogramowanie musi posiadać interfejs użytkownika oraz menu pomocy w języku polskim.

4. Posiadające niżej wymienione funkcje zarządzania pracownią komputerową w edukacji i szkoleniach:

- Włączanie i wyłączanie komputerów w klasie z komputera nauczyciela (pkt 4.1.1.1),
- Przydzielanie i automatyczne odbieranie plików z danymi każdego ucznia (pkt 4.1.5.4),
- Ocena koleżeńska - możliwość zachęcenia uczniów do oceniania odpowiedzi innych uczniów. Możliwość zaznaczania czy dana odpowiedź jest poprawna czy nie z wyświetlaniem wyników na ekranie nauczyciela (pkt 4.4.3.4),
- Możliwość automatycznego umieszczania w pliku PDF wszystkich elementów związanych z omawianymi zagadnieniami, który posłuży każdemu z uczniów do powtórzenia materiału. Plik może zawierać w szczególności (pkt 4.6.1):
- Temat zajęć i informacje szczegółowe.
- Notatki nauczyciela.
- Notatki ucznia.
- Zrzuty ekranu z prezentacji (oraz pomocne wyjaśnienia).
- Ekrany wirtualnej tablicy.
- Wyniki testów ucznia.
- Adresy stron internetowych użytych w trakcie zajęć.
- Zapis czatów.
- Dodawanie rozdziałów i zakładek.
- Synchronizacja brakującej treści dla nieobecnych uczniów.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 1 ppkt 3 Tomu I SIWZ, o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, należycie, co najmniej: dwie dostawy obejmujące swym zakresem dostawę sprzętu komputerowego (komputery przenośne lub komputery stacjonarne) o wartości co najmniej 3 mln zł brutto każda. Każda dostawa sprzętu komputerowego obejmowała co najmniej 10 oddziałów w różnych lokalizacjach adresowych.

W przypadku, gdy w ramach realizacji wskazanej przez wykonawcę dostawy, poza zakresem wymaganym przez Zamawiającego, były wykonywane również inne świadczenia, wykazana musi zostać wartość dotycząca tej części dostawy, która obejmowała zakresem dostawy, o których mowa powyżej. Zamawiający nie dopuszczał sumowania wartości dostaw dla potwierdzenia spełniania w/w warunku udziału w postępowaniu.

Konsorcjum ZSK w zakresie komputerów przenośnych zaoferowało urządzenie producenta DELL Latitude 3400, jednocześnie oświadczając, iż zawiasy ekranu umożliwiają jego odchylenie o 180⁰ (L.19 załącznika A do załącznika nr 1 do Tomu I SIWZ). Ponadto

ww. wykonawca zaoferował oprogramowanie do zarządzania pracownią komputerową i szkoleniami BCODERS WPN wersja v11.4.10.2019, polska wersja językowa. Ww. oprogramowanie stanowiło rozwiązanie równoważne do oprogramowania NetSupport

School. Nadto ww. wykonawca zaoferował patchcord U/UTP kat. 6A producenta ASSMANN Electronic GmbH marka Digitus, długości 2 m.

Komputery Dell Latitude 3400 zaoferowali także wykonawcy GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Konsorcjum WASKO S.A. - NTT Technology Sp. z o.o.

Pismem z dnia 23 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum ZSK, wykonawców GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Konsorcjum WASKO S.A. - NTT Technology Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących kąta nachylenia ekranu komputera wskazanego w ofercie. Każdy z powyżej wymienionych wykonawców potwierdził spełnianie przez zaoferowany sprzęt wymogu możliwości odchylenia ekranu przedstawiając dowody, m. in. w postaci zdjęć komputera obrazujących spełnianie przez sprzęt wymogów SIWZ.

Ponadto wykonawca Konsorcjum ZSK na potwierdzenie spełnienia przez zaoferowany komputer ww. wymogu załączył oświadczenie producenta laptopów z dnia 27 grudnia 2019 r.

Ponadto w dniu 23 grudnia 2019 r. Zamawiający wystąpił do producenta laptopów Dell Sp. z o.o. z wnioskiem o udzielenie informacji, czy komputer przenośny Dell Latitude 3400 posiada zawiasy ekranu umożliwiające jego odchylenie o 180⁰.

Pismem z dnia 27 grudnia 2019 r. Dell Sp. z o.o. potwierdził, że ww. komputer posiada zawiasy ekranu umożliwiające jego odchylenie o 180⁰.

