Sygn. akt: KIO 1360/13

WYROK
z dnia 26 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2013r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2013r. przez **odwołującego:** M……. D……. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Centrum Komputerowe Planeta M…….. D……. ul. Piwna 32; 43-100 Tychy w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Płużnica; 87-214 Płużnica woj. kujawsko-pomorskie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża Gmina Płużnica; 87-214 Płużnica i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 **zł** 00 **gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez M…… D……. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Centrum Komputerowe Planeta M…… D……. ul. Piwna 32; 43-100 Tychy tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gmina Płużnica; 87-214 Płużnica na rzecz M…….. D…… prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Centrum Komputerowe Planeta M……. D…….. ul. Piwna 32; 43-100 Tychy kwotę 11.243 **zł** 76 **gr** (słownie: jedenaście tysięcy dwieście czterdzieści trzy złote i siedemdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty

---

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia i kosztów dojazdu pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Toruniu

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

W dniu 07.06.2013r. odwołujący M…… D……. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Centrum Komputerowe Planeta M…… D……. z siedzibą w Tychach wniósł odwołanie na czynność zamawiającego Gmina Płużnica.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu odrzucenie jego oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” poprzez odrzucenie jego oferty w oparciu o nie istniejące postanowienia SIWZ. Również zarzucił naruszenie art.44, art. 82 ust.3; art.7 ust.1, art.7 ust.1 i 2 i art.91 ust.1 ustawy.
Odwołujący stwierdza w uzasadnieniu między innymi, że zamawiający nie znając się na

oprogramowaniach typu open source nie miał podstaw do wzywania odwołującego do przeprowadzenia prezentacji oferowanego systemu operacyjnego w celu jego weryfikacji z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący opierając się na wskazanych w odwołaniu zarzutach wniósł o uwzględnienie odwołania, powtórzenie czynności oceny ofert, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, przyznanie odwołującemu zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu.
Odwołujący powołuje się na posiadanie uzasadnionego interesu prawnego i ekonomicznego do wniesienia odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności oceny ofert jego oferta będzie najkorzystniejszą.
Odwołujący pomimo braku obowiązku zgodził się na prezentację systemu operacyjnego w dniu 15.05.2013r. Przeprowadzona prezentacja potwierdziła spełnienie wszystkich wymagań opisanych w SIWZ.
Jako dowód odwołujący powołał protokół z dnia 15.05.2013r. z przeprowadzonej prezentacji w siedzibie zamawiającego, który to protokół sporządził zamawiający.
Odwołujący wniósł dodatkowo o przesłuchanie na powyższą okoliczność świadków w osobach: J…… B…… i D……. P……. (wezwanie na adres odwołującego).
Odwołujący wskazał również na okoliczność, która wystąpiła podczas prezentacji z systemem Windows, który również nie obsługiwał automatycznie wskazanego urządzenia i konieczne było instalowanie dodatkowego oprogramowania. Co do zasady nie istnieje system operacyjny, który posiada oprogramowanie sterujące do wszystkich istniejących urządzeń peryferyjnych. Proces instalacji oprogramowania sterującego nie jest niczym

---

nadzwyczajnym i każdy użytkownik komputera zdaje sobie sprawę z konieczności instalowania oprogramowania dla nowo dodanych urządzeń. Zamawiający mając wątpliwości co do autorstwa oferowanego przez odwołującego oprogramowania, wezwał jego do przedstawienia kodów źródłowych, stawiając kolejne wymaganie nie przewidziane w SIWZ i nie wymagane w stosunku do innych wykonawców. System odwołującego został stworzony na bazie otwartego kodu źródłowego Linux (a zatem dostępnego dla każdego, w przeciwieństwie dla systemu np.; Windows) zmodyfikowanego o zestaw bibliotek oraz narzędzi w sposób umożliwiający korzystanie z systemu przez niedoświadczonych użytkowników oraz zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ przez zamawiającego. Wielokrotnie podkreśla, że SIWZ nie wymaga dostarczenia kodów źródłowych a inni wykonawcy nie byli wzywani tak jak odwołujący do ich przedstawienia. Przy czym wbrew twierdzeniu zamawiającego, został jemu przekazany dostęp do kodu źródłowego jądra systemu Linux w oparciu o który została stworzona dystrybucja oprogramowania OPENPL 1.04. Odnosząc się do odmowy podania pełnej listy modyfikacji i zmian wprowadzonych do oprogramowania z podawaniem dodatkowych informacji na temat wykonujących je pracowników, metod testowania i celu wprowadzania zmian odwołujący wskazuje, że obowiązująca SIWZ nie wymagała przekazywania takich informacji. Ponadto nie są one niezbędne do stwierdzenia zgodności zaoferowanego oprogramowania z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Odwołujący w zakończeniu uzasadnienia odwołania powołał się na okoliczność, że oprogramowanie zaoferowane przez odwołującego funkcjonuje z powodzeniem u beneficjentów ostatecznych projektów przeciwdziałania wykluczaniu cyfrowemu w mieście Tychy i w gminie Myszków.

Pismem z dnia 20 czerwca 2013r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.
Zamawiający odrzucił ofertę, ponieważ zaoferowany system operacyjny nie spełniał wymagań SIWZ. Przy czym zamawiający poinformował, że po złożeniu odwołania, unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z powodu zaniechania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień 5 innych wykonawców. Po uzyskaniu niezbędnych wyjaśnień zamawiający w dniu 11 czerwca 2013r. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, tym razem innej niż pierwotnie.

Zamawiający żądał między innymi treści umów licencyjnych. Opis przedmiotu zamówienia znajduje się w zał. nr 1 do SIWZ gdzie zamawiający szczegółowo opisał wymagania dotyczące systemu operacyjnego. Kluczowe dla zamawiającego było między innymi aby użytkownicy mogli uaktualniać sterowniki urządzeń również przez witrynę producenta.

Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że zaoferowany przez odwołującego system operacyjny OPEN PL 1.04. typu open source z Powszechną Licencją Publiczną GNU publikowaną przez fundację Free Software Foundation był dla zamawiającego systemem nowym, na którym nigdy nie pracował. Z informacji uzyskanych od nauczyciela informatyki z Gimnazjum Publicznego w Nowej Wsi Królewskiej Pana B……. O……., zamawiający dowiedział się, że oferowany przez odwołującego system operacyjny z dużym prawdopodobieństwem nie będzie kompatybilny z aplikacjami edukacyjnymi wykorzystywanych w szkołach oraz system ten może być zbyt skomplikowany dla uczestników projektu to jest osób niemających żadnego doświadczenia i umiejętności dotyczących obsługi komputera czy oprogramowania systemowego. Jako dowód na okoliczność powyższych twierdzeń zamawiający przywołał zeznanie świadka w osobie Pana M…….. B…….
Zbadanie zaoferowanego systemu mogło się odbyć tylko i wyłącznie przez wezwanie do prezentacji systemu operacyjnego przez odwołującego. Co miało miejsce u zamawiającego w dniu 15 maja 2013r.
W opisie przebiegu wyjaśnień zamawiający potwierdził, że odwołujący ostatecznie udostępnił kod źródłowy. Natomiast odmówił informacji na temat listy modyfikacji jak i zmian wprowadzonych do oprogramowania z wyszczególnieniem kto te zmiany wprowadził, zasłaniając się tajemnicą przedsiębiorstwa. Natomiast wyjaśnienia te miały pomoc zamawiającemu w ustaleniu autorstwa zaoferowanego programu.
Z udzielonych wyjaśnień wynika, że odwołujący nie jest autorem oprogramowania a jedynie jego dystrybutorem, ponieważ dokonane przez niego czynności nie mają cech twórczych.
Zamawiający przedstawił argumentację uzasadniającą wezwanie odwołującego do wyjaśnień zarówno w formie prezentacji jak i późniejszych wyjaśnień to jest w celu wyjaśnienia funkcjonalności oprogramowania oraz ustalenia autorstwa oprogramowania.
Na podstawie przeprowadzonej prezencji przez odwołującego i udzielonych wyjaśnień zmawiający doszedł do następujących wniosków.
Na postawie mającej w sprawie zastosowanie licencji GNU GPL użytkownik końcowy korzysta z oprogramowania tworzonego przez wielu twórców, którzy na jakimkolwiek etapie uczestniczyli w procesie tworzenia oprogramowania, nad którym de facto nie ma żadnej kontroli,. Zachowanie chociażby jednego z tych twórców może mieć wpływ na możliwość wykorzystania danego produktu jako całości. W ocenie zmawiającego to odwołujący nie przestrzega zasad wynikających z podstawowych założeń Licencji GNU GPL to jest nie udostępnia kodu źródłowego, listy modyfikacji i jej autorów. Ponadto z samej licencji wynika, że dotyczy ona dystrybucji i proces modyfikacji i rozpowszechniania nazywa właśnie dystrybucją. W ocenie zamawiającego nie można postawić znaku równości pomiędzy pojęciami producent i dystrybutor. W związku z powyższym zamawiający nie mógł przyjąć, że odwołujący jest producentem oprogramowania OPEN PL 1.04.

