Sygn. akt: KIO 2143/13

WYROK
z dnia 23 września 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 września 2013 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2013 roku przez **Odwołującego – Przedsiębiorstwo Realizacji Zamówień Publicznych - Z. L. Spółka Jawna z siedzibą w Połańcu,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Bibliotekę Narodową w Warszawie**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obcią a **Odwołującego** - **Przedsiębiorstwo Realizacji Zamówień Publicznych - Z. L. Spółka Jawna z siedzibą w Połańcu** , i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - **Przedsiębiorstwo Realizacji Zamówień Publicznych - Z. L. Spółka Jawna z siedzibą w Połańcu,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - **Przedsiębiorstwo Realizacji Zamówień Publicznych - Z. L. Spółka Jawna z siedzibą w Połańcu,** na rzecz **Zamawiającego – Biblioteki Narodowej w Warszawie,** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz.907) 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 2143/13

Uzasadnienie

W dniu 6 września 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907 ze zm., zwana dalej „ustawą Pzp"), odwołanie zło ył wykonawca Przedsiębiorstwo Realizacji Zamówień Publicznych Z. L. Spółka Jawna z siedzibą w Połańcu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego na potrzeby Biblioteki Narodowej w Warszawie prowadzi Zamawiający: Biblioteka Narodowa w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2013-03-15 pod numerem: 2013/S 053-087020.

Odwołanie wniesiono wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania polegających na: wadliwej czynności badania i oceny ofert, bezpodstawnego dokonania czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania, bezpodstawnego dokonania

czynności odrzucenia oferty Odwołującego, bezpodstawnego zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:
1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, i wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i przyjecie, i oferta e zło ona oferta spełnia wszystkie Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, pomimo wymagania SIWZ, a zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie odpowiada wszelkim parametrom produktu, które zostały w SIWZ określone, jak równie było dostępne w dniu składania ofert,
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie Odwołującego do wyjaśnień treści oferty w zakresie odpowiedzi na pytanie czy Odwołujący w chwili składania ofert dysponował zaoferowanym oprogramowaniem,
4. art. 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego e oferta zło ona przez Odwołującego traktowania wykonawców albowiem pomimo odpowiada wszelkim wymaganiom SIWZ Zamawiający w celu jej odrzucenia zastosował kryteria nieznajdujące oparcia w SIWZ.

Odwołujący ądał uniewa nienia czynności wykluczenia Odwołującego, uniewa nienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownej oceny ofert, wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, e posiada interes w zło eniu odwołania, poniewa w wypadku utrzymania w mocy czynności Zamawiającego, Odwołujący zostałby wykluczony z postępowania, a oferta Odwołującego zostałaby odrzucona a w konsekwencji nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza i tym samym nie uzyskałby on przedmiotowego zamówienia. Rozstrzygnięcie postępowania zostało doręczone Wykonawcy w dniu 28 sierpnia 2013 roku, w związku z czym odwołanie zostało zło one w terminie. Kopia odwołania została w wyznaczonym ustawowo terminie przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu podniesiono, e w SIWZ Zamawiający wymagał Pakietu biurowego: Microsoft Office 2010 standard w polskiej wersji językowej lub równowa ny pakiet biurowy w pełni kompatybilny w zakresie obsługi formatów docx, pptx, xlsx u ywanych przez Zamawiającego. Wymaganie Zamawiającego było sprecyzowane w poz. Lp.l, pkt k, parametr 2, Lp.2, pkt k, parametr 2, Lp.7, parametr 14, Lp.8, parametr 16.

Odwołujący w ofercie z dnia 22 maja 2013 roku zaoferował program LibreOffice PL. Natomiast, w wyniku zło onych wyjaśnień z dnia 9 sierpnia 2013 roku (a więc prawie 3 miesiące po upływie terminu składania ofert) doprecyzował, i chodzi o program LibreOffice PL w wersji 4.1.0.4 w pełni kompatybilny w zakresie obsługi formatów docx, pptx, xlsx.