W dniu 3 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Konsorcjum ZSK na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty, czy zaoferowane przez wykonawcę oprogramowanie do zarządzania pracownią komputerową i szkoleniami BCODERS WPN (wersja v.11.4.10.2019, polska wersja językowa) jest rozwiązaniem istniejącym na rynku, wykorzystywanym w placówkach edukacyjnych.

Pismem z dnia 8 stycznia 2020 r. Konsorcjum ZSK wyjaśniało, iż zaoferowane rozwiązanie jest rozwiązaniem istniejącym na rynku i wykorzystywanym w placówkach edukacyjnych. Jednocześnie wykonawca przedstawił oświadczenie producenta oprogramowania BCODERS z 7 stycznia 2020 r., w którym wykonawca oświadczył, iż oprogramowanie BCODERS WPN (wersja v11.4.10.2019), jest rozwiązaniem istniejącym na rynku i wykorzystywanym w placówkach edukacyjnych. Wskazał również, że publicznie dostępne informacje dotyczące produktów znajdują się pod adresem

W dniu 8 stycznia 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum ZSK o wskazanie co najmniej dwóch placówek edukacyjnych, w których wykorzystywane jest zaoferowane oprogramowanie do zarządzania pracownią komputerową i szkoleniami BCODERS WPN (wersja v11.4.10.2019, polska wersja językowa).

W piśmie z dnia 13 stycznia 2020 r. wykonawca Konsorcjum ZSK wyjaśnił, że zaoferowane oprogramowanie jest wykorzystywane w placówkach edukacyjnych, załączając oświadczenie producenta oprogramowania zawierające wykaz czterech placówek, tj.

- 1) Społeczna Szkoła Podstawowa Społecznego Towarzystwa Oświatowego w Siedlcach,
- 2) Centrum Kształcenia Zawodowego w Siedlcach, 3) Szkoła Podstawowa z Oddziałami Integracyjnymi nr 6 im. Władysława Broniewskiego w Siedlcach oraz 4) Uniwersytet Przyrodniczo - Humanistyczny w Siedlcach, Instytut Informatyki Wydziału Nauk Ścisłych i Przyrodniczych.

Wykonawca Konsorcjum ZSK, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 13 stycznia 2020 r., złożył m.in. wykaz dostaw zawierający dwie dostawy, w tym jedną wykonaną przez konsorcjum firm: Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., Asseco Data Systems S.A., Asseco S.A. oraz PROXIMUS

S.A. na rzecz PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Przedmiotem dostawy był sprzęt komputerowy z 48 miesięcznym okresem serwisu do 13 lokalizacji Zamawiającego o wartości brutto 5 263 098,66 zł. Ponadto wykonawca Konsorcjum ZSK złożył potwierdzenie wykonania ww. prac z dnia 2 października 2018 r.

Pismem z dnia 24 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 4

ustawy Pzp Konsorcjum ZSK do złożenia wyjaśnień, jaką wartość dostawy sprzętu komputerowego ze wskazanej kwoty 5 263 098,66 zł brutto stanowiły komputery stacjonarne 759 szt. oraz notebooki 204 szt.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Konsorcjum ZSK wyjaśnił, iż sumaryczna wartość sprzętu komputerowego w zakresie 759 sztuk komputerów stacjonarnych oraz 204 sztuk notebooków wynosiła 3 411 434,00 zł netto/ 4 196 063,82 zł brutto.

W dniu 29 stycznia 2020 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz BCODERS S.A. z siedzibą w Warszawie. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego z 98,32 pkt. Oferta wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. znalazła się na miejscu piątym rankingu, wykonawcy GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE Sp. z o.o. na miejscu ósmym, a oferta wykonawcy Konsorcjum WASKO S.A. - NTT Technology Sp. z o.o. na miejscu dziesiątym.

Izba zważyła, co następuje:

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum ZSK, wykonawcy GALAXY

SYSTEMY INFORMATYCZNE Sp. z o.o., wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. oraz Konsorcjum WASKO S.A. - NTT Technology Sp. z o.o. pomimo, iż treść ofert ww. wykonawców nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie parametru dotyczącego posiadania przez komputer Dell Latitude 3400 zawiasów ekranu umożliwiających jego odchylenie o 180°.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). W tym miejscu podkreślić należy, iż zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty danego wykonawcy, winien mieć pewność co do prawidłowości podejmowanej czynności, z uwagi na sankcyjny charakter art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, czy zaoferowany przez ww. wykonawców komputer przenośny Dell Latitude 3400 posiadał zawiasy ekranu umożliwiające jego odchylenie o 180°. Nie było sporne, iż Zamawiający w świetle zapisów SIWZ nie żądał od wykonawców próbek laptopów celem weryfikacji postawionych wymogów, oczekując od wykonawców oświadczenia w przedmiocie ich spełnienia.