Stanowisko zamawiającego wynika z okoliczności, że odwołujący nie wykazał w prowadzonym postępowaniu, że jest producentem oprogramowania. Dlatego nie jest możliwe pozyskanie potwierdzania poprawności pracy systemu operacyjnego z dostarczonym sprzętem, jak również nie jest możliwe pobieranie aktualizacji ze strony internetowej producenta gdyż strona systemu operacyjnego OPEN .PL 1.04 nie jest stroną producenta zaoferowanego sprzętu.
W podsumowaniu zamawiający stwierdza, że należy mieć na względzie przeznaczenie zakupionego sprzętu wraz z oprogramowaniem, które ma służyć osobom zagrożonym wykluczeniem cyfrowym, a więc często osobom nie znającym nawet podstawowych zagadnień związanych z obsługą komputera.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła co następuje.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym wskazanych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie dokumentów Izba dokonała ustaleń jak poniżej.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 138 500-2013 w dniu 09.04.2013 roku.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 125 zestawów komputerowych dla beneficjentów ostatecznych, szkół, świetlic oraz 2 laptopów wraz z zainstalowanym oprogramowaniem, instalacją i konfiguracją w ramach projektu internetowa gmina.

Zamówienie współfinansowane jest ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka na lata 2007-2013.

Przedmiot zamówienia został określony w SIWZ w następujący sposób.
Dostarczony sprzęt powinien być fabrycznie nowy, nieużywany, nieuszkodzony, nieobciążony prawami osób trzecich.
Sprzęt powinien mieć zainstalowane oprogramowanie.

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto 409 365, 00 złotych.

Ofertę złożyło 15 wykonawców.
Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę za kwotę 246 998,76 złotych.

W dniu 06.05.2013r. zamawiający wezwał odwołującego na prezentację systemu operacyjnego podając, że system nie jest jemu znany.

W dniu 07.05.2013r. odwołujący odnosząc się do wezwania zamawiającego zwrócił uwagę, że prezentacja nie jest przewidziana w SIWZ.
Natomiast do jego oferty załączono szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 2 oraz w pozostałych informacjach będących załącznikami do oferty.
Z pisma z dnia 07.05.2013r. wynika, że cel prezentacji to zaprezentowanie zamawiającemu funkcjonalności systemu operacyjnego OPENPL 1.04.

Po dokonanej prezentacji z protokółu ze spotkania zmawiającego z odwołującym wynika między innymi.
Punkt 6 wskazano na skomplikowany proces instalacji urządzeń peryferyjnych. Przy próbie instalacji wybranego urządzenia – typu skaner marki EPSON oprogramowanie nie wykryło automatycznie podłączonego urządzenia. Zlokalizowanie problemu zajęło informatykowi około 20 minut. W tym stanie rzeczy istnieje obawa, że beneficjent ostateczny projektu, który otrzyma sprzęt nie będzie w stanie samodzielnie dokonać instalacji jakichkolwiek urządzeń peryferyjnych . Jak oświadczył przedstawiciel firmy system OPEN PL 1.04 w podstawowej wersji nie ma wbudowanych sterowników dla większości urządzeń peryferyjnych. Pakiety instalacyjne należy samodzielnie zainstalować.
Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności, otrzymanego podczas prezentacji oświadczenia zawartego w certyfikacie zgodności z systemem operacyjnym OPEN PL 1.04 z obowiązującym prawem w zakresie co do stwierdzeń, że wykonawca jest producentem oprogramowania.

W dniu 15.05.2013r. odwołujący złożył zamawiającemu następujące wyjaśnienia.
SIWZ nie określała wymogów odnośnie występowania sterownika do danego urządzenia wprost w systemie operacyjnym, gwarantując tym samym jego automatyczną instalację.
Specyfikacja nie określa granicznego czasu w jakim ma nastąpić zainstalowanie urządzenia.

Zamawiający nie może na aktualnym etapie stawiać wymagań, które nie wynikają z SIWZ.

Tak więc nie istnieje system operacyjny, który ma wbudowane sterowniki do wszystkich urządzeń peryferyjnych.
Sterowniki są dostępne na witrynach producentów danego sprzętu lub są dostarczane z urządzeniami na płycie CD lub DVD.
Istotną kwestią jest to, że na co dzień jeśli użytkownik korzysta z peryferiów są to na ogół raz zainstalowane urządzenia drukujące.
Peryferia takie jak pamięci przenośne, klawiatury, myszy działają automatycznie po podłączeniu do komputera.
Co do własności to odwołujący wyjaśnił, że środowiska LINUX są budowane i rozwijane przez społeczności i nie posiadają jednego producenta. Natomiast w ramach przygotowywanej dystrybucji systemu, jest to zbiór bibliotek oraz narzędzi zebranych oraz skonfigurowanych przez zespół pracowników odwołującego i został opublikowany jako osobne repozytoria i jako unikalna dystrybucja autorstwa zespołu odwołującego. Zgodnie z zapisami licencji GNU odwołujący ma prawo do wykonania na podstawie opisanych bibliotek oraz narzędzi, własnej wersji systemu operacyjnego. System taki został opracowany przez odwołującego pod nazwą dystrybucji OPEN PL 1.04.Do oferty został załączony dokument licencyjny, który określa warunki rozpowszechniana i modyfikowania wersji.

Kolejne pismo z dnia 22.05.2013r. zamawiającego do odwołującego z kolejnymi żądaniami wyjaśnień w tym co do kodu źródłowego programu.

Pismem z dnia 24.05.2013r. odwołujący udzielił kolejnych wyjaśnień na wstępie zaznaczając, że zamawiający ma obowiązek kierować się zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pismem z dnia 03.06.2013r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty wykonawcy PRZP- Z. L……. Sp. j. ul. Kilińskiego 6; 28-230 Połaniec i odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.
Wybrana oferta na podstawie kryterium cena -100%, spośród ofert ważnych nie podlegających odrzuceniu przedstawia najniższą cenę i otrzymała najwyższą liczbę punktów.
Z kolei z pisma z dnia 19.04.2013r. informacja z otwarcia ofert wynika, że wynagrodzenie wykonawcy PRZP- Z. L……. Sp. j. ul. Kilińskiego 6; 28-230 Połaniec to kwota 295 252,89 zł, a oferta odwołującego to kwota 246 998,76 zł i zajmuje pierwszą pozycję w rankingu złożonych ofert.
Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący zaoferował na dostarczanym sprzęcie komputerowym oprogramowanie typu open Skurce OPEN PL 1.04.
Z uwagi na to, ze oprogramowanie nie jest znane zamawiającemu w dniu 06.05.2013r. wezwał odwołującego do zaprezentowania funkcjonalności systemu operacyjnego OPEN 1.4. oraz do udowodnienia, że zaproponowany system operacyjny co do jego zastosowania jest zgodny z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W czasie prezentacji w dniu 15.05.2013r. okazało się, że komputer (własność) odwołującego nie wykrywał urządzenia zewnętrznego jakim była drukarka, a profesjonalnemu informatykowi zlokalizowanie problemu zajęło około 20 minut . Ponadto odwołujący przedłożył ”Certyfikat zgodności z systemem operacyjnym ver.1.04.” na potwierdzenie zgodności pracy systemu operacyjnego z zaoferowanym sprzętem. Zamawiający w sporządzonym protokole poinformował odwołującego, że ma wątpliwości w zakresie co do stwierdzeń, iż wykonawca jest producentem oprogramowania.

W dniu 16.05.2013r. odwołujący złożył wyjaśnienia, które według zamawiającego nie wyjaśniły zamawiającemu powziętych wątpliwości tzn. były zbyt ogólne i pozbawione treści merytorycznych, co do autorstwa zaoferowanego oprogramowania.

W dniu 22.05.2013r. zamawiający bazując na treści przedstawionej Powszechnej Licencji Publicznej GNU przedłożonej wraz z ofertą oraz ww. certyfikacie zgodności, ponownie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień o treści: na czym polegało skonfigurowanie narzędzi oraz bibliotek zastosowanych w systemie OPEN PL 1.04, prośbę o podanie kodu źródłowego programu, prośbę o podanie pełnej listy modyfikacji i zmian wprowadzonych do oprogramowania z wyszczególnieniem, kto wprowadził zmiany, dlaczego, jak testował i które z tych osób wprowadzających zmiany są zatrudnione u odwołującego.
Według zamawiającego informacje otrzymane w dniu 24.05.2013r. nie wyjaśniają wątpliwości zamawiającego, pismo to jest powtórzeniem treści SIWZ w zakresie wymogów co do oprogramowania systemowego. Wykonawca w zasadzie nie udzielił odpowiedzi na zadane pytania zamawiającemu wskazując, że jest to tajemnica przedsiębiorstwa.
Wykonawca może zastrzec pewne informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale musi je wyodrębnić i zastrzec, że są niedostępne dla pozostałych wykonawców. Jednak nie może tych informacji nie udostępnić zamawiającemu , jeżeli służą one ocenie, czy zaoferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymogami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tej sytuacji zamawiający podjął wszelkie kroki celem wyjaśnienia zgodności oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W

ocenie zamawiającego oferowane oprogramowanie systemowe nie spełnia wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Zamawiający ustalił, że złożona oferta odwołującego nie spełnia warunku określonego w art.82 ust.3 ustawy i ofertę odrzucił.

Izba zważyła co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Co do określenia przedmiotu zamówienia w zakresie objętym przedmiotem sporu to jest oprogramowania do będących przedmiotem dostawy komputerów to zamawiający postawił następujące wymagania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).
Po pierwsze w ogłoszeniu o zamówieniu przewiduje się, że będące przedmiotem dostawy komputery mają być dostarczone wraz z osprzętem i oprogramowaniem.
Po drugie w samym SIWZ zawarto zapis, że szczegółowy zakres zamówienia oraz wymagania określa Załącznik nr 1 do SIWZ. W dodatkowych wymaganiach przewidziano licencje na zainstalowane oprogramowania, które powinny umożliwiać przekazanie zestawów komputerowych wraz z zaoferowanym oprogramowaniem w nieodpłatne użyczenie uczestnikom projektu (beneficjentom) (punkty 3.4. i 3.5. SIWZ str. 3).
Z kolei w celu wykazania, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom , zamawiający wymaga przedłożenia: opisu oferowanego sprzętu stanowiący załącznik nr 2 do formularza ofertowego, wydruku ze wskazanej strony internetowej testu wydajnościowego Passmark CPU Mark dla zaoferowanego sprzętu, treści umów licencyjnych na zainstalowane oprogramowanie systemowe, oprogramowanie antywirusowe i na oprogramowanie biurowe (punkt 8.13. Str. 8 SIWZ).
Wykonawca jest zobowiązany złożyć wypełniony formularz stanowiący zał. nr 2 do SIWZ. Poza tym wykonawca jest zobowiązany załączyć opis oferowanego sprzętu stanowiący załącznik nr 2 do formularza ofertowego. Oferta powinna zawierać wszystkie wymagane dokumenty, oświadczenia i załączniki o których mowa w specyfikacji zamawiającego. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji(punkty 12.1.;12.3.;12.6.i 12.12. SIWZ str. 11 i 12).
W zał. nr 1do SIWZ znajduje się szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, który dla komputera stacjonarnego, dla laptopa, przewiduje system operacyjny opisany w sposób szczegółowy.
Następnie załącznik nr 2 do formularza ofertowego zawiera w tabeli opis oferowanego sprzętu gdzie zawarte są minimalne wymagane parametry oraz do wpisania w ostatniej kolumnie tabeli „parametry oferowanego sprzętu”.

Sygn. akt KIO 1360/13

Z oferty odwołującego wynika, że załączony został opis oferowanego sprzętu zgodnie z załącznikiem nr 2 do formularza ofertowego, w którym odwołujący potwierdził w pełnym zakresie minimalne parametry dla systemu operacyjnego w tym również w zakresie kwestionowanym przez zamawiającego na etapie badania ofert.
Do oferty odwołującego załączono również dokumenty licencyjne w tym dla podnoszonego przez zamawiającego systemu operacyjnego.
Gdzie odwołujący oświadcza, że „System operacyjny OPEN PL 1.04 jako nasza dystrybucja zestawu oprogramowania i narzędzi systemowych jest rozwiązaniem opartym o zasady licencjonowania GNU dotyczący wolnego oprogramowania, bez żadnych restrykcji w zakresie najmu, przenoszenia oraz kopiowania. Oferowana z komputerem dystrybucja oprogramowania systemowego jest bezpłatna oraz możliwa do stosowania przez wszystkie grupy użytkowników bez jakichkolwiek ograniczeń. (…)System operacyjny w przygotowanej przez nas dystrybucji.

Ze złożonych na rozprawie oświadczeń wynika jak poniżej.

Odwołujący(…)Oprogramowane Linux jest oprogramowaniem otwartym. Ogólnodostępne licencje dostępne na rynku to Windows firmy Microsoft, Apple oraz oprogramowanie z rodziny Linux – Open będące przedmiotem oferty. Oprogramowanie to tworzone jest przez grupy informatyków, charakteryzuje się tym, że jest otwarte i istnieje możliwość jego modyfikacji, nie wymaga się zgody producenta. Sformułowany zarzut, że odwołujący nie jest producentem oprogramowania Linux jest bezprzedmiotowy, ponieważ jak powiedziałem system ten ma charakter otwarty i w tym wypadku należy uznać, że takim producentem oprogramowania Open jest odwołujący. Możliwość stosowania oprogramowania Open została potwierdzona w takich gminach jak Tychy i Myszków, również w ramach tego programu unijnego. Program nazywa się przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu. Co do zarzutu braku kompatybilności z posiadanymi aplikacjami to jest on kompatybilny również z oprogramowaniem opartym na systemie Windows. (…) Jeżeli chodzi o kwestie konieczności ściągnięcia sterowników to pobiera się ze stron producentów tych urządzeń, a kwestia czasu ściągnięcia sterownika to jest np. też kwestia Internetu. W czasie demonstracji wynik był pozytywny. Również pozytywnie zakończyła się współpraca z posiadanymi przez zamawiającego programami edukacyjnymi. Nie istnieje pojęcie wskazania na stronie Linux odwołującego jako producenta oferowanego oprogramowania. Funkcjonuje to na zasadzie grupy modułów czy bibliotek. Polega to na tym, że składa się grupy bibliotek z oprogramowania Linux. Distrowatch.com jest to strona internetowa, na której znajduje się główne jądro do pobrania. Na stronie Distrowatch.com nie ma obowiązku wpisywania każdego rozwiązania opartego na Linuxie. Jest strona natomiast internetowa, na której

Sygn. akt KIO 1360/13

można uzyskać wsparcie dla oferowanego oprogramowania Open 1.04. Jest to zgodne ze specyfikacją tj. z załącznikiem. (…) Nasza firma działa od kilkunastu lat, systemy, które opracowujemy w oparciu o Linux stosowane są na większej liczbie użytkowników, stosujemy je np. na uczelniach. Przygotowywane są również inne dystrybucje w zależności jakiemu środowisku mają służyć. (…)Jeżeli chodzi o kody źródłowe, których domagał się zamawiający to w SIWZ nie ma obowiązku, nie mniej przy zawarciu umowy nie ma przeszkód do ich przekazania.

Zamawiający jest przekonany, że jest bardzo duże prawdopodobieństwo, że system nie będzie działał. Mamy duże obawy pod tym względem i dlatego zażądaliśmy sprawdzenia tego systemu poprzez demonstrację. Oświadczam, że w czasie demonstracji model zadziałał na posiadanych przez nas programach edukacyjnych. Zamawiający nie zamyka się na open source, ponieważ dopuścił oferty, gdzie programy użytkowe były na zasadach open source. (…) Wystawienie tego certyfikatu budzi nasze wątpliwości, ponieważ odwołujący raz w korespondencji nazywa się producentem, a innym razem dystrybutorem. Natomiast zgodnie ze specyfikacją istnieje wymóg aktualizacji przez stronę producenta. Również wymagane jest

potwierdzenie zgodności działania przez producenta. (…) Z licencji złożonej wynika, że jest dystrybutorem, a nie producentem. (…) Strona openserver.pl jest to strona, z której można pobrać zaoferowany system operacyjny. Na dzień złożenia oferty jest pusta, nie zawiera aktualizacji, nie zawiera sterowników, tylko główne punkty są w języku polskim, natomiast pozostała część jest w języku angielskim. W związku z powyższym na wykazanie tych informacji wnoszę o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka".

Izba oddaliła wnioski dowodowe obydwu stron co do przesłuchania w charakterze świadków pracowników zamawiającego i odwołującego na okoliczności wskazane przez strony, ponieważ nie służyłyby one wyjaśnieniu sprawy, a jedynie przedłużały by postępowanie odwoławcze. Okoliczności wskazywane przez zamawiającego miały wyjaśnić i zobrazować przebieg postępowania wyjaśniającego wszczętego
przed zamawiającym. Natomiast wniosek dowodowy z przesłuchania świadka zgłoszonego przez odwołującego miał na celu wyjaśnienie zarzutów postawionych ofercie odwołującego. Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału Izba nie stwierdziła celowości słuchania świadków wskazanych przez strony, ponieważ zgłoszone okoliczności na które mieliby być słuchani świadkowie nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.
W pierwszej kolejności Izba odniesie się do postępowania wyjaśniającego, które prowadził zamawiający w stosunku do odwołującego. Zamawiający pismem z dnia 06.05.2013r. wezwał odwołującego aby stawił się w jego siedzibie (…)"celem zaprezentowania zamawiającemu funkcjonalności systemu operacyjnego OPENPL 1.04"(…).

Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej wezwania. Z uwagi na brzmienie postanowień SIWZ, które nie przewidują prezentacji zaoferowanego przedmiotu zamówienia, wezwanie zamawiającego z dnia 06.05.2013 skierowane do odwołującego nie znajduje usprawiedliwienia prawnego w obowiązujących przepisach ustawy to jest w art. 25 i art. 26 ust.4 jak również art. 87 ust.1 ustawy i świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców w związku z treścią art. 7 ust.1 ustawy.
Niemniej odwołujący stawił się w siedzibie zamawiającego, dokonał prezentacji oraz odniósł się w piśmie z dnia 15.05.2013r. do sporządzonej przez zamawiającego notatki z prezentacji w tymże samym dniu to jest 15.05.2013 roku.
Zamawiający po raz drugi zwrócił się do odwołującego w dniu 22.05.2013r. znowu nie wskazując podstawy prawnej wystąpienia i wezwał odwołującego do kolejnych wyjaśnień. sądanie wyjaśnień sformułowanych w tym piśmie jest o tyle istotne, że stanowiły one podstawę uzasadnienia do odrzucenia oferty odwołującego. Na to kolejne wezwanie odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 24.05.2013r. wyczerpujące wyjaśnienia, pomimo iż w jego ocenie żądanie wyjaśnień nie znajduje oparcia w obowiązujących w tym postępowaniu postanowieniach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
Odnosząc się do uzasadnienia zamieszczonego w piśmie zamawiającego z dnia 03.06.2013r. stanowiącego o odrzuceniu oferty Izba zważyła co następuje.
Zamawiający w tym piśmie przyznaje, że nie zna oprogramowania zaoferowanego przez odwołującego to jest OPENPL 1.04 i wzywa do udowodnienia, że system ten jest zgodny z wymaganiami SIWZ. Po pierwsze powszechnie jest wiadomym, że np.; system Open Office funkcjonuje na rynku polskim co najmniej od 10 lat i początkowo był udostępniany za małą odpłatnością w stosunku do Windows, a później był udostępniany użytkownikom nawet nieodpłatnie. Po drugie formuła prezentacji nie była przewidziana w SIWZ i jej stosowanie świadczy o nierównym traktowaniu odwołującego w stosunku do pozostałych wykonawców. Po trzecie sam zamawiający w SIWZ przewidział, że formułą w jakiej zamawiający uzyskuje potwierdzenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ jest złożenie załącznika nr 2 do formularza ofertowego, którym to odwołujący potwierdził spełnienie wszystkich parametrów wymaganych dla systemu operacyjnego, zresztą czemu zamawiający nie zaprzeczył w postępowaniu odwoławczym.
Kolejny zarzut do oferty odwołującego podniesiony w piśmie o odrzuceniu jego oferty to wykrywanie sprzętu do podłączenia w ciągu 20 minut. W tym wypadku wyjaśnienia odwołującego w piśmie z dnia 15.05.2013r. jak i w odwołaniu są przekonywujące i oczywiste dla Izby tak jak chociażby uzależnienie szybkości znalezienia sprzętu od Internetu a poza tym zamawiający nie wskazał zdefiniowanego w tym zakresie wymogu w postanowieniach

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wątpliwości zamawiającego co do okoliczności, iż odwołujący nie jest producentem (autorem) oferowanego systemu operacyjnego OPEN1.04 z uwagi na stosowanie formuły „dystrybucja" w umowie licencyjnej oraz przywoływanych dowodów ze strony internetowej systemu operacyjnego odwołującego, wobec potwierdzenia spełnienia wymogów dla zaoferowanego systemu operacyjnego w złożonej ofercie odwołującego, nie uprawniają zamawiającego do podważania prawdziwości złożonych oświadczeń odwołującego, w związku z obowiązującymi postanowieniami SIWZ a w konsekwencji do odrzucenia oferty. Bowiem zamawiający w SIWZ nie określił innych warunków do złożenia oferty poza potwierdzeniem wymagań (oświadczeniem) co do sprzętu oraz systemu operacyjnego w formie załącznika nr 2 do formularza ofertowego „Opis oferowanego sprzętu", a nie np.; dysponowaniem sprzętem czy systemem operacyjnym na dzień składania oferty. Poza tym w świetle przedstawionych wyjaśnień na wezwanie zamawiającego oraz w toku postępowania odwoławczego oświadczenia odwołującego co do dysponowania systemem operacyjnym OPEN 1.04. nie budzą zastrzeżeń.
Z kolei wezwanie odwołującego do wyjaśnień w dniu 22.05.2013r. co do skonfigurowania narzędzi oraz bibliotek to jest na czym ono polegało, wezwanie do podania kodu źródłowego programu oraz podania pełnej listy modyfikacji i podania zmian wprowadzonych do oprogramowania nie znajduje uzasadnienia w postanowieniach SIWZ tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zdecydował w SIWZ, że dla potwierdzenia wymogów oferowanego przedmiotu dostawy to jest sprzętu i oprogramowania na dzień składania ofert wystarczy oświadczenie w formie załącznika nr 2 do formularza ofertowego. Natomiast uprawnienie do żądania potwierdzenia posiadania, już na dzień składania ofert, sprzętu i oprogramowania nie zostało przewidziane w SIWZ.
W związku z powyższym żądanie tego rodzaju wyjaśnień świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców, a odmowa do złożenia tych wyjaśnień przez odwołującego czy to z powodu tajemnicy przedsiębiorstwa czy to z innych powodów nie może skutkować ujemnymi sankcjami w stosunku do odwołującego to jest w tym wypadku odrzucenia oferty odwołującego.
Reasumując Izba uznała ocenę zamawiającego, iż zaoferowane oprogramowanie nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ za nieuprawnioneą i tym samym czynność odrzucenia jego oferty za nie znajdującą oparcia w art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.
W związku z powyższym odwołanie zasługuje na uwzględnienie na podstawie art. 192 ust.2 ustawy, ponieważ naruszenie przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu ma wpływ na wynik postępowania z uwzględnieniem okoliczności, iż oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5

ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 7.500,00 złotych oraz 3.600,00 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie faktury VAT i koszty dojazdu na podstawie biletu PKP na kwotę 143,76 złotych.

Przewodniczący: ……