Zamawiający w rozstrzygnięciu z dnia 28 sierpnia 2013 roku stwierdził, i zaoferowany przez Wykonawcę pakiet biurowy LibreOffice PL w wersji 4.1.0.4 wydany został dopiero 25 lipca 2013 roku, a więc w dacie składania ofert nie był produktem dostępnym na rynku, w związku z czym Odwołujący nie mógł zaoferować oprogramowania, które na dzień składania ofert nie było dostępne na rynku. Wobec czego Zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) oraz odrzucił jego ofertę (art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy Pzp).

Odnośnie zarzutów podniesionych przez Zamawiającego Wykonawca zaznaczył, i dostępność oprogramowania jest ró na w zale ności od charakteru podmiotów, dla których produkt jest oferowany. W innym terminie produkt jest dostępny dla dystrybutorów, sprzedawców itp., a w innym dla konsumentów czy te ostatecznych odbiorców. Znajduje to potwierdzenie w fakcie, i produkt, który ma być dostępny w sprzeda y w określonym dniu, musi być wcześniej wyprodukowany, opakowany i dostarczony do punktów sprzeda y. A zatem, fakt, i produkt jest dostępny dla ostatecznego odbiorcy od określonego dnia, oznacza ni mniej ni więcej, tylko tyle, i dystrybutorzy mają wiedzę, a bardzo często ju gotowy produkt znacznie wcześniej. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszym przypadku.

Ponadto, producent zaoferowanego oprogramowania, organizacja The Document

Foundation, udostępniła oprogramowanie LibreOffice w wersji 4.1.0 w dniu 20 maja 2013 roku. Udostępnienie wersji 4.1.0 (zwanej roboczo: Beta) miało na celu umo liwienie

wykonania partnerom producenta testów i sugerowanie ewentualnych poprawek. Odwołujący chcąc przygotować najkorzystniejszą dla Zamawiającego ofertę, przetestował najnowszą dostępną wersję programu LibreOffice pod kątem stabilności pracy i zgodności z wymogami SIWZ. Po przeprowadzeniu testów Odwołujący zaoferował wersję najnowszą, najbardziej funkcjonalną, stabilną i dostępną na dzień składania ofert. Przy czym wyjaśnić nale y, i ostatnie cyfry w nazwie wersji oznaczają aktualizacje/poprawki tego programu. Organizacja The Document Foundation upubliczniając w dniu 25 lipca 2013 roku zaoferowaną przez Odwołującego wersję LibreOffice 4.1.0.4 potwierdziła pełną funkcjonalność opublikowanego ju w dniu 20 maja 2013 roku oprogramowania 4.1.0 (nazwanego roboczo: Beta). Organizacja The Document Foundation na swoich stronach internetowych publikuje aktualne informacje istotne dla u ytkowników. Z informacji wynika, e LibreOffice jest licencjonowany pod zasadami licencji LGPLv3 (nowe zmiany, poprawki są licencjonowane pod LGPLv3+ oraz MPL). Oznacza to, e mo na bezpłatnie z niego korzystać w celach osobistych i komercyjnych, kopiować i rozdawać kopie, a tak e modyfikować i zmieniać kod źródłowy, czy tworzyć pochodne od niego dzieła. Nadto, zgodnie z oświadczeniem producenta nie jest dobre zakładanie, e wersje z poprzedniej "gałęzi" są bezpieczniejsze lub bardziej stabilne. LibreOffice stale się rozwija. Nowsze wydania są aktualizowane regularnie, w oparciu o najnowsze opinie i sugestie u ytkowników. Oczywiście starszym wydaniom poświęca się mniej uwagi, wsparcia. W tabeli pochodzącej ze strony producenta Odwołujący przedstawił daty publikacji wersji oprogramowania w wersji 4.0. oraz w wersji oferowanej w postępowaniu 4.1.