W przedmiotowej sprawie na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, że sporna kwestia była przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego w toku postępowania. Jak wyjaśnił Zamawiający, pismem z dnia 23 grudnia 2019 r. wezwał ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących kąta nachylenia ekranu komputera wskazanego w ofercie, a każdy z ww. wykonawców potwierdził spełnianie przez zaoferowany sprzęt wymogu możliwości odchylenia ekranu przedstawiając dowody, m. in. w postaci zdjęć komputera obrazujących fakt spełniania przez sprzęt wymogów SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w zakresie własnym zweryfikował przedstawione przez wykonawców wyjaśnienia w przedmiocie spełnienia przez komputer Dell Latitude 3400 wymogów określonych w SIWZ, uzyskując wyraźne poświadczenie producenta komputera firmy Dell wyrażone w piśmie z dnia 27 grudnia 2019 r., zapewniające o spełnianiu wymogu przez zaoferowany przez wykonawców sprzęt.

W ocenie Izby konfrontacja dowodów złożonych przez przeciwników procesowych w zakresie ww. zarzutu nie pozwalała na uznanie, iż Przystępujący złożył ofertę niezgodną z treścią specyfikacji.

Po pierwsze zauważyć należy, iż przeprowadzone w toku rozprawy dowody z okazania dwóch laptopów Odwołującego oraz dwóch laptopów Przystępującego nie

rozstrzygnęły o niezgodności zaoferowanych przez wykonawców komputerów z treścią specyfikacji w zakresie omawianego parametru. Dowód z okazania komputerów potwierdził, iż te egzemplarze komputerów okazane przez Odwołującego nie posiadały zawiasów umożliwiających odchylenie ekranu o 180°, z kolei egzemplarze dwóch laptopów okazanych przez Przystępującego posiadały ww. funkcjonalność. W ocenie Izby nie sposób na podstawie dwóch egzemplarzy laptopów okazanych przez Strony przeciwne w sposób jednoznaczny przesądzić o braku posiadania przez konkretny produkt danej funkcjonalności. Nie sposób bowiem wykluczyć, iż okazane przez wykonawców sprzęty były wadliwe, czy też uszkodzone, już na etapie produkcji.

Rozstrzygającym w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie mógł w ocenie Izby stanowić również dowód ze Świadczenia Pomiaru z dnia 3 lutego 2020 r. złożony przez Odwołującego, a to z uwagi na okoliczność, iż z jego treści nie wynika, jaki laptop został dostarczony do badania przez laboratorium, w szczególności brak jest informacji, że dostarczony do badania laptop był nowy, nieużywany, niemodyfikowany w jakimkolwiek zakresie oraz kompletny. Nie wiadomo również, czy przedmiotem badania był komputer pochodzący z oficjalnego kanału dystrybucyjnego producenta. Brak ww. informacji uniemożliwiał oparcie rozstrzygnięcia Izby o rzeczony dowód. Analogicznie zdaniem Izby należało ocenić złożone przez Przystępującego zdjęcia oferowanego laptopa obrazujące kąt odchylenia.

Za nieprzydatny dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu Izba uznała także złożony przez Przystępującego wyciąg z podręcznika użytkownika Dell Latitude 3400 Service Manual. Dowód ten w ocenie Izby nie potwierdza, iż oferowany przez Konsorcjum ZSK laptop posiada zawiasy umożliwiające odchylenie ekranu o 180°. Rzeczony dowód nie zawiera informacji o parametrach sprzętu, a stanowi instrukcję wymontowania i instalowania poszczególnych komponentów, tj. panelu wyświetlacza.

Zdaniem składu orzekającego Izby kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, wobec braku innych dowodów, z których można by wyciągnąć wnioski przeciwnie, należało uznać oświadczenia producenta sprzętu, tj. Dell Sp. z o.o. potwierdzające spełnianie przez laptopy Dell Latitude 3400 parametru dotyczącego posiadania zawiasów umożliwiających odchylenie ekranu laptopa o 180°, stanowiące tym samym oparcie dla rozstrzygających ustaleń faktycznych.

Wziąwszy pod uwagę powyższe zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców nie mógł zostać uznany za zasadny.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ZSK z uwagi na sprzeczność zaoferowanego patchcordu U/UTP kategorii 6a 1,5 m z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ, skoro zaoferowany przez ww. wykonawcę przewód patchcord U/UTP kategorii 6a długości 1,5 m posiada długość 2 m.

Za aktualną dla oceny przedmiotowego zarzutu uznać należy argumentację prawną zaprezentowaną powyżej dotyczącą wykładni art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Istotą sporu w zakresie ww. zarzutu była konstrukcja zapisów SIWZ dotycząca parametru długości patchcordu U/UTP kategorii 6a, o którym mowa w punkcie 4.4 SOPZ. Zdaniem Odwołującego konstrukcja zapisów SIWZ wskazywała, że przedmiotem zamówienia był kabel o konkretnej długości, tj. 1,5 m. Z kolei w ocenie Zamawiającego i Przystępującego z treści SIWZ wynikało, iż ww. wymóg (1,5 m) miał charakter minimalny.

Na wstępie Izba wskazuje, że nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego jakoby Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu konkretnych sformułowań wynikających ze specyfikacji, prowadzących do wniosku o sztywnym określeniu przez Zamawiającego długości przewodu patchcord. W ww. zakresie Odwołujący jednoznacznie wskazywał na brzmienie punktu 4.3 i 4.4 SOPZ, w których Zamawiający określił zestawienie minimalnych/maksymalnych wymagań technicznych dla przewodu patchcord U/UTP kategorii 6a długości 3 m oraz 1,5 m. Ponadto Odwołujący zwracał uwagę, iż przedmiotem zamówienia były dwa rodzaje kabli o różnej długości, tj. 1,5 m i 3 m, a długość przewodów stanowiła element nazwy zamawianego produktu o konkretnej cesze.

Nie umknęła uwadze Izby okoliczność, iż zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący nie odnieśli się w toku rozprawy do akcentowanego przez Odwołującego brzmienia punktu 4.3 i 4.4 SOPZ, sprowadzając swoją argumentację do twierdzeń o minimalnej wartości parametru dotyczącego długości kabla, opartej na wierszu drugim kolumnie C tabeli zawartej w punkcie 4.4 SOPZ o treści „minimalne wartości wymagane przez Zamawiającego”.

W ocenie Izby całościowa analiza treści SIWZ w zakresie opisu parametrów technicznych zamawianych patchcordów nie pozwala w sposób jednoznaczny wyprowadzić wniosku co do

charakteru omawianego parametru. Innymi słowy na gruncie SIWZ nie można w sposób niebudzący wątpliwości stwierdzić, czy parametr dotyczący długości patchcordu był parametrem minimalnym, czy też sztywnym.

Zauważyć należy, iż Zamawiający w tabeli zawartej w punkcie 2.1 SOPZ w punkcie 5 i 6 wskazał, że przedmiotem dostawy są odpowiednio: przewód patchcord U/UTP, kategorii 6a, RJ45, długości 3 m oraz przewód patchcord U/UTP, kategorii 6a, RJ45, długości 1,5 m. Analogiczne zapisy zostały zawarte w punkcie 2.2 SOPZ. Dalej Zamawiający w punkcie 4.3 i 4.4 SOPZ wskazuje na zestawienie minimalnych i/lub maksymalnych wymagań technicznych dla przewodu patchcord U/UTP kategorii 6a długości 1,5 lub 3 m. Ww. długość patchcordów powielona została w wierszu pierwszym tabeli zawartej w punkcie 4.3 i 4.4 SOPZ, jak również w załączniku A do załącznika nr 1 do Tomu I SIWZ. Z powyższego wynika, iż Zamawiający w ww. fragmentach SIWZ już w nazwie zamawianego produktu wskazywał na konkretną długość kabla.

Z drugiej jednak strony Zamawiający w wierszu drugim tabeli zawartej w punkcie 4.3 i 4.4 SOPZ podaje, że tabela zawiera minimalne wartości wymagane przez Zamawiającego. Jednocześnie w punkcie 4 SOPZ Zamawiający podał, iż „o ile nie zaznaczono inaczej, wszelkie zapisy SOPZ zawierające parametry techniczne należy odczytywać jako parametry minimalne.” Powyższe zapisy SIWZ prowadzą do odmiennego wniosku, aniżeli wywiedziony powyżej, tj. do minimalnego charakteru parametru dotyczącego długości kabla.

Zważyć również należy na brak precyzji Zamawiającego w formułowaniu zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących parametrów technicznych zamawianych produktów. Skoro bowiem, jak twierdził Zamawiający, wszystkie parametry zawarte w tabeli z punktu 4.4 SOPZ miały charakter minimalny, to nie sposób ustalić, w jakim celu Zamawiający podkreślał, przy wybranych parametrach, ich minimalny charakter, a przy innych podawał konkretną wartość. Przykładowo Izba wskazuje na parametr dotyczący wytrzymałości mechanicznej, czy kategorii prędkości transmisji, gdzie Zamawiający zaakcentował ich minimalny charakter. Z kolei w przypadku parametru dotyczącego długości patchcordu Zamawiający podał wielkość 1,5 m.

Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że możliwości interpretacyjne SIWZ w zakresie parametru dotyczącego długości patchcordu U/UTP kategorii 6a, o którym mowa w punkcie 4.4. SOPZ, nie mogły skutkować negatywnymi konsekwencjami wobec oferty wykonawcy Konsorcjum ZSK prowadzącymi do jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ. Postanowienia SIWZ winny być czytane zgodnie z ich literalnym brzmieniem, być precyzyjne i jednoznaczne, a wątpliwości interpretacyjne na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum ZSK z uwagi na okoliczność, iż zaoferowane przez ww. wykonawcę oprogramowanie BCODERS WPN mające stanowić równoważnik oprogramowania typu NetSupport School nie spełnia określonych przez Zamawiającego funkcjonalności.

Dla porządku Izba wskazuje, iż za aktualną dla oceny przedmiotowego zarzutu uznać należy argumentację prawną zaprezentowaną powyżej dotyczącą wykładni art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Bezspornie Konsorcjum ZSK w ramach złożonej oferty zaoferowało oprogramowanie BCODERS WPN wersja v11.4.10.2019, polska wersja językowa, mające stanowić rozwiązanie równoważne względem wymaganego przez Zamawiającego.

Odwolujący zarzucił, iż zaoferowane przez ww. wykonawcę oprogramowanie nie posiada funkcji oceny koleżeńskiej oraz nie ma możliwości automatycznego umieszczania w pliku PDF wszystkich elementów związanych z omawianymi zagadnieniami, który posłuży każdemu z uczniów do powtórzenia materiału, a w oferowanym programie możliwe jedynie jest wygenerowanie listy obecnych uczniów zawierającej: imię i nazwisko nauczyciela, przedmiot zajęć, opis przedmiotu zajęć, imię i nazwisko ucznia, wydruki ucznia oraz informacja o przyznanej uczniowi nagrodzie.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż nie działa funkcjonalność zdalnego wyłączenia komputerów uczniowskich z poziomu aplikacji dla nauczyciela oraz funkcjonalność zbierania plików, jak również podnosił, że część interfejsu użytkownika nie jest przetłumaczona na język polski, np. pojedyncze przyciski wyświetlają się w języku angielskim.

Zdaniem Izby złożone przez Odwołującego dowody nie potwierdzają stanowiska wykonawcy. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż przeprowadzona przez Odwołującego analiza funkcjonalności oprogramowania BCODERS WPN v11.4.10.2019 została oparta na darmowej, próbnej wersji oprogramowania (demo), na co jednoznacznie wskazują zrzuty z ekranu zawarte w ww. analizie odwołujące się do wersji TRIAL. Powyższa

okoliczność, nie była kwestionowana przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą. Zdaniem składu orzekającego Izby uzasadnione były twierdzenia Zamawiającego, jak i Przystępującego, którzy akcentowali, że wersje demo oprogramowania niejednokrotnie nie zawierają wszystkich funkcjonalności danego rozwiązania, przez co skorzystanie przez Odwołującego z udostępnionej przez producenta oprogramowania wersji próbnej programu, nie przesądza o braku posiadania przez zaoferowane przez Konsorcjum ZSK pełne oprogramowanie wszystkich wymaganych w specyfikacji funkcjonalności. Z powyższymi twierdzeniami nie polemizował zresztą Odwołujący.

Następnie Izba wskazuje, że słusznie podnosili przeciwnicy procesowi Odwołującego, że stanowisko wykonawcy w zakresie sprzeczności oferty Konsorcjum ZSK z treścią SIWZ nie znajduje potwierdzenia w złożonej instrukcji użytkownika oprogramowania v.19.11.17, a to z uwagi na okoliczność, iż dotyczyła ona innej, niż zaoferowana przez Konsorcjum ZSK, wersji oprogramowania.

Podsumowując powyższe Izba stwierdza, iż wywodzenie przez Odwołującego braku spełniania przez zaoferowane przez Konsorcjum ZSK w niniejszym postępowaniu oprogramowanie BCODERS WPN v11.4.10.2019 poszczególnych funkcjonalności, w oparciu o dowody dotyczące innej wersji oprogramowania niż zaoferowane oraz wersji demo programu, było działaniem nieprawidłowym, obarczonym błędem, przez co nie mogło stanowić podstawy rozstrzygnięcia Izby.

Zauważyć również należy, iż Odwołujący nie podważył złożonych przez Przystępującego dowodów w postaci prezentacji funkcjonalności zawartych w pełnej wersji oprogramowania BCODERS WPN v11.4.10.2019 w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego, zawierającej rysunki obrazujące spełnienie poszczególnych funkcjonalności. Odwołujący nie kwestionował także złożonego przez Przystępującego oświadczenia producenta oprogramowania z dnia 19 lutego 2020 r. potwierdzającego, iż zaoferowane przez wykonawcę oprogramowanie zarówno na dzień składania ofert oraz aktualnie, posiada wszystkie wymagania określone w specyfikacji. Odwołujący nie odniósł się również do złożonego przez Zamawiającego oraz Przystępującego wyciągu z instrukcji użytkownika oprogramowania BCODERS WPN v.11.4.10.2019 potwierdzającego spełnienie kwestionowanych przez wykonawcę funkcjonalności, polegając i wywodząc korzystne dla siebie wnioski na instrukcji dotyczącej innej wersji programu, tj. v.19.11.17.

Wskazać również należy, iż także użytkownicy ww. oprogramowania, tj. Szkoła Podstawowa z Oddziałami Integracyjnymi nr 6 w Siedlcach oraz Centrum Kształcenia Zawodowego w Siedlcach, do których wystąpił Zamawiający, potwierdzili, że oprogramowanie BCODERS WPN (wersja v11.4.10.2019) posiada funkcje: 1) włączania i wyłączania komputerów uczniowskich pod kontrolą nauczyciela, 2) wysyłania i odbierania plików z danymi każdego ucznia, 3) oceny koleżeńskiej stanowiącej możliwość zachęcania uczniów do oceny odpowiedzi innych uczniów oraz możliwość zaznaczania, czy dana odpowiedź jest poprawna bądź nie oraz z wyświetlaniem wyników na ekranie komputera, 4) możliwość automatycznego umieszczania w pliku PDF wszystkich elementów związanych z omawianymi zagadnieniami, który posłuży każdemu z uczniów do powtórzenia materiału oraz 5) interfejs użytkownika, dokumentacja i pomoc w języku polskim.

Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ZSK w ww. zakresie, nie potwierdził się.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia a w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie i BCODERS S.A. w Warszawie z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

W świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie wykazał, iż w odniesieniu do Konsorcjum ZSK zostały spełnione wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przesłanki warunkujące wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Wskazać należy, iż Odwołujący zarzucał, że zaoferowane przez Konsorcjum ZSK oprogramowanie BCODERS WPN v.11.4.10.2019, wbrew wymogowi Zamawiającego, nie było rozwiązaniem powszechnie używanym przez szkoły oraz że w dacie składania ofert wskazane przez ww. wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 13 stycznia 2020 r. placówki edukacyjne nie dysponowały tym oprogramowaniem. Powyższe okoliczności w ocenie Izby nie zostały przez Odwołującego wykazane.

W pierwszej kolejności, za Zamawiającym, Izba wskazuje, iż na gruncie SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby oprogramowanie było „powszechnie” używane przez szkoły. W dniu 29 października 2019 r. dokonał zmiany SIWZ, w ramach której zrezygnował z konieczności wykazania powszechności wykorzystywania oprogramowania oferowanego przez wykonawców. Podkreślenia wymaga, iż dokonując zmiany SIWZ w ww. zakresie Zamawiający nie określił minimalnej liczby placówek edukacyjnych wykorzystujących oprogramowanie określone w ofercie wykonawcy.

Następnie Izba wskazuje, iż Zamawiający wezwał wykonawcę Konsorcjum ZSK pismem z dnia 3 i 8 stycznia 2020 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty, poprzez wskazanie, czy zaoferowane przez wykonawcę oprogramowanie do zarządzania pracownią komputerową i szkoleniami BCODERS WPN (wersja v.11.4.10.2019, polska wersja językowa) jest rozwiązaniem istniejącym na rynku, wykorzystywanym w placówkach edukacyjnych oraz zwrócił się o podanie co najmniej dwóch placówek edukacyjnych, w których jest ono stosowane. Wykonawca Konsorcjum ZSK w złożonych wyjaśnieniach potwierdził spełnianie ww. wymogu Zamawiającego oraz przedstawił listę czterech placówek edukacyjnych, w których zaoferowane oprogramowanie jest stosowane.

Kolejno Izba wskazuje, że nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż Zamawiający nie zweryfikował przedłożonego przez Konsorcjum ZSK wykazu szkół, w których oprogramowanie jest używane. Jak wykazał w toku rozprawy Zamawiający w dniu 18 lutego 2020 r. wystąpił do trzech placówek edukacyjnych, w których zgodnie z deklaracją Przystępującego wykorzystywane jest oprogramowanie, uzyskując stosowną informację od dwóch podmiotów, tj. Szkoły Podstawowej z Oddziałami Integracyjnymi nr 6 w Siedlcach oraz Centrum Kształcenia Zawodowego w Siedlcach, które potwierdziły, iż na dzień 6 grudnia 2019 r. ww. oprogramowanie było wykorzystywane w placówkach.

Z kolei Odwołujący w toku rozprawy, na potwierdzenie prezentowanego w zakresie przedmiotowego zarzutu stanowiska, złożył dowód w postaci korespondencji elektronicznej z dnia 10 i 14 lutego 2020 r. z przedstawicielami Szkoły Podstawowej z Oddziałami Integracyjnymi nr 6 w Siedlcach wraz z treścią pytań skierowanych m.in. do ww. szkoły. W tym miejscu wskazać należy, iż obie wiadomości elektroniczne zostały „podpisane” przez różne osoby, odpowiednio przez p. G. P. Kierownika Gospodarczego oraz p. D. S., jak również zostały wysłane z różnych adresów e-mail. Dalej Izba wskazuje, iż stanowiska wyrażone w obu wiadomościach elektronicznych nie były spójne. W wiadomości z 10 lutego 2020 r. wskazano bowiem, iż szkoła obecnie korzysta z miesięcznej wersji testowej programu BCODERS WPN oraz że po tym czasie zamierza nabyć program na stałe, co też zdaniem Odwołującego przesądzało, że placówka nabyła oprogramowanie w styczniu 2020 r., zatem po upływie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu. Z kolei w wiadomości z 14 lutego 2020 r. wskazano, że program BCODERS WPN został zainstalowany w szkole w listopadzie 2019 r. oraz że szkoła obecnie posiada wersję v11.4.10.2019 pozyskaną w ramach nieodpłatnego użytkowania oprogramowania z dnia 19 sierpnia 2019 r. Ponadto do ww. wiadomości załączono ofertę nieodpłatnego użytkowania oprogramowania BCODERS WPN z 19 sierpnia 2019 r.

zaadresowaną do ww. Szkoły przez BCODERS S.A.

Izba wskazuje, że analiza ww. dowodów złożonych przez Odwołującego nie potwierdza stanowiska wykonawcy, jakoby Konsorcjum ZSK podało nieprawdziwe informacje w zakresie zaoferowanego oprogramowania. Zauważyć należy, iż Odwołujący nie podjął żadnych czynności wyjaśniających rozbieżności w zakresie stanowiska Szkoły Podstawowej z Oddziałami Integracyjnymi nr 6 w Siedlcach, co do daty rozpoczęcia korzystania z oprogramowania BCODERS WPN, poprzestając na stanowisku zawartym w wiadomości elektronicznej z 10 lutego 2020 r., z którego wywodził korzystne dla siebie skutki prawne, domagając się przy tym czynności najdalej idącej w skutkach dla wykonawcy, tj. wykluczenia z postępowania. Co więcej, dokonując oceny ww. dowodów, większą moc dowodową należało zdaniem Izby przypisać wiadomości elektronicznej z 14 lutego 2020 r., która została dodatkowo poparta ofertą nieodpłatnego użytkowania oprogramowania BCODERS WPN z dnia 19 sierpnia 2019 r. Zauważyć również należy, iż Odwołujący nie podważył wyjaśnień Konsorcjum ZSK w przedmiocie korzystania z ww. oprogramowania przez pozostałe placówki edukacyjne wskazane w piśmie z dnia 13 stycznia 2020 r.

Okoliczność, iż obie wiadomości elektroniczne zostały wysłane z różnych adresów e-mail Izba uznała za bez znaczenia w przedmiotowej sprawie. Nie sposób bowiem wykluczyć, iż pracownicy Szkoły Podstawowej z Oddziałami Integracyjnymi nr 6 w Siedlcach, korzystają z kilku adresów elektronicznych. Ponadto zauważyć należy, iż Zamawiający skierował wniosek o udzielenie informacji w zakresie przedmiotowego oprogramowania na obydwa adresy e-mail, z których wysłane zostały odpowiedzi Odwołującemu.

Reasumując, stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wykazał zasadności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum ZSK z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznania oferty wykonawcy za odrzuconą stosownie do treści art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W szczególności nie wykazał, by ww. wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie wymogu, by oferowane oprogramowanie było rozwiązaniem istniejącym na rynku, wykorzystywanym w placówkach edukacyjnych.

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum ZSK, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, a w konsekwencji zaniechania uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą, jak również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie zaniechania wezwania ww. wykonawców do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Wykonawca Konsorcjum ZSK na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykazał się m.in. realizacją dostawy sprzętu komputerowego z 48 miesięcznym okresem serwisu do 13 lokalizacji zamawiającego (PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą

w Belchatowie) w ramach zamówienia realizowanego przez konsorcjum w składzie: Asseco Data Systems S.A., Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., Asseco Poland S.A. oraz

PROXIMUS S.A. Wartość ww. zamówienia stanowiła kwotę 5 263 098,66 zł brutto, przy czym jak wyjaśnił wykonawca Konsorcjum ZSK w piśmie z dnia 28 stycznia 2020 r. wartość sprzętu komputerowego w zakresie 759 sztuk komputerów stacjonarnych oraz 204 sztuk notebooków wynosiła 4 196 063,82 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca Konsorcjum ZSK nie wykazał, iż w ramach ww. konsorcjum realizującego umowę na rzecz PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Belchatowie, to spółka Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. odpowiadała za dostawy, na które wykonawca powołał się w niniejszym postępowaniu w celu wykazania posiadanego doświadczenia.

Co do zasady Izba podziela stanowisko prezentowane przez Odwołującego i tezy wynikające z wyroku TSUE z dn. 4.05.2017 r. w sprawie C-387/14 ws. Esaprojekt, jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy Odwołujący nie udowodnił, by wykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. nie nabył doświadczenia polegającego na dostawie sprzętu komputerowego o wymaganej wartości do poszczególnych lokalizacji zamawiającego w ramach realizowanej na rzecz PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Belchatowie umowy. Słusznie w ocenie Izby podnosił

Zamawiający i Przystępujący, iż Odwołujący przedmiotowy zarzut oparł na automatycznym założeniu, iż wykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. nie brał udziału w realizacji ww. zamówienia w sposób czynny i nie nabył stosownego doświadczenia. W ocenie Izby Odwołujący takiej okoliczności nie udowodnił.

W tym miejscu za wyrokiem Izby z dnia 31 sierpnia 2018 r. sygn. akt: KIO 1613/18 wskazać należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, nie zaś reklamacyjnym, ze wszystkimi tego konsekwencjami dla stron postępowania. Tym samym w ramach toczącego się przed Izbą procesu strony są zobligowane do popierania swoich twierdzeń stosownymi dowodami, jak również powinny reagować na oświadczenia oraz zarzuty formułowane przez przeciwników procesowych. W takim procesie rola organu orzekającego ogranicza się w zasadzie do stania na straży gwarancji procesowych stron, tj. udzielania głosu na równych zasadach, dopuszczaniu i przeprowadzaniu wnioskowanych przez uczestników postępowania dowodów i w zakresie merytorycznego rozpoznania ocena zgromadzonego materiału dowodowego oraz dokonanie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod adekwatne normy prawne (wskazane w odwołaniu jako zarzuty) - tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r. sygn. akt II UK 286/09. Charakter postępowania (kontrydiktoryjność) powoduje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy Pzp i przechodząc do art. 6 ustawy Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Należy zatem wskazać, iż właśnie z tej zasady wywodzi się reguła procesowa ujęta w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodowego w zakresie ww. zarzutu. W istocie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających własne twierdzenia, jakoby wykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w ramach umowy wykonywanej na rzecz PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie odpowiadał za dostawę sprzętu komputerowego.

Z uwagi na powyższe brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy Konsorcjum ZSK z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą, czy też zastosowania względem ww. wykonawcy instytucji określonych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum ZSK, jak również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie potwierdziły się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba, mając na uwadze treść § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zawartego w odpowiedzi na odwołanie z uwagi na brak przedstawienia do akt sprawy rachunków/faktur świadczących o poniesieniu tych kosztów oraz o ich wysokości.

Przewodniczący:

