Sygn. akt: KIO 555/20

WYROK

z dnia 28 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Karaska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2020 r. przez wykonawcę PRZP Systemu Informatyczne Sp. z o.o., z siedzibą w Połańcu,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę - Miasto Elbląg,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie - Miasto Elbląg

   dokonanie: (a) unieważnienia czynności odrzucenie oferty wykonawcy PRZP Systemu Informatyczne Sp. z o.o., z siedzibą w Połańcu; (b) unieważnienia czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę PPHU Computer - Service.pl jako oferty najkorzystniejszej; (c) powtórzenia czynności badania i oceny oferty wykonawcy PRZP Systemu Informatyczne Sp. z o.o., z siedzibą w Połańcu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę - Miasto Elbląg i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy - Miasta Elbląg na rzecz wykonawcy PRZP

   Systemu Informatyczne Sp. z o.o., z siedzibą w Połańcu kwotę 18 600 zł 00 gr

   (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

do Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 555/20

UZASADNIENIE

W dniu 16 marca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PRZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") zarzucając

zamawiającemu Gminie - Miasto Elbląg (dalej „Zamawiający") naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Dostawa sprzętu komputerowego", numer sprawy DZP.271.101.2019.AS (dalej „postępowanie"):

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

   poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ;

2) z ostrożności procesowej - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z

   naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, i w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego;

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

   poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Horyzont z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;

4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

   poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako

   najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby: (i) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego; (ii) unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę PPHU Computer - Service.pl B. W. jako oferty najkorzystniejszej; (iii) powtórzył czynność badania i oceny oferty Odwołującego; (iv) w razie uznania przez Izbę, że treść oferty Odwołującego faktycznie nie odpowiada treści SIWZ - aby Zamawiający poprawił w ofercie Odwołującego inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, w sposób wskazany w treści odwołania; (iv) odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę Horyzont z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, z przyczyn wskazanych w odwołaniu, w konsekwencji dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał odnośnie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę Horyzont, że jakkolwiek Zamawiający odrzucił tą ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, to jednak jak wynika z uzasadnienia faktycznego odrzucenia ww. oferty Zamawiający nie dostrzegł i nie uczynił podstawą odrzucenia wszystkich niezgodności treści ww. oferty z treścią SIWZ. Ponieważ w świetle przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, oferta wykonawcy Horyzont jest ofertą najkorzystniejszą (tj. przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert), nie sposób wykluczyć, że wykonawca Horyzont wniesie odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty i skutecznie podważy wskazane przez Zamawiającego podstawy

faktyczne odrzucenia jego oferty. Dlatego konieczne jest, aby odrzucenie oferty wykonawcy Horyzont nastąpiło z uwzględnieniem wszystkich niezgodności jej treści z treścią SIWZ, w tym także niezgodności wskazanych w niniejszym odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ, Odwołujący wskazał, co następuje:

W dniu 6 marca 2020 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną informację o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Computer-Service.pl jako najkorzystniejszej oferty, o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o odrzuceniu niektórych innych ofert, w tym oferty wykonawcy Horyzont. Zgodnie z ww. informacją Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktycznie odrzucenia oferty Odwołującego: „Zgodnie z zapisami w pkt III ppkt 18 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w kolumnie „Opis oferowanego sprzętu" formularza — „WYCENA DOSTAWY", którego wzór stanowi ZAŁĄCZNIK NR 9 do SIWZ, podał w przypadku oprogramowania producenta, nazwę wersji i parametry oprogramowania. Jednocześnie zgodnie z zapisami w pkt III ppkt 19 SIWZ w przypadku zgodności oferowanego oprogramowania z parametrami oprogramowania opisanymi przez Zamawiającego w WYCENIE DOSTAWY stanowiącej ZAŁĄCZNIK NR 9 do SIWZ, dopuszczał zastosowanie zapisu „zgodnie z SIWZ" i wskazania producenta i nazwę wersji. Wykonawca w złożonej wraz z ofertą WYCENIE DOSTAWY:

a) nie podał parametrów zaoferowanego systemu operacyjnego Windows 10 Pro, ani nie zastosował zapisu „zgodnie z SIWZ". Wpisał jedynie „64 bit", co jest niewystarczające i uniemożliwia Zamawiającemu zweryfikowanie oprogramowania, jakie oferuje Wykonawca, co jest niezgodne z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ,
b) nie podał parametrów zaoferowanego oprogramowania antywirusowego Endpoint Protection Standard, ani nie zastosował zapisu „zgodnie z SIWZ". Wpisał jedynie „licencja 12 miesięcy", co jest niewystarczające i uniemożliwia Zamawiającemu zweryfikowanie oprogramowania, jakie oferuje Wykonawca, co jest niezgodne z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ."

W ocenie Odwołującego jak wynika z przytoczonego powyżej uzasadnienia odrzucenia oferty niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ Zamawiający upatruje w tym, że Odwołujący:

aj nie podał parametrów zaoferowanego systemu operacyjnego Windows 10 Pro, ani nie zastosował zapisu „zgodnie z SIWZ". Wpisał jedynie „64 bit" (...)

b) nie podał parametrów zaoferowanego oprogramowania antywirusowego Endpoint Protection Standard, ani nie zastosował zapisu „zgodnie z SIWZ". Wpisał jedynie „licencja 12 miesięcy"

Odwołujący wskazał, że stanowisko Zamawiającego jest wewnętrzne sprzeczne. Z jednej strony Zamawiający twierdzi, że Odwołujący nie podał parametrów zaoferowanego systemu operacyjnego Windows 10 Pro oraz nie podał parametrów zaoferowanego oprogramowania antywirusowego Endpoint Protection Standard. Z drugiej jednak strony Zamawiający przyznał, że Odwołujący pewne parametry ww. oprogramowania w swojej ofercie podał, tj. w przypadku systemu operacyjnego Windows 10 Pro Odwołujący podał: „64 bit", co oznacza, że zaoferował 64 - bitową wersję systemu Windows 10 Pro, natomiast w przypadku oprogramowania antywirusowego Endpoint Protection Standard Odwołujący podał: „licencja 12 miesięcy", co oznacza, że zaoferował ww. oprogramowanie antywirusowe z licencją na aktualizację bazy wirusów na 12 miesięcy.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, z uzasadnienia faktycznego odrzucenia zdaje się wynikać, że Zamawiający oczekiwał od Odwołującego podania jeszcze jakiś innych, bliżej nieokreślonych parametrów zaoferowanego oprogramowania. Odwołujący wskazuje zatem i podkreśla, że w pkt III ppkt 18 SIWZ Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, iż: „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w kolumnie „Opis oferowanego sprzętu" formularza - „WYCENA DOSTAWY", którego wzór stanowi ZAŁĄCZNIK NR 9 do SIWZ, podał producenta, model, opis i parametry oferowanego sprzętu komputerowego, a w przypadku oprogramowania podał producenta, nazwę wersji i parametry oprogramowania". Zatem w

przypadku oprogramowania Zamawiający wymagał podania w ofercie producenta, nazwy wersji i parametrów oprogramowania, przy czym Zamawiający w żaden sposób nie dookreślił jakich konkretnie parametrów oczekuje w ofercie. W ocenie Odwołującego, w SIWZ próżno szukać wskazania czy choćby sugestii, że w ofertach wykonawcy mają podać jakąś konkretną listę parametrów oprogramowania. Takiej listy parametrów oprogramowania wymaganych do podania w ofercie Zamawiający nie przedstawił też w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia, co więcej, nie wskazał tam nawet punktu czy postanowienia SIWZ, w którym taka lista miałaby się znajdować. Jest poza sporem, że we wskazanym przez Zamawiającego pkt III ppkt 18 SIWZ żadnej listy parametrów oprogramowania wymaganych do podania w ofercie nie zamieszczono - jest tam mowa wyłącznie o bliżej nieokreślonych „parametrach oprogramowania". Listy parametrów oprogramowania wymaganych do podania w ofercie nie zawiera również wskazany przez Zamawiającego formularz — „WYCENA DOSTAWY", którego wzór stanowi ZAŁĄCZNIK NR 9 do SIWZ. W formularzu tym, w kolumnie „Opis oferowanego sprzętu", Zamawiający ograniczył się do wskazania, że w przypadku oprogramowania wymaga podania przez wykonawcę następujących informacji: „System operacyjny: producent: nazwa wersji: parametry: Oprogramowanie antywirusowe: producent: nazwa wersji: parametry:"

Zatem, w ocenie Odwołującego, także w ww. formularzu w żaden sposób nie zostało dookreślone przez Zamawiającego jakie konkretnie parametry oprogramowania wykonawcy mają podać w swoich ofertach. W ocenie Odwołującego zarzucana jego ofercie niezgodność z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ w rzeczywistości nie ma miejsca, gdyż Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych wymagań odnośnie wymaganej w ofercie listy parametrów oprogramowania, tj. nie określił jakie konkretnie parametry oprogramowania muszą zostać podane w ofercie przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że wobec braku jakichkolwiek wymagań SIWZ odnośnie listy parametrów oprogramowania, które należało podać w ofercie, Odwołujący miał pełne prawo przyjąć, że Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w wyborze parametrów oprogramowania, które można podać w ofercie. Odwołujący podał zatem te parametry oprogramowania, które uznał za najbardziej istotne z punktu widzenia użytkownika oprogramowania, tj.:

a) w przypadku systemu operacyjnego Windows 10 Pro parametr: „64 bit, oznaczający

   64- bitową wersję systemu Windows 10 Pro i istotny dla użytkownika, gdyż system operacyjny Windows 10 Pro występuje w wersji zarówno 64-bitowej jak i w wersji 32-bitowej;

b) w przypadku oprogramowania antywirusowego Endpoint Protection Standard

   parametr: „licencja 12 miesięcy", oznaczający oprogramowanie antywirusowe z licencją na 12 miesięcy i istotny dla użytkownika, gdyż informujący o wykupionej subskrypcji baz wirusów na okres 12 miesięcy.

Jeżeli Zamawiający oczekiwał podania w ofertach jakiś innych, konkretnych parametrów oprogramowania, to powinien to jasno i wyraźnie wskazać w SIWZ, oczywiście z zaznaczeniem jakie konkretnie parametry wykonawcy mają zamieścić w ofertach. Jest poza sporem, że takiego nakazu Zamawiający w SIWZ nie zamieścił. Odwołujący powołał się na orzeczenie wyroku SO w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 roku, sygn. akt III Ca 70/15, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 473/14.

W ocenie Odwołującego, jeżeli intencją Zamawiającego było, aby wykonawcy w swoich ofertach podali jakieś konkretnie parametry oprogramowania, to Zamawiający nie dał tej intencji wystarczającego wyrazu w treści SIWZ i nie może takiego niewyrażonego w treści SIWZ wymogu wprowadzać na obecnym etapie postępowania, tj. po upływie terminu składania ofert. Zwłaszcza za niedopuszczalne uznać należy odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu, że Odwołujący nie dostosował się do niezawartych w SIWZ oczekiwań czy wyobrażeń Zamawiającego dotyczących zawartości oferty.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że nie może zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby parametry oprogramowania podane przez Odwołującego w ofercie uniemożliwiały Zamawiającemu zweryfikowanie oprogramowania, jakie oferuje Odwołujący. Po pierwsze, z żadnego punktu SIWZ nie wynika, że podane w ofercie parametry

oprogramowania miały służyć Zamawiającemu do „zweryfikowania oprogramowania” (cokolwiek miałoby to oznaczać). W SIWZ próżno szukać choćby sugestii, że Zamawiający będzie „weryfikować oprogramowanie" na podstawie parametrów oprogramowania podanych w ofercie przez wykonawcę. Po drugie, twierdzenie Zamawiającego o „zweryfikowaniu oprogramowania" na podstawie podanych w ofercie parametrów oprogramowania nie wytrzymuje konfrontacji z brzmieniem SIWZ. Otóż jak wskazał sam Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia, w świetle SIWZ w pełni dopuszczalne było niepodanie w ofercie żadnych parametrów oprogramowania i ograniczenie się do stwierdzenia: „zgodnie z SIWZ". Mianowicie w pkt III ppkt 19 SIWZ Zamawiający wskazał, że: „W przypadku zgodności oferowanego oprogramowania z parametrami oprogramowania opisanymi przez Zamawiającego w WYCENIE DOSTAWY stanowiącej ZAŁĄCZNIK NR 9 do SIWZ, dopuszcza się zastosowanie zapisu „zgodnie z SIWZ" i wskazania producenta i nazwę wersji." Powstaje zatem pytanie, czy w takim wypadku Zamawiający mógłby ograniczyć „zweryfikowanie oprogramowania" do zbadania, czy w ofercie użyte zostało sformułowanie „zgodnie z SIWZ"? Odwołującego wskazał, że niezależnie od tego, czy wykonawca podał w swojej ofercie parametry oprogramowania (i jakie konkretnie parametry podał), czy też użył sformułowania „zgodnie z SIWZ", Zamawiający, znając producenta i wersję zaoferowanego oprogramowania, powinien zweryfikować we wszystkich dostępnych źródłach czy faktycznie zaoferowane oprogramowanie, określone poprzez wskazanie jego producenta i nazwy wersji, posiada parametry wskazane przez wykonawcę w ofercie i czy faktycznie jest zgodne z SIWZ. W tym celu Zamawiający jak najbardziej może i powinien sięgnąć do „zewnętrznych" źródeł informacji, np. do informacji podawanych na temat danego oprogramowania przez jego producenta. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 20 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1498/19.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, w świetle utrwalonego orzecznictwa Izby Zamawiający ma prawo i obowiązek weryfikować prawdziwość informacji podawanych we wnioskach i ofertach przez wykonawców. Zgodnie bowiem z art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania 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. Aby powyższy obowiązek wykonać, Zamawiający musi najpierw zbadać, czy informacje podane przez wykonawcę są prawdziwe. Stanowisko takie Izba wyraziła w szeregu orzeczeń, w tym m.in. w wyroku z dnia 21 września 2012 r., o sygn. akt: KIO 1908/12, w wyroku KIO z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 93/11, w wyroku z dnia 28 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 304/11.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie bez powodu bezwzględnie wymagał podania w ofercie producenta i nazwy wersji oferowanego oprogramowania, tj. nawet wtedy, gdy wykonawca, opisując zaoferowane oprogramowanie, posłużył się w ofercie sformułowaniem „zgodnie z SIWZ". Bezwzględne wymaganie informacji co do producenta i nazwy wersji oferowanego oprogramowania jednoznacznie wskazuje, że to na podstawie tych właśnie informacji Zamawiający zamierzał weryfikować, czy zaoferowane oprogramowanie faktycznie spełnia wymagania SIWZ. W innym wypadku żądanie tych informacji byłoby pozbawione sensu, skoro Zamawiający mógłby się ograniczyć do sprawdzenia, czy wykonawca zadeklarował w ofercie, że oferuje oprogramowanie „zgodnie z SiWZ".

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że wskazana w jego ofercie przy użyciu pełnej nazwy handlowej licencja oprogramowania Microsoft Windows 10 Pro, wraz z parametrem „64 bit', pozwala na kompletną weryfikację zaoferowanego oprogramowania, tj. systemu operacyjnego. Identycznie rzecz się ma z zaoferowanym przez Odwołującego oprogramowaniem antywirusowym. Odwołujący w swojej ofercie jasno i wyraźnie wskazał, iż oferuje oprogramowanie ESET Endpoint Protection Standard, oraz dodatkowo dookreślił, że w tym przypadku oferuje: „licencja 12 miesięcy". Zatem Zamawiający z chwilą zapoznania się z ofertą Odwołującego nabył pełną wiedzę na temat producenta oraz nazwy zaoferowanego oprogramowania, zarówno systemu operacyjnego jak i oprogramowania antywirusowego. Podane parametry miały na celu dokładne dookreślenie architektury oprogramowania w przypadku oprogramowania Windows 10 Pro oraz długości trwania licencji w przypadku oprogramowania antywirusowego.

Odwołujący raz jeszcze podkreślił, że podane przez niego nazwy producentów oraz nazwy wersji oprogramowania umożliwiają Zamawiającemu szczegółowa weryfikację zaoferowanych programów i sprawdzenie ich zgodności z wymaganiami SIWZ. Nie sposób też nie zauważyć, że zaoferowane oprogramowanie (zarówno system operacyjny jak i oprogramowanie antywirusowe) jest oprogramowaniem zamkniętym, tj. gotowym produktem

dostarczanym przez jego producenta. Zarówno Microsoft Windows 10 Pro jak i ESET Endpoint Protection Standard to typowe przykłady tzw. oprogramowania z półki (ang, Off-the-shelf software), czyli oprogramowania stanowiącego produkt wytworzony na szeroki rynek, tj. dla dużej liczby klientów, które jest dostarczane wielu klientom w identycznej postaci. Podkreślić trzeba, że w przypadku zaoferowanego przez Odwołującego oprogramowania nie jest możliwa zmiana jego parametrów ani przez Odwołującego, ani przez jakikolwiek inny podmiot, nie istnieje więc możliwość, że zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie nie jest identyczne w stosunku do produktu wprowadzonego na rynek przez jego producenta.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze powyższe, Zamawiający mógł bez najmniejszego trudu zweryfikować zgodność oprogramowania zaoferowanego przez Odwołującego (zarówno systemu operacyjnego jak i oprogramowania antywirusowego) z wymaganiami SIWZ na kilka sposobów, takich jak skorzystanie z ogólnodostępnych specyfikacji technicznych, umów licencyjnych, poprzez zapytanie skierowane do producenta lub dystrybutora oprogramowania lub wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Tym samym, twierdzenia Zamawiającego, jakoby niepodanie przez Odwołującego parametrów zaoferowanego systemu operacyjnego Windows 10 Pro oraz niezastosowanie zapisu „zgodnie z SIWZ" było niewystarczające i uniemożliwiało Zamawiającemu zweryfikowanie oprogramowania, trudno oceniać inaczej niż jako niepoważne. Z postanowień SIWZ wynika bowiem w sposób niebudzący wątpliwości, że Zamawiający doskonale zna parametry zaoferowanego przez Odwołującego systemu operacyjnego, ponieważ z niego korzysta. Mianowicie w pkt III., ppkt. 4.1. 1) SIWZ, opisując swoje wymagania wobec systemu operacyjnego, Zamawiający wskazał, że: „System operacyjny klasy PC, który musi spełniać następujące wymagania poprzez wbudowane mechanizmy, bez użycia dodatkowych aplikacji:

1) zgodny z systemem komputerowym Zamawiającego tzn. możliwość uruchamiania posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania, które jest aktualnie używane

na systemach Windows od wersjiXP do wersji Windows 10 (PL, 32/64 bity)".

Zamawiający zatem niejako „z urzędu" ma informacje na temat parametrów zaoferowanego przez Odwołującego systemu operacyjnego Windows 10 Pro w wersji 64- bitowej i także na tej podstawie mógł bez trudu ustalić, iż system ten spełnia wszystkie wymagania określone w

SIWZ.

Odnośnie postawionego z ostrożności procesowej zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty, i w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, Odwołujący wskazał, że stawia powyższy zarzut wyłącznie z ostrożności procesowej i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że treść oferty Odwołującego faktycznie nie odpowiada treści SIWZ. W ocenie Odwołującego nie ma niezgodności pomiędzy treścią jego oferty a treścią SIWZ, co Odwołujący wykazał powyżej. Jeśli jednak Izba uznałaby, że niezgodność taka istnieje i że Zamawiający zasadnie zarzucił Odwołującemu, że ten:

a) nie podał parametrów zaoferowanego systemu operacyjnego Windows 10 Pro ani nie zastosował zapisu „zgodnie z SIWZ";

b) nie podał parametrów zaoferowanego oprogramowania antywirusowego Endpoint Protection Standard ani nie zastosował zapisu „zgodnie z SIWZ",

to Odwołujący wskazuje i podkreśla, że powyższa niezgodność może zostać usunięta na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czyli poprzez poprawienie w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, którą Zamawiający mógł i powinien poprawić. W konsekwencji wystąpienie powyższej omyłki nie uprawniało Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. O powyższym przesądzają następujące względy.

Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 105/17. W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie spełnione są wszystkie warunki dopuszczalności poprawienia innej omyłki, wskazane w przytoczonym powyżej wyroku. O tym, że poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego jest dopuszczalne, gdyż nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty Odwołującego, rozstrzyga szereg względów. Przede wszystkim wskazać trzeba, że Zamawiający nie zarzucił Odwołującemu, iż zaoferowane przez niego oprogramowanie (system operacyjny i oprogramowanie antywirusowe) nie spełniają wymagań opisanych w pkt III ppkt 4. SIWZ. Jest to zrozumiałe o tyle, że zarówno zaoferowany przez Odwołującego system operacyjny jak i oprogramowanie antywirusowe wszystkie wskazane w SIWZ wymagania spełniają. Z uzasadnienia faktycznego odrzucenia wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego był wyłącznie brak informacji w ofercie a nie zaoferowanie oprogramowania niespełniającego wymagań Zamawiającego. Ponadto, jak wskazał sam Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia, w świetle postanowień SIWZ w pełni dopuszczalne było niepodanie w ofercie żadnych parametrów oprogramowania i ograniczenie się do stwierdzenia: „zgodnie z SIWZ". Mianowicie w pkt III. ppkt 19 SIWZ Zamawiający stwierdził, że: „W przypadku zgodności oferowanego oprogramowania z parametrami oprogramowania opisanymi przez Zamawiającego w WYCENIE DOSTAWY stanowiącej ZAŁĄCZNIK NR 9 do SIWZ, dopuszcza się zastosowanie zapisu „zgodnie z SIWZ" i wskazania producenta i nazwę wersji." Odwołujący wskazuje i podkreśla, że w przypadku zaoferowanego przez niego oprogramowania (systemu operacyjnego i oprogramowania antywirusowego) powyższe postanowienie SIWZ znajduje zastosowanie w całej rozciągłości, gdyż zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie jest zgodne z parametrami oprogramowania opisanymi przez Zamawiającego w WYCENIE DOSTAWY, stanowiącej ZAŁĄCZNIK NR 9 do SIWZ. Zatem Odwołujący mógłby się ograniczyć do wskazania w swojej ofercie, że oferuje oprogramowanie „zgodnie z SIWZ", oraz do wskazania producenta i nazwy wersji. Innymi słowy Odwołujący nie miał obowiązku podawać w swojej ofercie parametrów oferowanego oprogramowania (pomijając tutaj kwestię jakie konkretnie miałby podać parametry) a niezgodność pomiędzy treścią jego oferty a treścią SIWZ sprowadza się do braku stwierdzenia „zgodnie z SIWZ". W ocenie Odwołującego nie ma wątpliwości, że poprawienie oferty Odwołującego poprzez uzupełnienie jej o powyższe stwierdzenie nie spowoduje nie tylko istotnej zmiany treści oferty Odwołującego, ale w ogóle żadnej merytorycznej zmiany oferty Odwołującego. Przedmiotem oferty Odwołującego pozostanie to samo oprogramowanie (system operacyjny i oprogramowanie antywirusowe), co wskazane w ofercie od momentu jej złożenia Zamawiającemu. W żaden sposób nie zmienią się też parametry zaoferowanego oprogramowania. Jak to już bowiem wskazano powyżej zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie (zarówno system operacyjny jak i oprogramowanie antywirusowe) jest oprogramowaniem zamkniętym, tj. gotowym produktem dostarczanym przez jego producenta. Zarówno Microsoft Windows 10 Pro jak i ESET Endpoint Protection Standard to typowe przykłady tzw. oprogramowania z półki (ang. Off-the-shelf software), czyli oprogramowania stanowiącego produkt wytworzony na szeroki rynek, tj. dla dużej liczby klientów, które jest dostarczane wielu klientom w identycznej postaci. Odwołujący podkreślił, że w przypadku zaoferowanego przez Odwołującego oprogramowania nie jest możliwa zmiana jego parametrów ani przez Odwołującego, ani przez jakikolwiek inny podmiot, nie istnieje więc możliwość, że zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie nie jest identyczne w stosunku do produktu wprowadzonego

na rynek przez jego producenta.

W świetle powyższego poprawienie popełnionej przez Odwołującego omyłki jak najbardziej będzie się mieścić w granicach zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że poprawienie omyłki w jego ofercie nie będzie stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (vide wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r. o sygn. akt

KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2813/12). W

rzeczywistości oferta Odwołującego w żaden sposób się nie zmieni, gdyż nie ma żadnych wątpliwości, że zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie (system operacyjny i oprogramowanie antywirusowe) posiada parametry „zgodnie z SIWZ" a Odwołujący jedynie nie stwierdził tego wprost w swojej ofercie. Zatem uzupełnienie oferty Odwołującego o powyższą informację w żaden sposób treści tej oferty nie zmieni - przedmiotem oferty Odwołującego pozostanie to samo oprogramowanie o tych samych parametrach.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia Zamawiający zdawkowo stwierdził, iż: „ Wskazane braki w ofercie Wykonawcy nie stanowią innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych i wobec powyższego nie mogą być przez Zamawiającego poprawione". Zamawiający jednak w żaden sposób nie uzasadnił swojego stanowiska ani nawet nie wyjaśnił dlaczego braku pewnych informacji w ofercie Odwołującego rzekomo nie można uznać za inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego jest dokładnie na odwrót, co Odwołujący wykazał powyżej. Tym samym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby Zamawiający poprawił w ofercie Odwołującego inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, poprzez dopisanie w formularzu — „WYCENA DOSTAWY", w kolumnie „Opis oferowanego sprzętu", przy parametrach zaoferowanego przez Odwołującego systemu operacyjnego i oprogramowania antywirusowego sformułowania: „zgodnie z SIWZ".

Odwołujący zauważył, że nie będzie dopuszczalne „uzupełnienie" przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego poprzez wskazanie dodatkowych okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty w odpowiedzi na odwołanie czy w trakcie rozprawy przez Krajową Izbą Odwoławczą. Wszystkie informacje w tym zakresie winny zostać podane przez Zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego. Powyższe stanowisko Izba wyraziła wielokrotnie, m.in. w wyroku z dnia 21 września 2017 r. sygn. akt KIO 1857/17. Zamawiający jest związany podanymi przez siebie podstawami odrzucenia oferty Odwołującego, zarówno prawnymi jak i faktycznymi. Dlatego już teraz Odwołujący wnosi o pominięcie przez Izbę jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, które wykraczałby poza to, co Zamawiający stwierdził w przekazanej Odwołującemu w dniu 6 marca 2020 r. informacji o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Computer-Service.pl jako najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, jeżeli Zamawiający takie uzasadnienie usiłowałby przedstawić czy to w odpowiedzi na odwołanie czy też w trakcie rozprawy przed Izbą. Jest bowiem poza sporem, że wyczerpujące, jednoznaczne i precyzyjne uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego powinno zostać podane Odwołującemu zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w ramach uzasadnienia tej czynności.

W ocenie Odwołującego rozpatrzenie przez Izbę ewentualnego dodatkowego uzasadnienia faktycznego będzie niemożliwe także z tego względu, że takie dodatkowe okoliczności nie zostały objęte zarzutami odwołania, a tym samym zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp leżą poza zakresem kognicji Izby. Zgodnie z ww. przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 31 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2231/12, „w orzecznictwie Izby akcentuje się, iż za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10, wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r. sygn. akt: KIO 2222/11, KIO 2223/11)." Ponieważ Odwołujący w odwołaniu nie odniósł się, gdyż z oczywistych względów nie mógł tego zrobić, do ewentualnego dodatkowego uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty, uzasadnienie takie nie jest objęte zarzutami odwołania i tym samym nie powinno być przez Izbę rozpatrywane.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę FHU Horyzont K. L. (dalej „Horyzont") z przyczyn wskazanych w odwołaniu, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, Odwołujący wskazał, że treść oferty wykonawcy Horyzont nie odpowiada treści SIWZ, a zatem zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 82 ust. 3 ustawy powinna zostać ona odrzucona przez Zamawiającego. Przesądzają o tym następujące względy. Wykonawca Horyzont zaoferował Zamawiającemu komputery stacjonarne wyposażone w karty graficzne GeForce G210, które są produktami wycofanymi z produkcji. Skutkiem tego jest w przypadku tego wykonawcy brak możliwości dostarczenia przedmiotu zamówienia wyprodukowanego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed ogłoszeniem postępowania przetargowego. Tymczasem Zamawiający w pkt III ppkt 12. SIWZ zastrzegł, że: „Wykonawca musi dostarczyć przedmiot zamówienia fabrycznie nowy, wyprodukowany nie wcześniej niż 6 miesięcy przed ogłoszeniem Dostępowania przetargowego". Odwołujący wskazał, że ogłoszenie postępowania przetargowego nastąpiło 27 grudnia 2019 r. (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w D.U.U.E. z dnia 27 grudnia 2019 r., nr ogłoszenia: 2019/S 249- 617747), natomiast karty graficzne serii GeForce 210 (wprowadzone na rynek w 2009 r.) zostały wycofane z produkcji na długo wcześniej niż 6 miesięcy przed publikacją ww. ogłoszenia, jak również z dniem 14 maja 2018 r. zakończono wsparcie sterowników Windows dla tej serii kart graficznych, a zatem wcześniej niż 6

miesięcy przed ogłoszeniem postępowania przetargowego. Ponadto Odwołujący wskazał, że wykonawca Horyzont zaoferował Zamawiającemu komputery stacjonarne wyposażone w zasilacz opisany jako TFX 300W APFC 120mm. W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że parametr 120mm odnosi się do rozmiaru wentylatora zasilacza i z przyczyn konstrukcyjnych wyklucza możliwość zastosowania zasilacza w formacie TFX. Zasilacze w formacie TFX (jedynym, który można umieścić w wymaganym przez Zamawiającego, ze względu na ograniczenie wielkości obudowy, komputerze) wyposażone są wyłącznie w wentylatory o średnicy 80 mm. W przypadku zaoferowania zasilacza wyposażonego w wentylator o rozmiarze 120 mm uznać trzeba, że wykonawca Horyzont zaoferował zasilacz w formacie ATX, czyli zasilacz niemożliwy do zamontowania w obudowie o wymiarach maksymalnych wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający zastrzegł bowiem odnośnie komputera stacjonarnego w pkt III, ppkt 3 a) SIWZ, że: Jednostka centralna w małej obudowie o maksymalnych rozmiarach: głębokość 420 mm, szerokość 150 mm, długość 345 mm umożliwiająca pracę w pionie jak i poziomie, musi posiadać minimum 2 wejścia USB z przodu obudowy, minimum 4 wejścia USB z tyłu obudowy, ciche wentylatory Zamawiający wymagała zatem, aby zaoferowane mu komputery były wyposażone w wentylatory, przy czym jednocześnie określił maksymalne wymiary obudowy komputera, do których to wymiarów trzeba było dostosować zarówno wymiary oferowanych wentylatorów jak i format zasilacza. Z oferty wykonawcy Horyzont wynika, że wykonawca ten nie zastosował się do ograniczeń narzuconych przez Zamawiającego w SIWZ.

W ocenie Odwołującego w świetle powyższego, treść oferty wykonawcy Horyzont jest w oczywisty sposób niezgodna z treścią SIWZ. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe usunięcie opisanych powyżej niezgodności pomiędzy treścią ww. oferty a treścią SIWZ w żaden sposób przewidziany ustawą Pzp. Każda próba usunięcia opisanej powyżej niezgodności musiałaby bowiem polegać na zastąpieniu zaoferowanych przez wykonawcę Horyzont komputerów stacjonarnych innymi, niewskazanymi w ofercie komputerami, spełniającymi wymagania SIWZ. Tymczasem zarówno art. 84 ust. 1 jak i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie zabraniają dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert. Zakaz modyfikacji treści oferty poprzez składanie wyjaśnień został wyraźnie wyartykułowany w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego za niedopuszczalne byłoby poprawienie opisanych powyżej niezgodności treści oferty wykonawcy Horyzont z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czyli jako innej omyłki. Dokonanie poprawki na tej podstawie wymagałoby bowiem uprzedniego zwrócenia się do wykonawcy Horyzont o wyjaśnienia jakie inne produkty (komputery stacjonarne) spełniające wymagania SIWZ oferuje Zamawiającemu w miejsce produktów (komputerów stacjonarnych) wskazanych w ofercie. W ocenie Odwołującego w ofercie wykonawcy Horyzont brak jest informacji, które pozwalałyby Zamawiającemu na samodzielne jej poprawienie i dostosowanie do treści SIWZ. Z oferty wykonawcy Horyzont nie wynika bowiem w żaden sposób jakie inne produkty (komputery stacjonarne) spełniające wymagania SIWZ wykonawca ten miałby oferować Zamawiającemu w miejsce produktów (komputerów stacjonarnych) wskazanych w ofercie.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, Odwołujący wskazał, że zarzut ten stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, Zamawiający całkowicie bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ, to Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, bowiem jest ona ofertą korzystniejszą niż wybrana przez Zamawiającego oferta złożona przez wykonawcę PPHU Computer-Service.pl, tj. przedstawia korzystniejszy od tej oferty bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami i wyjaśnieniami jej treści (dalej „SIWZ") na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego oraz wykonawcy Horyzont na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 6 marca 2020 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania oraz przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego oraz oferty wykonawcy

Horyzont; (vi) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (v) korespondencję e-mailowa pomiędzy firmą Dagma oraz Odwołującym, wydruki ze strony internetowej Microsoft oraz Eset na okoliczność ustalenia zgodności oferty Odwołującego z wymaganiami wskazanymi w SIWZ.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa sprzętu komputerowego.

W Rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia", pkt 4 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące wymagań systemu operacyjnego oraz oprogramowania antywirusowego. W pkt 18, Zamawiający wskazał: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w kolumnie „Opis oferowanego sprzętu" formularza — „WYCENA DOSTAWY", którego wzór stanowi ZAŁĄCZNIK NR 9 do SIWZ, podał w przypadku oprogramowania producenta, nazwę wersji i parametry oprogramowania. Jednocześnie zgodnie z zapisami w pkt 19 SIWZ w przypadku zgodności oferowanego oprogramowania z parametrami oprogramowania opisanymi przez Zamawiającego w WYCENIE DOSTAWY stanowiącej ZAŁĄCZNIK NR 9 do SIWZ, dopuszczał zastosowanie zapisu „zgodnie z SIWZ".

Izba ustaliła, że do SIWZ Zamawiający załączył m.in. załącznik nr 9 „Wycena Dostawy". W nagłówku poszczególnych kolumn, Zamawiający wskazał następujące informacje: „Opis Zamawiającego (minimalne wymagania)", „Ilość", „Opis oferowanego sprzętu", „Cena bez VAT", Stawka VAT 5%", Kwota VAT (zł)", Cena (brutto) zł". W zakresie systemu

operacyjnego Zamawiający wskazał: „System operacyjny: producent:....., nazwa

wersji:....., parametry. Podobny opis został zmieszczony odnośnie

oprogramowania antywirusowego.

Izba ustaliła na podstawie oferty złożonej przez Odwołującego, iż w treści Załącznika nr 9, Odwołujący zamieścił następujące informacje:

System operacyjny:

Producent: Microsoft

Nazwa wersji: Windows 10 Pro

Paramtery: 64 bit

Oprogramowanie antywirusowe:

Producent: ESET

Nazwa wersji: Endpoint Protection Standard

Paramtery: licencja 12 miesięcy

Izba ustaliła, że pismem z dnia w dniu 6 marca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Computer-Service.pl jako najkorzystniejszej oferty, o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o odrzuceniu niektórych innych ofert, w tym oferty wykonawcy Horyzont. Zgodnie z ww. informacją Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktycznie odrzucenia oferty Odwołującego: „Zgodnie z zapisami w pkt III ppkt 18 SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w kolumnie „Opis oferowanego sprzętu" formularza — „WYCENA DOSTAWY", którego wzór stanowi ZAŁĄCZNIK NR 9 do SIWZ, podał w przypadku oprogramowania producenta, nazwę wersji i parametry oprogramowania. Jednocześnie zgodnie z zapisami w pkt III ppkt 19 SIWZ w przypadku zgodności oferowanego oprogramowania z parametrami oprogramowania opisanymi przez Zamawiającego w WYCENIE DOSTAWY stanowiącej ZAŁĄCZNIK NR 9 do SIWZ, dopuszczał zastosowanie zapisu „zgodnie z SIWZ" i wskazania producenta i nazwę wersji. Wykonawca w złożonej wraz z ofertą WYCENIE DOSTAWY:

a) nie podał parametrów zaoferowanego systemu operacyjnego Windows 10 Pro, ani nie zastosował zapisu „zgodnie z SIWZ". Wpisał jedynie „64 bit", co jest niewystarczające i uniemożliwia Zamawiającemu zweryfikowanie oprogramowania, jakie oferuje Wykonawca, co jest niezgodne z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ;

b) nie podał parametrów zaoferowanego oprogramowania antywirusowego Endpoint Protection Standard, ani nie zastosował zapisu „zgodnie z SIWZ". Wpisał jedynie „licencja 12 miesięcy", co jest niewystarczające i uniemożliwia Zamawiającemu zweryfikowanie oprogramowania, jakie oferuje Wykonawca, co jest niezgodne z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ."

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Horyzont na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż oferta wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami wskazanymi w SIWZ tj. wykonawca w Załączniku nr 9 SIWZ nie określił producenta zaoferowanego oprogramowania antywirusowego, co uniemożliwiało zweryfikowanie jakie oprogramowanie jest oferowane przez wykonawcę.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

<u>Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp</u>

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający niezasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie

wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż w analizowanym stanie faktycznym brak było

podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ co do przedmiotu zamówienia. Wskazać należy w pierwszej kolejności, iż w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał wyłącznie, iż podstawą odrzucenia oferty wykonawcy jest brak podania w Załączniku nr 9 do SIWZ parametrów

zaoferowanego systemu operacyjnego oraz oprogramowania antywirusowego, przy

jednoczesnym braku zastosowania zapisu „zgodnie z SIWZ". Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający nie sprecyzował w żaden sposób jakich konkretnie minimalnych parametrów określonych w SIWZ, w tym w Załączniku nr 9 SIWZ oferowane przez Odwołującego produkty nie spełniają. Zamawiający również nie kwestionował sposobu identyfikacji zaoferowanych przez Odwołującego produktów w zakresie określenia producenta oraz nazwy wersji oprogramowania antywirusowego oraz systemu operacyjnego.

Nie ulega wątpliwości, iż w Załączniku nr 9 do SIWZ „Opis Zamawiającego", Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, iż przygotowana prze niego Tabela zawiera opis minimalnych wymagań. W zakresie systemu operacyjnego oraz oprogramowania antywirusowego Zamawiający odwołał się do pkt III ppkt 4 SIWZ, wskazując tym samym, iż w przywołanym punkcie SIWZ zawarte są minimalne wymagania Zamawiającego co do oferowanego przez wykonawców systemu operacyjnego i oprogramowania antywirusowego. Innymi słowy, wskazane przez wykonawców w Załączniku nr 9 do SIWZ produkty poprzez określone ich producenta oraz nazwy wersji powinny co najmniej spełniać wymagania minimalne określone przez Zamawiającego. Zasadne jest więc wnioskowanie, że gdyby wykonawca chciał zaoferować produkt z parametrami wyższymi niż minimalne, to wówczas te parametry winny być wskazane w tabeli stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ. Inna stanowisko nie znajduje, w ocenie Izby, uzasadnienia logicznego. Za bezcelowe uznać należałoby bowiem przepisywanie w załączniku nr 9 do SIWZ minimalnych parametrów określonych przez Zamawiającego w pkt III ppkt 4 SIWZ, przy jednoczesnym dopuszczeniu możliwości posłużenia się przez wykonawcę zapisem „zgodnie z SIWZ".

W ocenie Izby wskazanie przez Odwołującego w treści Załącznika nr 9 do SIWZ producenta oraz nazwy systemu operacyjnego i oprogramowania antywirusowego pozwala na kompletną weryfikację zaoferowanych produktów pod względem zgodności z minimalnymi wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego brak jest jakiekolwiek informacji czy Zamawiające dokonał weryfikacji produktów zaoferowanych przez wykonawcę pod kątem spełnienia minimalnych wymagań dotyczących systemu operacyjnego i oprogramowania antywirusowego określonych w SIWZ. W ocenie Izby, Zamawiający ograniczył się wyłącznie do formalnej oceny Załącznika nr 9 wykonawcy tj. co sposobu jego formalnego wypełnienia, zgodnie z zapisami SIWZ, pomijając okoliczność, iż informacje zawarte w treści oferty pozwalają na ustalenie treści oświadczenia woli wykonawcy do co oferowanych produktów, a tym samym umożliwiają weryfikację jakich konkretnie minimalnych parametrów produkty te nie spełniają.

Izba stanęła na stanowiska, że uchybienie wykonawcy poprzez brak zawarcia w Załączniku nr 9 zapisu „zgodnie z SIWZ" stanowi uchybienie co do formy, nie zaś co merytorycznej zawartości oferty. Podkreślić bowiem należy, że w złożonej ofercie Odwołujący zawarł informację co do producenta oraz rodzaju oferowanych produktów, zidentyfikował tym samym, co nie było kwestionowane przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy, przedmiot swojego świadczenia. Za logiczne i poprawne przyjąć należy, że składając ofertę oraz identyfikując przedmiot swojego świadczenia, Odwołujący kieruje się zapisami SIWZ, oświadczył, że oferuje produkt zgodny z minimalnymi wymaganiami zawartymi w SIWZ. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do absurdalnych wniosków tj. iż wykonawca składa celowo ofertę niezgodną z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Odwołujący składając oświadczenie w formularzu oferty o zapoznaniu się ze SIWZ i braku wniesienia zastrzeżeń co do jej treści, potwierdził jednocześnie, iż składając ofertę oferuje produkty spełniające minimalne wymagania wskazane przez Zamawiającego.

W ocenie Izby uchybienie Odwołującego ma charakter czysto formalny i nie może skutkować zastosowaniem wobec wykonawcy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przyjęcie odmiennej interpretacji oznaczałoby nieuprawnioną analizę treści oferty wykonawcy wyłącznie na podstawie wybranych zapisów w poszczególnych kolumnach, bez całościowej analizy oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Oznaczałoby również prymat formy wyrazu oświadczenia woli wykonawcy nad jego merytoryczną treścią, co, w ocenie Izby, stoi w sprzeczności w zapisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i utrwaloną liną orzeczniczą opartą na tej regulacji stanowiącą, iż uchybienia formalne co do sposobu wypełnienia oferty nie

mogą skutkować zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym nie ma żadnych wątpliwości, iż niezależnie od tego, czy wykonawca podał w swojej ofercie parametry systemu, oprogramowania czy też użył sformułowania „zgodnie z SIWZ", Zamawiający, znając producenta i wersję zaoferowanego oprogramowania/systemu, powinien zweryfikować czy faktycznie zaoferowane oprogramowanie posiada parametry wskazane przez wykonawcę w ofercie i czy faktycznie jest zgodne z SIWZ. Bezwzględne wymaganie informacji co do

producenta i nazwy wersji oferowanego oprogramowania/systemu jednoznacznie wskazuje,

że to na podstawie tych właśnie informacji Zamawiający zamierzał weryfikować, czy zaoferowane oprogramowanie/system faktycznie spełnia wymagania SIWZ. W innym wypadku żądanie tych informacji byłoby pozbawione sensu, skoro Zamawiający mógłby się ograniczyć do sprawdzenia, czy wykonawca zadeklarował w ofercie, że oferuje oprogramowanie „zgodnie z SIWZ".

Argumentacja podniesiona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w ocenie Izby, nie zasługiwała na uwzględnianie. Po pierwsze, wywody Zamawiającego co do rzekomych różnych wersji językowych produktów zaoferowanych przez Odwołującego nie znajdują odzwierciedlenia w treści decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a tym samym podnoszenie ich na obecnym etapie postępowaniu uznać należy ze spóźnione. Ponadto, podczas rozprawy Odwołujący przedłożył dowody potwierdzające możliwość konfiguracji zaoferowanych produktów w języku polskim, jako jedną z funkcjonalności oferowanych produktów (tj. korespondencja e-mailowe z firmą Dagma oraz informacje ze strony internetowej Microsoft). Po drugie, argumentacja Zamawiającego o jego braku obowiązku poszukiwania w źródła zewnętrznych potwierdzenia, iż oferowane przez wykonawców produkty spełniają wymagania zawarte w SIWZ w analizowanym stanie faktycznym skłania do postawienia pytania co konkretnie badał i analizował Zamawiający w ofertach wykonawców i co było źródłem wiedzy Zamawiającego o produktach oferowanych przez wykonawców. Sam Zamawiający nie sprecyzował w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego informacji o sposobie czy zakresie weryfikacji produktów oferowanych przez poszczególnych wykonawców, takich informacji nie zawarł również w SIWZ. Gdyby dopuścić wyłącznie formalną weryfikację przez Zamawiającego ofert wykonawców ograniczającą się wyłącznie do czysto formalnego uwzględnienia przez poszczególnych wykonawców wymogów formalnych zawartych w SIWZ, bez ich merytorycznej weryfikacji, to procedura badania i oceny ofert nie osiągnęłaby zamierzonego przez ustawodawcę celu - tj. ustalenia czy produkty oferowane rzeczywiście, a nie wyłącznie formalnie, na papierze, spełniają wymagania określone w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem nieprawidłowo ustalił, że brak wskazania w Załączniku nr 9 do SIWZ parametrów zaoferowanego przez

Odwołującego systemu operacyjnego i oprogramowania antywirusowego stanowi podstawę

do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec uznanie przez Izbę za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Horyzont

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego podniesione wobec oferty wykonawcy Horyzont tj. niezgodności oferty wykonawcy z wymaganiami wskazanymi w SIWZ dotyczących kart graficznych GeForce G210 oraz zasilaczy TFX 300W APFC 120 mm.

Treść zarzutu Odwołującego nie została poparta żadnym materiałem dowodowym na wykazania zasadności podniesionych twierdzeń. Jak Izba wielokrotnie wskazywała w swoim orzecznictwie, postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Odwołujący poza ogólnymi, niczym niepopartymi twierdzeniami nie podał żadnych racjonalnych argumentów potwierdzających zasadność podniesionych zarzutów, mimo iż -

zgodnie z art. 6 k.c. - ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Nie przedłożył żadnych dokumentów na wykazanie prawdziwości, a tym bardziej zasadności podniesionych twierdzeń. Tym samym, w ocenie Izby, nie było żadnych podstaw do uwzględnienia zarzutów odniesionych przez Odwołującego wyłącznie na podstawie jego subiektywnych twierdzeń względem oferty konkurencyjnej w postępowaniu.

Zarzut naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Zarzut został podniesiony przez Odwołującego z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponieważ Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 2 w zw. z § 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).

Przewodniczący: .....