Zamawiający pominął całkowicie ustalenie, zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty, i oferowane oprogramowanie było ju dostępne na rynku w dniu terminu składania ofert. Była to tzw.: wersja testowa oznaczona LibreOffice 4.1.0 Wykonawca, jako podmiot mający wieloletnie doświadczenie na rynku zamówień publicznych, chciał zaoferować najnowszy i najlepszy produkt. Dlatego te poza posiadaną wiedzą o nowym produkcie i otrzymanych zapewnieniach o mo liwościach jego oferowania, przeprowadził testy stabilności oprogramowania. W konsekwencji, zaoferował takie a nie inne oprogramowanie. Znalazło to potwierdzenie w udzielonych wyjaśnieniach z dnia 9 sierpnia 2013 roku gdzie Odwołujący doprecyzował, i zaoferował program LibreOffice PL w wersji 4.1.0.4 w pełni kompatybilny w zakresie obsługi wymaganych formatów docx, pptx, xlsx.

Ponadto, nale y zauwa yć, i w adnym miejscu SIWZ odnośnie oprogramowania równowa nego, Zamawiający nie wymagał dokładnego podania nazwy (wersji) oferowanego produktu. Zamawiający wymagał tylko i wyłącznie oświadczenia, i oprogramowanie jest w pełni kompatybilne w zakresie obsługi formatów docx, pptx, xlsx u ywanych przez Zamawiającego. Nadto, Odwołujący w dniu udzielania wyjaśnień tj. 9 sierpnia 2013 roku (a więc prawie 3 miesiące po upływie terminu składania ofert), wiedział, i produktem

najaktualniejszym jest LibreOffice 4.1 zamiast wycofanego z dystrybucji LibreOffice 4.0 (nota bene równie spełniającego wymagania SIWZ). W związku z faktem przedłu ania procesu badania i oceny ofert, jak równie w związku z przewidzianymi terminami wykonania zamówienia było oczywistym, i dostawa mo e dotyczyć tylko i wyłącznie oprogramowania LibreOffice w wersji 4.1.0.4.

Powy sze znajduje potwierdzenie tak e w art. 354 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem art. 354 § 1 KC dłu nik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współ ycia społecznego, a je eli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - tak e w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Nie ulega wątpliwości, i w przypadku dostaw oprogramowania, umowa taka zawiera w sobie obowiązek dostaw aktualizacji/poprawek/nowszych wersji programu. Wynika to z faktu ciągle rozwijającej się technologii, do której program komputerowy kupiony w danym dniu nie jest dostosowany. Brak aktualizacji/poprawek/nowszych wersji programu powoduje nieprawidłowości, a czasem zupełnie uniemo liwia, korzystanie z danego oprogramowania. Tym samym Odwołujący zaoferował program LibreOffice PL, a postępując zgodnie

z przepisem art. 354 § 1 KC w wyniku zło onych wyjaśnień z dnia 9 sierpnia 2013 roku (a więc prawie 3 miesiące po upływie terminu składania ofert) mógł a nawet był zobowiązany doprecyzować, i chodzi o program LibreOffice PL w wersji 4.1.0.4.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, i Zamawiający w wyniku błędnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszą uznał ofertę dro szą o 86 064,33 złotych.

Mając powy sze na względzie uznano wniesienie odwołania za konieczne.

Na rozprawie Zamawiający zło ył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawiając szczegółową argumentację wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert zło onych w postępowaniu, wyjaśnień udzielonych przez wykonawców w postępowaniu, materiałów zło onych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron i uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zwa ył, co następuje:

Ustalono, e nie została wypełniona adna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, e wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany mo liwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W postępowaniu ustalono następujący stan faktyczny:

W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał dostawy oprogramowania wyspecyfikowanego w załączniku nr 2 do SIWZ, w tym oprogramowania Microsoft Office2010 Standard w polskiej wersji językowej lub równowa nego pakietu biurowego w pełni kompatybilnego w zakresie obsługi formatów docx, pptx, xlsx.

Odwołujący w zło onej ofercie w wierszu 6 tabeli zaproponował oprogramowanie LibreOffice, bez wskazania innych informacji identyfikujących dany produkt. Dlatego te Zamawiający zwrócił się w trybie art. 87 ustawy Pzp do wykonawcy o zło enie dodatkowych wyjaśnień, ądając sprecyzowania oferowanej wersji oprogramowania i odpowiedzi na pytanie jaka wersja oprogramowania została zaoferowana. Wykonawca zło ył wyjaśnienia i wskazał e oferuje program LibreOffice PL w wersji 4.1.0.4 w pełni kompatybilny w zakresie obsługi wymaganych formatów. Zwrócił jednak uwagę, e jedynym wymaganym kryterium równowa ności była obsługa wymienionych formatów plików. Testy Zamawiającego w zakresie kompatybilności z pakietem Microsoft Office 2010 Standard nie mogą wpływać na decyzję o wyborze ofert, poniewa taki wymóg nie znalazł się w SIWZ. Wykonawca poinformował, e pliki w wymaganych formatach mo na wytworzyć przy pomocy ró nych programów wykorzystujących specyficzne dla danego oprogramowania funkcjonalności, które w pakiecie innego producenta mogą się ró nić lub nie występować. W związku z tym wymóg pełnej kompatybilności z konkretnym pakietem programów ograniczałby mo liwość zaoferowania produktu równowa nego.

W wyniku decyzji Zamawiającego wykonawca Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a oferta wykonawcy na podstawie art. 8 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp została odrzucona. W zakresie wykluczenia wskazano, e otwarcie ofert nastąpiło w postępowaniu w dniu 22 maja 2013 roku. W ofercie wykonawca zło ył oświadczenie, e produkty równowa ne spełniają wymagania określone przez Zamawiającego pod względem cech technicznych i jakościowych. Zgodnie natomiast z pozyskaną od producenta wiedzą zaoferowany przez wykonawcę pakiet biurowy w wersji 4.1.0.4 wydany został dopiero między 22 a28 ;ipca 2013 roku. Wobec czego, na dzień 22 maja 2013 roku dostępna była jedynie wersja testowa Beta1 LibreOffice 4.1. Stabilna wersja,

która była dostępna w dniu 22 maja to wersja 4.0.3. W związku z powy szym wykonawca nie mógł w ofercie zaoferować oprogramowania, które na dzień składania ofert nie było dostępne na rynku. Oznacza to, e wykonawca zło ył nieprawdziwe informacje.

Odnośnie podstawy do odrzucenia oferty, wskazano, e (….) na datę upływu terminu składania ofert wykonawca mógł zaoferować tylko wersję dostępną, to jest LibreOffice 4.0.3, która nie jest w pełni kompatybilna z Microsoft Office 2010 w zakresie obsługi formató1) docx, pptx, xlix. Oznacza to, e oferta wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ w wymienionych miejscach, gdzie wymagano dostawy oprogramowania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, zarzuty podniesione w odwołaniu oraz poczynione ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby uznał, i odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W pierwszej kolejności zauwa yć nale y, i Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tego zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na przez podstawie przedło onych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów ądanych Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Oczywistym jest równie fakt, e to na wykonawcy ubiegającym się e spełnia on warunki udziału o zamówienie publiczne cią y obowiązek wykazania, w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

W przypadku zarzutu przedstawienia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, dostrze enia wymaga fakt, e norma prawna wyra ona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku postępowania zło yli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, i aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyra onej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- musi dojść do zło enia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać zło one przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- zło enie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- zło enie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub mo e mieć wpływ na wynik tego postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nale ało zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, i Zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował przywołaną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Podkreślenia wymaga, e stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, e informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest pewnego czy wywołanie wystarczającym zaistnienie stanu niepewności, pewnych wątpliwości, e być mo e informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, e wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca ka dorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy te potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego adnych wątpliwości stwierdzenia.

Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak je eli powstaną jakiekolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym

przez wykonawców, którzy zło yli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze zło eniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

Wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, składa wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Wykonawcy winni wykazać wysoką staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co przemawia za wymaganiem od nich dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji.

Za nieprawdziwą informację nale y uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego

traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostaną zachowane.

Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, musi bezspornie łącznie wykazać, e przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedło enie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego lub zamiaru ewentualnego, bądź te wykonawca uświadamiał sobie mo liwość przedło enia e nie zostanie to informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, ujawnione, albo wreszcie, przedło enia nie przewidywał mo liwości wykonawca nieprawdziwych informacji, chocia powinien i mógł tę mo liwość przewidzieć (za wyrokiem KIO z dnia 18 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 637/11).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przedstawił adnych wiarygodnych dowodów przemawiających na korzyść zaprezentowanej tezy o zło eniu nieprawdziwych informacji przez Odwołującego. W ocenie składu orzekającego Izby w postępowaniu mamy raczej do czynienia z odmienną interpretacją pojęć u ytych przez Zamawiającego w SIWZ. W ofercie wykonawca nie wskazał wersji oprogramowania, które zaoferował. Wersję taką podał dopiero w zło onych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach. Trudno zatem działania Odwołującego interpretować jako celowe i zamierzone działanie, które miało wprowadzić Zamawiającego w błąd, a Odwołującemu dać mo liwość uzyskania zamówienia i podpisania umowy. Sytuacja przedstawiałaby się inaczej gdyby w ofercie podano jakieś informacje dotyczące wersji oprogramowania. W ocenie Izby Odwołujący błędnie był przekonany, e na dzień upływu terminu do składania ofert mo e zaproponować wersję oprogramowania, którą wskazał w wyjaśnieniach, co nie oznacza jednocześnie, e wykonawca posłu ył się nieprawdziwymi informacjami, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Wykonawca w swoich twierdzeniach o konkretnej wersji proponowanego oprogramowania był konsekwentny, nie zmienił stanowiska w toku postępowania, czy to o udzielnie zamówienia publicznego, czy to przed Izbą, w toku postępowania odwoławczego. Natomiast z faktu zaoferowania oprogramowania w wersji testowej w dniu składania ofert, która nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ, nie mo na wywodzić e mamy do czynienia z nieprawdziwymi informacjami. Zamawiający ani w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy, ani w zło onej odpowiedzi na odwołanie nie wyjaśnił na czym miałoby polegać zło enie nieprawdziwych informacji. Nie wykazano, e wykonawca wiedział, e niemo liwe jest proponowanie wersji testowej, a mimo to ją zaoferował. Błędne przekonanie o mo liwości, czy zasadności wskazania na konkretny produkt nie oznacza celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Okoliczność, e w ofercie wskazano na oprogramowanie, które na dzień składania

ofert nie było dostępne na rynku świadczyć mo e o zło eniu oferty niezgodnej w treści z treścią SIWZ ale nie mo e stanowić o zło eniu nieprawdziwych informacji.

Choć zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez nieprawidłowe jego zastosowanie znalazł potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym, to odwołanie nie mogło zostać uwzględnione, ponieważ nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który jest zarzutem decydującym o bycie oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, je eli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrze eniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrze eniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać nale y, e oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, ni określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta mo e przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak te w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź te usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Dostrze enia wymaga, e podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ wraz z załącznikami. To na podstawie zapisów tego dokumentu wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu powinny określać szczegółowy sposób i wskazywać według jakich kryteriów oceniana będzie merytoryczna treść oferty. Są to dokumenty wią ące dla wykonawców, dlatego te powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokumenty te wią ą równie drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia, a tak e zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny ka dej zło onej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym,

jak te przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do kryteriów, jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie zło onych ofert. Uznać zatem trzeba, e to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a tak e zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie mo e przekroczyć. Niedopuszczalna jest wobec tego ocena oparta o intencje Zamawiającego nie wyra one wprost w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Przenosząc powy sze na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrze enia wymaga, i w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ i jej załącznikach w sposób jasny i precyzyjny określił i szczegółowo opisał przedmiot zamówienia, tak e odnośnie wymagań umo liwiających wykonawcom zaoferowanie produktów równowa nych. Podkreślenia wymaga równie okoliczność, e to wykonawca jest autorem oferty i to on decyduje o sposobie sporządzenia tego dokumentu. On tak e decyduje jakie dokumenty w jego ocenie będą wystarczające i niezbędne do wykazania spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Zamawiający badając i oceniając oferty zobowiązany jest skonfrontować treść poczynionych wymagań w SIWZ z treścią znajdującą się w zło onych ofertach. Je eli więc w toku oceny pojawią się wątpliwości lub niejasności dotyczące zło onej oferty, to zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie tyle uprawnieniem, a obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelne wyjaśnienie takich wątpliwości lub niejasności. Dlatego te w przedmiotowym postępowaniu, skład orzekający Izby uznał, i prawidłowo postąpił Zamawiający wzywając

wykonawcę do zło enia wyjaśnień w zakresie treści oferty je eli z oferty nie wynikało, czy zaproponowane oprogramowanie spełnia przesłanki równowa ności w stosunku do oprogramowania referencyjnego. Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty Odwołującego o nieuprawnionym i niewłaściwym zastosowaniu art. 87 w postępowaniu. Biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego prowadzenia postępowania i prawidłowej oceny oferty, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nale y odczytywać jako kompetencję Zamawiającego, prawo do ądania wyjaśnień połączone z obowiązkiem ich ądania w celu zachowania nale ytej staranności przy badaniu i ocenie ofert (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 sierpnia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 992/09).

W ocenie składu orzekającego znamienna jest konstrukcja sformułowania zarzutów odwołania, w którym to wykonawca w sposób zdawkowy odnosi się do decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca całkowicie bowiem pomija okoliczność, w której Zamawiający komunikując decyzję o odrzuceniu oferty odnosił się do kompatybilności zaoferowanego oprogramowania w stosunku do oprogramowania wymienionego w SIWZ, tj. Microsoft Office 2010 Standard, a polemizuje jedynie z mo liwością zaproponowania pewnej wersji wskazanego oprogramowania równowa nego.

12

Znamienna jest równie treść wyjaśnień udzielonych w postępowaniu przez Odwołującego. Choć wezwanie Zamawiającego dotyczy jedynie podania konkretnej wersji oprogramowania, to wykonawca składając wyjaśnienia i jakby uprzedzając decyzję Zamawiającego zaznacza, e jedynym kryterium równowa ności określonym w SIWZ była obsługa wymienionych formatów plików a testy w zakresie kompatybilności z pakietem Microsoft Office nie mogą wpłyną na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie składu orzekającego takie stanowisko potwierdza tylko okoliczność, i równowa ność i kompatybilność w określonym w SIWZ zakresie proponowanego produktu w stosunku do produktu referencyjnego jest wysoce dyskusyjna. Brak merytorycznego uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odwołaniu i nieodniesienie się do podanych powodów niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oznacza w ocenie Izby przyznanie, i z taką niezgodnością mamy w przypadku oferty Odwołującego do czynienia.

Nie mo na tak e zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym na rozprawie, e kompatybilność produktu dotyczyła jedynie obsługi określonych formatów plików, podczas gdy Zamawiający jasno wymagał dostarczenia Microsoft Office 2010 Standard w polskiej wersji językowej **lub równowa nego pakietu biurowego** w pełni kompatybilnego w zakresie obsługi określonych formatów plików. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w ocenie Izby (oraz Zamawiającego, jak wynika z wezwania do wyjaśnień) produktem, w stosunku do którego nale ało wykazać równowa ność, **tak e w zakresie kompatybilności** w zakresie obsługi formatów plików był właśnie Microsoft Office 2010. Skoro więc, jak wynika z informacji przedstawionych przez Zamawiającego, ani wersja 4.0.3. (dostępna w dniu składania oferty), ani wersja 4.1.0.4. (wskazana w wyjaśnieniach wykonawcy jako wersja oferowana) nie jest w pełni kompatybilna z wymaganym w SIWZ oprogramowaniem, na co Odwołujący nie przedstawił kontrdowodu, wnioskować nale y, i decyzja o odrzuceniu oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podjęta została prawidłowo.

Konkludując, uznano, i wykonawca Odwołujący nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, e badanie i ocena ofert w przez była postępowaniu dokonana Zamawiającego prawidłowa.
W prowadzonym postępowaniu nie dopatrzono się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców lub prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

13

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: