

WYROK

z dnia 23 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Integrit Sp. z o.o. ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków, Vulcan Sp. o.o. ul. Wołowska 6, 51-116 Wrocław i Dreamtec Sp. o.o. Pl. Strzelecki 20, 50-224 Wrocław** zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Integrit Sp. z o.o. ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 995 zł 84 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) przez **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław** na rzecz **Integrit Sp. z o.o. ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław** tytułem zwrotu kosztów wpisu i dojazdu pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 533/11 z 23 marca 2011 r.

Zamawiający – Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę oprogramowania wraz z udzieleniem licencji oraz urządzeń peryferyjnych do współpracy z Dolnośląską Platformą Edukacyjną na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 sierpnia 2010 r. w Dz. Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4 marca 2011 r. Odwołujący – Integrit Sp. z o.o. otrzymał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch S.A., Vulcan Sp. o.o. i Dreamtec Sp. o.o. oraz o wykluczeniu go z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu (Zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów) oraz o odrzuceniu jego oferty ze względu na to, że złożył ofertę nieodpowiadającą specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie: 1) zaoferowane urządzenie komputerowe nie zapewnia możliwości komunikowania się drogą radiową z urządzeniem sieciowym z minimalnej wymaganej odległości 15 metrów w przestrzeni otwartej, 2) zaimplementowane w urządzeniu oprogramowanie nie spełnia wymogów Zamawiającego w zakresie obsługi dziennika elektronicznego: nie pozwala na wystawienie więcej niż jednej oceny danemu uczniowi, nie pozwala wybrać przedmiotu, dla którego będzie wystawiana ocena oraz oznaczyć obecności danego ucznia dla więcej niż pojedynczej godziny lekcyjnej, 3) zaoferowana platforma e-learningowa nie posiada możliwości odtwarzania przez system materiałów edukacyjnych przygotowanych zgodnie ze standardem Common Cartridge.

14 marca 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 i art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wnosząc o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie był uprawniony do przeprowadzenia testów dotyczących zasięgu radiowego urządzenia, miało być ono badane jedynie pod kątem wagi oraz czasu pracy baterii. Poza tym zaoferowane urządzenie gwarantuje możliwość komunikacji drogą radiową w technologii Bluetooth na odległość większą niż 15 metrów. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu oświadczenie producenta sprzętu, który przeprowadził niezależne testy i z którego wynika, że na terenie otwartym urządzenie zapewnia łączność z urządzeniami sieciowymi na odległość większą niż wymagana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem Zamawiający, wbrew temu oświadczeniu, uznał, iż ww. wymóg nie został spełniony, opierając się na teoretycznej ekspertyzie dokonanej przez p. Michała D., który powołuje się na niepoparte żadnymi testami ustalenie, iż zaoferowany moduł Bluetooth, jako że należy do klasy 2., zapewnia łączność na odległość maksymalnie 10 m. Z treści ekspertyzy nie wynika, z jakich powodów ekspert odmawia wiarygodności oświadczeniu i testom przeprowadzonym przez producenta urządzenia. Zadane producentowi modułu – Bluegiga Technologies pytania mają charakter ogólnikowy i nie dotyczą konkretnego stanu faktycznego. Z odpowiedzi zaś wynika, iż maksymalny zasięg modułu to 30 metrów, a w warunkach biurowych, czyli na zamkniętej powierzchni to 12-15 metrów. Ekspert nie zadał pytania o maksymalny gwarantowany zasięg pracy w przestrzeni otwartej. Poza tym ostateczne ustalenia eksperta, że zasięg na otwartej powierzchni to mniej niż 15 metrów, są sprzeczne z informacjami uzyskanymi przez niego od producenta modułu, który wskazał, iż maksymalny zasięg na powierzchni otwartej to 30 metrów, a w trudniejszych warunkach zamkniętych ok. 15 metrów. Ekspert obliczył też przy pomocy specjalnego narzędzia wielkość zasięgu teoretycznego, z obliczeń wynika, że zasięg na przestrzeni otwartej to 9,30 m, natomiast na przestrzeni zamkniętej to 5,96 m. Odwołujący za pomocą tego samego narzędzia

przeprowadził badanie zasięgu, z którego wynika, iż wynosi on ponad 38 metrów w przestrzeni otwartej. Obliczenia w ekspertyzie wynikają z przyjęcia założeń dla powierzchni biurowej, zatem wyniki są nieprawidłowe. Dodatkowo wymóg łączności ma spełniać urządzenie, a nie sam moduł Bluetooth, a łączność miała zostać zapewniona z urządzeniem sieciowym, czego ekspert nie zapewnił podczas przeprowadzanych przez siebie testów, nie zwrócił się również do Odwołującego celem uzyskania informacji o tym, jakie urządzenie sieciowe przewidywane jest do zestawienia połączenia. Tymczasem Odwołujący stosuje urządzenia sieciowe klasy 1. gwarantujące łączność do 100 m.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zaimplementowane oprogramowanie nie podlegało badaniu pod kątem zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający bowiem w sposób wyraźny wskazał, iż w celu zbadania zgodności oprogramowania z wymogami, każdy z wykonawców ma przedłożyć wraz z ofertą materiały szkoleniowe oraz dokumentację funkcjonalności platformy. Z dostarczonej przez Odwołującego dokumentacji dotyczącej oprogramowania wynika wprost, iż oprogramowanie to spełnia wymogi Zamawiającego w zakresie obsługi dziennika elektronicznego. Zaimplementowane oprogramowanie miało podlegać badaniu dopiero w toku wykonywania umowy – przy odbiorze jej drugiego etapu, a Zamawiający nie wymagał dostarczenia mu urządzenia z zaimplementowanym oprogramowaniem, zatem Zamawiający nie był uprawniony do badania zaimplementowanego oprogramowania.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do przedłożenia kolejnego urządzenia, Odwołujący dostarczył własne, robocze urządzenie, na którym trwały prace testowe dotyczące zaoferowanego oprogramowania. Zainstalowana wersja testowa nie jest wersją pełną, możliwe więc, iż akurat wskazane przez Zamawiającego wymagania nie zostały w nim jeszcze uwzględnione. Okoliczność ta jednak nie ma znaczenia przy ocenie, czy oprogramowanie spełnia wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Z dostarczonych wraz z ofertą, jak i w wyniku uzupełnienia, dokumentów wynika wprost, iż platforma edukacyjna posiada żadaną przez

Zamawiającego funkcjonalność odtwarzania przez system materiałów edukacyjnych przygotowanych w oparciu o standard Common Cartridge. Potwierdzenie posiadania przez platformę tej funkcjonalności znajduje się w konkretnym miejscu oferty, a Zamawiający nie polemizuje z tą informacją ani w żaden sposób się do niej nie odnosi, a jednak wbrew treści oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego, stawia tezę o nieposiadaniu przez platformę ww. funkcjonalności.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy podtrzymał swoje stanowisko i stwierdził, że zarzuty Odwołującego są spóźnione, gdyż powołuje się on na informacje, które uzyskał w wyniku wezwania do uzupełnienia, które miało miejsce 21 stycznia 2011 r. Stwierdził, iż w stosunku do Odwołującego nie zachodziła podstawa do ponownego wezwania do uzupełnienia kompletnego oprogramowania, gdyż było to bezcelowe ze względu na fakt, że oferta i tak podlegała odrzuceniu. Poza tym nawet gdyby oferta Odwołującego została przywrócona do postępowania jako niesłusznie odrzucona, Odwołujący i tak jest z postępowania wykluczony z przyczyn podanych w informacji o wyniku postępowania.

W ofercie nie ma dokumentacji oferowanego urządzenia ani dziennika, zatem Zamawiający nie mógł się odnieść do jakichkolwiek dodatkowych informacji. Ze względu na to, że standard SCORM i Common Cartridge są odmiennymi standardami, nie ma uzasadnienia, aby informacje o standardzie Common Cartridge pojawiły się jako uzupełnienie zdania o standardzie SCORM. Stwierdza, iż badanie oferowanych produktów przez eksperta i przez Zamawiającego nie było niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Stwierdza też, iż Zamawiający wymagał dostarczenia próbki i logiczne jest, iż dostarczona próbka miała obrazować produkt, który jest oferowany, zatem także oprogramowanie powinno być dostarczone w pełnej wersji, wynika to z punktu VI A specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pozostali wykonawcy złożyli we wzorze urządzenia takie oprogramowanie, przy czym dodał, iż z pozostałych 3 ofert Przystępujący miał zainstalowane oprogramowanie, oferta Software Mind S.A. nie była

badana, ponieważ wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą, natomiast domniemywa, iż w ofercie INCOM S.A. takie oprogramowanie było, gdyż w opinii eksperta nie ma informacji, że go brakuje. W pierwotnie dostarczonym wzorze urządzenia nie było urządzenia Bluetooth, na dowód czego może przedstawić urządzenie. Określił wymóg jako działanie w przestrzeni otwartej, czyli w każdym jej rodzaju. Użyty kalkulator rozróżnia 4 rodzaje przestrzeni otwartej i w przestrzeni Urban i Suburban oferowane urządzenie nie spełnia wymogu zasięgu 15 m. Stwierdza też, że przedmiotem zamówienia nie było dostarczenie drugiego urządzenia zestawu, które są instalowane w szkołach i mogą być zarówno urządzeniami klasy 1. jak i 2., zatem twierdzenia Odwołującego, że przewidział on urządzenie klasy 1. nie ma znaczenia.

W odniesieniu do wymogu kompletności urządzenia wzorcowego dostarczanego wraz z ofertą jako próbka – w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto również wymóg funkcjonalności, który obejmuje też oprogramowanie. Wymóg zasięgu 15 m dotyczy nie tylko urządzeń sieciowych, nie wiadomo, czy te urządzenia będą jedynymi współpracującymi z zakupywanymi, w przyszłości mogą być również zakupione urządzenia dodatkowe.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Comarch S.A., Vulcan Sp. o.o. i Dreamtec Sp. o.o. wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący zauważył, że Odwołujący nie zarzuca niezgodności z przepisami czynności wykluczenia z postępowania. W odwołaniu jest określone żądanie unieważnienia wykluczenia, ale odwołanie nie zawiera w tym zakresie żadnych zarzutów, zatem wykluczenie nie zostało przez Odwołującego zakwestionowane i stało się ono skuteczne. Odwołujący podnosząc jedynie zarzuty względem czynności odrzucenia oferty nie ma interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia są dostawy urządzeń i oprogramowania. Zgodnie z rozdziałem VI A specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom postawionym

przez Zamawiającego, Zamawiający żądał przedstawienia wraz z ofertą zestawu wzorcowego, na który składać się miało: 1. kompletne, oryginalnie zapakowane, zaoferowane urządzenie komputerowe, 2. materiały szkoleniowe, 3. dokumentacja funkcjonalności platformy.

Zgodnie z rozdziałem XIII „Opis kryteriów, którym Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” jednym z kryteriów była ocena urządzeń komputerowych, gdzie punktowana miała być minimalna waga urządzenia oraz maksymalny czas pracy baterii urządzenia.

Odwołujący wraz z pierwotną ofertą nie przedłożył oferowanego urządzenia komputerowego, a uzupełnione urządzenie również nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego. Urządzenie to miało być oferowanym urządzeniem gotowym do dostarczenia i w związku z tym musiało posiadać konkretne oznaczenia. Odwołujący nie może zmieniać przedmiotu swojej oferty podnosząc, że przedłożone Zamawiającemu zostało urządzenie „robocze”, które w jakiejś innej wersji, konfiguracji czy środowisku spełnia wymagania postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie może dochodzić do sytuacji, że w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w tym kryterium (waga, czas pracy) przedłożone mogłoby zostać urządzenie, które nie spełnia innych wymagań, takich jak zasięg pracy urządzenia. Zaoferowane przez Odwołującego urządzenie nie spełnia minimalnych parametrów technicznych oraz funkcjonalności – nie zapewnia możliwości komunikacji drogą radiową z urządzeniem sieciowym z minimalnej wymaganej odległości 15 metrów w przestrzeni otwartej.

Nie ma podstaw do twierdzenia, że Zamawiający nie był uprawniony do przeprowadzenia testów dotyczących zasięgu radiowego, a oferowane urządzenie miało być jedynie badane pod kątem jego wagi oraz czasu pracy baterii. Zamawiający jest uprawniony do dokonania badania i oceny oferty, w tym do weryfikacji, czy przedmiot oferty spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma zastrzeżenia, że weryfikowane będzie istnienie tylko niektórych parametrów i funkcjonalności. W wyjaśnieniach treści specyfikacji, w odpowiedzi na pytanie 42. Zamawiający wyjaśnił, że zestaw wzorcowy jest

wymagany do przedłożenia wraz z ofertą „przede wszystkim” dla dokonania oceny urządzeń według kryteriów wyboru oferty. Nie oznacza to, że można było przedłożyć urządzenie, które nie spełnia wymagań. Odwołujący podnosi, że zaoferowane przez niego urządzenie gwarantuje możliwość komunikacji drogą radiową na odległość większą niż 15 metrów powołując się na oświadczenie producenta oraz testy producenta i testy przeprowadzone przez Odwołującego, których nie załącza do odwołania. Odwołujący załączył do odwołania wyniki obliczeń dotyczących zasięgu modułu Bluetooth, jednak jest to ogólne opracowanie na temat zasięgu bezprzewodowego, a nie dotyczy konkretnego, oferowanego i przedłożonego na żądanie Zamawiającego urządzenia. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu konkretne urządzenie, które miało być urządzeniem oferowanym. Znajdujące się na nim oznaczenie producenta determinuje jego parametry i funkcjonalności. Nie można zmieniać przedmiotu oferty podnosząc, że w rzeczywistości oferowane jest inne urządzenie. Odwołujący podnosi, że testy eksperta Zamawiającego zostały przeprowadzone w „nieodpowiednim środowisku” pomijając to, że to ze specyfikacji producenta wynika, że konkretne, oznaczone, oferowane przez Odwołującego urządzenie pracujące w klasie 2 mocy nie spełnia wymogu minimum 15 metrów w przestrzeni otwartej.

Z odpowiedzi Zamawiającego na pyt. 42 nie wynika, że do oferty można było przedłożyć urządzenie bez oprogramowania, nie byłoby to bowiem urządzenie oferowane i nie można byłoby dokonać obiektywnej oceny ofert, w tym pod kątem kryteriów wyboru oferty.

W wyjaśnieniach dotyczących wersji testowej oprogramowania Odwołujący przyznaje, że oprogramowanie nie ma wskazanej funkcjonalności, z drugiej strony powołuje się na dokumentację, która potwierdza spełnianie wymogów. Dokumentacja Odwołującego zawiera więc informacje nieprawdziwe, ponieważ potwierdza spełnianie wymogów przez urządzenie, które nie istnieje. Do oferty przedłożone miało być urządzenie oferowane, a nie testowe czy robocze. Odwołujący sam przyznaje, że nie przedłożył wymaganego urządzenia.

Odwołujący podnosi, że z dostarczonych wraz z ofertą i w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wynika wprost, iż platforma edukacyjna posiada

żadaną przez Zamawiającego funkcjonalność oraz kwestionuje ekspertyzę Zamawiającego, nie przedstawiając jednak żadnych miarodajnych dowodów.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W sytuacji faktycznej, która ma miejsce w niniejszym postępowaniu, wykluczenie Odwołującego z postępowania nie pozbawia go interesu prawnego do wniesienia odwołania. Wynika to z faktu, który został też wskazany w informacji o wykluczeniu, że Zamawiający, zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dokonywał czynności korygujących w postaci wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, ze względu na odrzucenie jego oferty. Natomiast czy wykonawca ten rzeczywiście podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych można byłoby ustalić dopiero po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, do którego Zamawiający byłby zobligowany, gdyby oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu. Tym samym wykluczenie Odwołującego z postępowania, w powyższym znaczeniu, nie jest wykluczeniem ostatecznym, a odwołanie w tym zakresie – jeśli Odwołujący nie zamierza kwestionować również samej konieczności wezwania go do uzupełnienia dokumentów – byłoby przedwczesne.

Podniesione przez Odwołującego zarzuty nie są również spóźnione, gdyż nie dotyczą one czynności uzupełnienia próbki, lecz odrzucenia oferty Odwołującego, które nastąpiło 4 marca 2011 r.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, wskazanych pism oraz z wyjaśnień Stron i Przystępującego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zapewnienia możliwości komunikacji drogą radiową z urządzeniem sieciowym w minimalnej odległości 15 m w przestrzeni otwartej Izba stwierdziła przede wszystkim, że wymóg Zamawiającego odnosił się do komunikacji z urządzeniem sieciowym i to urządzeniem stanowiącym część oferty danego wykonawcy – z opisu przedmiotu zamówienia, np. punkt „Wielkość zamówienia dla zestawów urządzeń komputerowych” lub tabela „Urządzenie sieciowe” wynika bowiem, że jego częścią była dostawa tych urządzeń. To, czy odbiorcy urządzeń posiadają lub w przyszłości zakupią inne urządzenia sieciowe nie ma znaczenia dla przedmiotowej sprawy, gdyż Zamawiający nie zawarł w wymogach takiego odniesienia – poza tym musiałby wskazać dane tych urządzeń, aby wykonawcy mogli odpowiednio dobrać parametry urządzeń oferowanych. Natomiast co do samego wymogu „minimalnej odległości 15 m w przestrzeni otwartej”, ze względu na to, że jest to wymóg najmniejszego gwarantowanego zasięgu urządzenia, należy odczytywać go w taki sposób, że urządzenie ma ten zasięg osiągać w każdej przestrzeni otwartej (miejskiej, wiejskiej itd.).

Odnosząc się jednak do testów i obliczeń dokonanych przez Zamawiającego oraz powołanego przez niego eksperta należy się zgodzić z zastrzeżeniem podniesionym przez Odwołującego, że testy te nie zostały przeprowadzone z użyciem całego oferowanego zestawu urządzeń, przy wykorzystaniu opracowanej dla Zamawiającego konfiguracji, zatem trudno je uznać za miarodajne. Obliczenia przy użyciu przywołanego kalkulatora są zaś jedynie obliczeniami teoretycznymi. Z kolei producent oferowanego urządzenia, zgodnie z oświadczeniem załączonym do uzupełnianych dokumentów twierdzi, że urządzenie taki zasięg osiąga. Jakkolwiek również w tym oświadczeniu nie sprecyzowano, czy w każdym rodzaju przestrzeni otwartej (który to wątek sporu pojawił się dopiero na etapie postępowania odwoławczego), co jednak jest kwestią możliwą do wyjaśnienia w ramach wyjaśnień treści oferty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego posiadania przez platformę e-learningową możliwości odtwarzania materiałów edukacyjnych przygotowanych zgodnie ze standardem Common Cartridge Izba stwierdziła,

że Odwołujący w przygotowanych materiałach ofertowych zawarł informację, że oferowana platforma będzie umożliwiała pracę w standardzie Common Cartridge. Zatem informacja ta musi być albo zgodna z prawdą, albo nie. Skoro Zamawiający stwierdza, że nie zarzuca Odwołującemu przedstawienia nieprawdziwych informacji w tym zakresie, samo wskazanie, że „informacja ta go nie przekonuje”, nie jest wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego funkcjonalności oprogramowania do obsługi dziennika elektronicznego, Izba ustaliła na wstępie, że wykonawcy nie musieli w ramach próbki okazywać Zamawiającemu oprogramowania. W punkcie VI A ppkt 1.1. Zamawiający zawarł wymóg, zgodnie z którym oferent musiał przedstawić zestaw wzorcowy, na który składa się kompletne, oryginalnie zapakowane, zaoferowane urządzenie komputerowe, o którym mowa w załączniku nr 2 do specyfikacji poz. III Minimalne parametry techniczne oraz funkcjonalność urządzeń komputerowych – Urządzenie komputerowe.

W punkcie III „Minimalne parametry techniczne oraz funkcjonalność urządzeń komputerowych” znajdują się cztery tabele: 1. „Urządzenie komputerowe”, 2. „Urządzenie sieciowe”, 3. „Karty mikroprocesorowe”, 4. „Wymagane funkcjonalności systemu wprowadzania danych – urządzeń komputerowych”, 5. „Wymagane funkcjonalności systemu wprowadzania danych – oprogramowanie po stronie serwera szkolnego”. Przy tym tabela pierwsza zawiera wymogi sprzętowe, a do oprogramowania odnosi się tabela 4. Zdaniem Izby sformułowanie punktu VI A ppkt 1.1. wyraźnie odnosi się do tabeli 1. „Urządzenie komputerowe”. Tym samym uzasadnione jest twierdzenie Odwołującego, że nie był on zobowiązany do przedstawienia w próbce również oprogramowania, o którym mowa w tabeli 4.

Zrozumiałe jest, że po otrzymaniu drugiej próbki z wgranym oprogramowaniem, Zamawiający powziął pewne wątpliwości co do przedmiotowej funkcjonalności, które jednak przede wszystkim powinien wyjaśnić z Odwołującym w ramach wyjaśnień treści oferty.

Co do samej możliwości sprawdzenia przez Zamawiającego, czy przedmiot oferty jest zgodny z jego wymaganiami – w niektórych pozycjach Zamawiający

wprost zastrzegł możliwość przeprowadzenia przez siebie testów, w stosunku do pozostałych generalnie nie można odmówić Zamawiającemu prawa do zbadania, czy oferta jest zgodna z jego wymaganiami – poza zmniejszeniem ryzyka niezrealizowania kontraktu, już choćby z tego względu, że oferty niezgodne zobowiązany jest odrzucić. Jednak należy zwrócić uwagę, czy w danej sytuacji jest to praktycznie możliwe, np. czy przedmiot zamówienia już istnieje, czy dopiero powstanie w przyszłości.

Z wszystkich bowiem rozpatrywanych w niniejszym postępowaniu odwoławczym kwestii można wnioskować, że Odwołujący przygotowując ofertę postanowił dostosować istniejące już elementy do wymagań Zamawiającego poprzez ich indywidualną konfigurację i dodanie nowych funkcjonalności. Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że działanie takie nie było niezgodne z jej postanowieniami – przynajmniej ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wskazali odmiennego wymagania, przywołany przez Przystępującego wymóg dostarczenia urządzeń fabrycznie nowych, wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2010 r. odnosi się do zupełnie innych okoliczności, nie zaś do tego, czy urządzenia i oprogramowanie będą standardowe, czy też opracowane specjalnie dla Zamawiającego.

Izba zwraca też uwagę, że badając ofertę, Zamawiający powinien pozwolić wykonawcy udowodnić spełnienie postawionych wymagań, na co zwracał uwagę wielokrotnie Europejski Trybunał Sprawiedliwości, np. w orzeczeniach z 27 listopada 2001 r. sygn. C-285/99 i C-286/99, z 15 maja 2008 r. sygn. C-147/06 i C-148/06, z 21 maja 2008 r. sygn. T-495/04. Orzeczenia te dotyczyły co prawda innych zagadnień, m.in. rażąco niskiej ceny, lecz Trybunał jasno zwrócił w nich uwagę, że zasadniczą sprawą jest, aby każdy z oferentów miał możliwość przedstawienia uzasadnienia poszczególnych elementów oferty w kwestiach, które wzbudziły podejrzenie instytucji zamawiającej, co stanowi podstawowy wymóg mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach.

Ponieważ odwołanie dotyczy okoliczności mogących mieć wpływ na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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

.....