

WYROK

z dnia 24 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2013 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Techelon” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup sprzętu komputerowego dla jednostek Administracji Podatkowej w ramach projektów: e-Podatki, e-Rejestracja, e-Deklaracje2 na potrzeby wdrożenia Systemu e-Podatki* (nr postępowania ZKP-7/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Izba Skarbowa w Katowicach**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. „GALAXY” J..... M....., Zielona Góra – po stronie odwołującego

B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „KONCEPT” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ORTI B..... sp. k. z siedzibą w Lublinie – po stronie zamawiającego

C. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „PIOMAR” sp. j. S..... M....., S..... E..... z siedzibą w Brzegu – po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Techelon” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Sygn. akt KIO 1624/13

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Skarbowa w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zakup sprzętu komputerowego dla jednostek Administracji Podatkowej w ramach projektów: e-Podatki, e-Rejestracja, e-Deklaracje2 na potrzeby wdrożenia Systemu e-Podatki* (nr postępowania ZKP-7/2013).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_081- 136265 z 25 kwietnia 2013 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.isnet.katowice.pl), na której udostępnił również od 27 kwietnia 2013 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną również dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

24 czerwca 2013 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „Techelon” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {zwanym również dalej w skrócie „Konsorcjum Intaris”} o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „KONCEPT” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ORTI B..... sp. k. z siedzibą w Lublinie {zwanym również dalej w skrócie „Konsorcjum Koncept”}. Zamawiający poinformował również, że oferta Konsorcjum Intaris uplasowała się na trzecim miejscu, za ofertą złożoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „PIOMAR” sp. j. S..... M....., S..... E..... z siedzibą w Brzegu {zwanym również dalej w skrócie „Piomar”}.

4 lipca 2013 r. Konsorcjum Intaris wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 87 ust. 1 – przez zażądanie od Konsorcjum Koncept wyjaśnień zmierzających do niedopuszczalnej zmiany treści złożonej oferty, pomimo jej jednoznaczności w części

dotyczącej oferowanego oprogramowania, co w rezultacie doprowadziło do zmiany treści oferty w tym zakresie.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Koncept, pomimo że jest ona niezgodna z treścią SIWZ.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Piomar, pomimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień przez Konsorcjum Koncept.
2. Unieważnienia czynności oceny ofert.
3. Dokonania ponownej oceny ofert, a w jej konsekwencji odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Koncept i Piomar oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzuty podając następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odnosnie oferty Konsorcjum Koncept.

Odwołujący podał, że zgodnie z Załącznikiem E do SIWZ – *Opis cech, parametrów, funkcjonalności, konfiguracji oraz dokumentacji technicznej i wyposażania Sprzętu* Zamawiający wymagał, aby zaoferowane przez wykonawcę oprogramowanie posiadało system operacyjny dla procesorów 32-bitowych. Jednocześnie Zamawiający wymagał dostarczenia nośnika zawierającego wersję instalacyjną systemu operacyjnego. Odwołujący podkreślił, że wymagania te zostały sprecyzowane jednoznacznie w sposób niedopuszczający odstępstw, tj. wskazane cechy nie mają charakteru minimalnego np. „dla procesorów min. 32-bit” lub „system operacyjny dla procesorów 32-bit lub wyższych”. Nie dopuszczono również możliwości oferowania rozwiązania alternatywnego, np. „system operacyjny w wersji dla procesorów 32-bitowych lub procesorów 64-bitowych. Według Odwołującego o takim sposobie interpretacji zapisów SIWZ decyduje okoliczność, że Zamawiający tam, gdzie dopuszczał parametry inne niż wskazywane w załączniku E, wprost wskazywał na taką możliwość, np. w odniesieniu do pamięci operacyjnej {„minimum 4GB”} czy pamięci masowej {„min. 300GB”}. Ponadto według Odwołującego o znaczeniu prawidłowości oferowanego systemu dla Zamawiającego świadczą odniesienia do tej kwestii w innych miejscach SIWZ. W rozdziale XVI *Ocena ofert i kryteria oceny ofert*, w ust. 2: *W Ministerstwie Finansów w Wydziale Urządzeń Mikrokomputerowych Departamentu Informatyki zostaną przeprowadzone testy potwierdzające spełnienie przez oferowany sprzęt parametrów wydajnościowych poprzez zastosowanie odpowiedniego procesu benchmarkowania, który odbędzie się w następujących krokach: 1) zainstalowanie na oferowanym sprzęcie angielskiej wersji Windows 7 Professional 32-bit Sp 1. Odniesienie*

do systemu operacyjnego 32-bitowego znajduje się również w Formularzu do oferty *Opis oferowanego sprzętu: Wydajność obliczeniowa (...) dla systemu operacyjnego Windows 7 Professional 32-bit*. W załączniku E do SIWZ, w rubryce *Wydajność obliczeniowa* znajduje się wskazanie: *minimum 162 punkty osiągnięte w Sysmark 2007 Preview Rating (wynik jest średnią notą ze wszystkich testów) dla systemu operacyjnego Windows 7 Professional 32-bit Sp 1*. Zdaniem Odwołującego powyższe oznacza również, że Zamawiający miał świadomość istnienia różnych wersji oprogramowania, a mianowicie 32-bitowych i 64-bitowych.

Odwołujący podniósł, że wymaganie dotyczące oferowania oprogramowania posiadającego system operacyjny dla procesorów 32-bitowych jest istotne, ponieważ nie wszystkie programy funkcjonujące w systemie operacyjnym dla procesorów 32-bitowych będą funkcjonowały w systemie operacyjnym dla procesorów 64-bitowych. Odwołujący wskazał, że na stronach producenta systemu operacyjnego Windows wprost znajduje się informacja, iż część aplikacji 32-bitowych nie będzie działała na 64-bitowym systemie operacyjnym. Producent wskazuje na problemy z programami antywirusowymi, sterownikami urządzeń zaprojektowanych dla 32-bitowej wersji systemu operacyjnego, drukarkami i innymi urządzeniami, dla których są dostępne tylko sterowniki 32-bitowe. Dodatkowo w wyjaśnieniach producenta zaznaczono: *aby można było uruchomić 64-bitową wersję systemu Windows, komputer musi być wyposażony w procesor 64-bitowy*. Zdaniem Odwołującego powyższa uwaga jest o tyle istotna, że sam producent wskazuje i rozróżnia dwie wersje systemu: pierwszą – Windows dla systemów operacyjnych 32-bitowych, drugą – Windows dla systemów operacyjnych 64-bitowych, a stosowna informacja każdorazowo znajduje się na opakowaniu systemu. Odwołujący wywiódł z tego, że są to zatem dwa zupełnie odrębne produkty, o różnych cenach. Odwołujący podkreślił, że na stronach dystrybutorów te dwie wersje systemu Windows również są oferowane jako odrębne produkty o różnych cenach. Według Odwołującego poczynione wyżej uwagi są istotne dla oceny prawidłowości oferowanego przez Konsorcjum Koncept oprogramowania. Odwołujący podał, że w formularzu ofertowym, w opisie oferowanego sprzętu, w wierszu oprogramowanie Konsorcjum Koncept zaoferowało: *Windows 8 Prof. 64-bit PL z downgrade dla Windows 7 i Windows Vista*. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że Konsorcjum Koncept wprost zaoferowało rodzaj oprogramowania dla systemów operacyjnych 64-bitowych, a nie – jak wymagał Zamawiający – 32-bitowych. Przy czym według Odwołującego oprogramowanie Windows 8 Prof. 32-bit PL i Windows 8 Prof. 64-bit PL to dwie różne wersje, dwa odmienne produkty o różnych cenach.

Odwołujący powołał się na informacje wynikające z umowy licencyjnej dotyczącej oprogramowania Microsoft – wyciąg warunków licencyjnych dla wersji przeinstalowanych. Na

stronie 3 umowy – dotyczącej postanowień dodatkowych, prawa licencyjnych i możliwości korzystania z oprogramowania przez wielu użytkowników – producent podkreśla, że są „różne wersje” oprogramowania, tj. 32- i 64-bit.

Odwołujący dodał, że powyższe okoliczności wskazał Zamawiającemu w piśmie z 18 czerwca 2013 r. Natomiast Zamawiający, mając wiedzę na temat tych okoliczności, zamiast odrzucić ofertę, skoro jej treść nie opowiada treści SIWZ, podjął z nieuprawnione negocjacje z Konsorcjum Koncept i z naruszeniem art. 87 ust. 1 pzp dopuścił do zmiany jego oferty.

Odnosnie oferty Piomar

Odwołujący podał, że w wierszu „Wsparcie techniczne” tabeli załącznika *Opis oferowanego sprzętu* jest wymóg: *Dostęp do aktualnych sterowników zainstalowanych w komputerze urządzeń, realizowany poprzez podanie modelu lub numeru seryjnego na stronie internetowej producenta urządzenia – Wykonawca zobowiązany będzie do podania adresu strony oraz sposobu realizacji wymagania (opis uzyskania w/w informacji)*. Odwołujący zarzucił, że pod adresem internetowym: <http://www.msi.com/product/aio/Wind-Top-AE2282.html#/?div=Driver&os=Win8%2032> podanym przez Piomar w formularzu ofertowym nie są udostępnione sterowniki dla urządzeń oferowanego systemu Windows 8 Pro w wersji 32-bitowej. Widnieje jedynie oprogramowanie/firmware dla Intel(R) Management Engine. Tym samym według Odwołującego treść oferty nie odpowiada treści SIWZ we wskazanym punkcie.

Odwołujący podał, że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą *dokumentu zawierającego wyniki benchmarkowania dla oferowanego przez Wykonawcę Sprzętu (udostępnione na stronie producenta benchmarku <http://bapco.com/> lub innej niezależnej od producenta lub wykonawcy stronie prezentującej wyniki pomiarów wydajności sprzętu przy wykorzystaniu tego benchmarku lub wykonane przez Wykonawcę przy wykorzystaniu tego benchmarku)*. Jeżeli Wykonawca nie dysponuje takim dokumentem (nie zostanie on złożony) Zamawiający zastosuje procedurę określoną w Rozdziale XVI ust. 1 SIWZ. Przy czym oferowany komputer zgodnie z wymaganiami Zamawiającego miał osiągnąć minimum 162 punkty w Sysmark 2007 Preview Raiting. Odwołujący zarzucił, że zamiast wydruku z oprogramowania testującego wykonawca załączył do oferty zrzut ekranu, ukrywając szczegóły przeprowadzanego testu, między innymi model i wielkość dysku twardego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający tym samym nie miał możliwości weryfikacji, czy przeprowadzone testy zostały wykonane na oferowanym komputerze. Odwołujący wywiódł, że również i w tym punkcie Piomar nie potwierdził, że treść oferty odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący podał następujące okoliczności jako uzasadnienie prawne.

Odwołujący przywołał brzmienie art. 87 ust. 1 pzp: *W toku badania i oceny ofert*

zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odwołujący powołał się na literaturę przedmiotu, w której wskazuje się, że w trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedozwolone są jakiegokolwiek negocjacje dotyczące oferty. *Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert. (...) Zakaz prowadzenia negocjacji poszerza więc katalog czynności zabronionych w ten sposób, że nie tylko dokonywanie zmian w ofercie, ale również samo podjęcie próby wprowadzenia takich zmian jest naruszeniem przepisów ustawy. Zakazu negocjacji nie można utożsamiać z zakazem posłużenia się wyjaśnieniami dokonywanymi w trybie art. 87 ust. 1 jako źródłem wiedzy zamawiającego niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2. Zamawiający zgodnie z jego imperatywnym sformułowaniem („zamawiający poprawia”) jest zobowiązany do poprawienia niektórych omyłek w ofercie. Obowiązek ten powstaje co prawda niezależnie od prawa do wyjaśnienia treści ofert, ale też poprawienie omyłek nie wyklucza ich poprzedzenia wyjaśnieniami, o ile nie są uzupełnieniem treści oferty.*{w odwołaniu nie podano źródła cytatu}.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, pomimo jednoznacznego brzmienia oferty, w sposób całkowicie nieuprawniony wezwał Konsorcjum Koncept do złożenia wyjaśnień, na skutek których „wymógł” na nim oświadczenie, że oferuje wersję 32-bitową oprogramowania.

Zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z 22 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 41/13): *1. Jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy, składane w jakimkolwiek trybie, nie mogą w myśl art. 87 ust. 1 p.z.p. zmienić jasnej, wyrażonej na piśmie i zgodnie z SIWZ, treści oferty. 2. Nie ma innej treści oferty niż wyrażona na piśmie w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ.*

Następnie Odwołujący przywołał treść art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący powołał się na doktrynę {J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck 2009), w której podkreśla się, że oferta nieodpowiadająca treści

specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia.

Z kolei w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 30 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1484/10) podkreślono: *Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08).*

Odwołujący wywiódł, że obowiązek zbadania, czy oferta wykonawcy jest zgodna z wymaganiami opisanymi w SIWZ należy do zamawiającego, który dokonuje czynności oceny ofert.

Odwołujący oświadczył, że podziela następujące tezy z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 907/09, KIO/UZP 915/09): *Zamawiający, po wpisaniu do specyfikacji wymogu wykazania przez wykonawcę szczegółowych cech oferowanego przedmiotu, jest obowiązany sprawdzić spełnienie szczegółowych wymagań przez wykonawcę. Zamawiający podczas badania nie może poprzestać na ogólnym stwierdzeniu wykonawcy zawartym w formularzu oferty (...) Zamawiający jest obowiązany do zbadania oferty z należytą starannością, zwłaszcza, gdy inny wykonawca zarzuca, że czynność ta została dokonana bez zareagowania na choćby najmniejsze odstępstwa oferty od specyfikacji.*

Zamawiający badając ofertę ma obowiązek stosować się do przepisów Prawa zamówień publicznych i nie może nie reagować na jakiegokolwiek odstępstwa poczynione przez wykonawcę od swoich postanowień postawionych w specyfikacji.

Odwołujący zaprezentował jako podsumowanie następujące wywody:

W odniesieniu do oferty Konsorcjum istotnym wymaganiem SIWZ była możliwość zainstalowania oprogramowania na procesorze 32-bitowym. Wymóg ten decyduje o rodzaju nośnika, jaki musi zaoferować Wykonawca – nośnik 32-bit. Nazwa oprogramowania to Windows Prof. 8, zaś na rodzaj oferowanego nośnika wskazuje informacja 32-bit/ 64-bit. Licencja nie określa rodzaju nośnika. Oprogramowanie Windows PRO 8 oferowane jest fizycznie na różnych nośnikach (różne numery produktów na stronach w dystrybucji) i tak

oferowane są produkty: Windows Prof. 8 32 bit i osobno Windows Prof. 8 64 bit. Różne wersje oprogramowań w swoich wyjaśnieniach i umowach podkreśla sam producent ze względu na problemy z instalacją i funkcjonowaniem oprogramowania. Mając na uwadze brzmienie oferty wskazuje ona wprost na produkt Windows Prof. 8 64 bit, który jest zupełnie odrębnym produktem od Windows Prof. 8 32 bit.

Odnosząc się do oferty Piomar Odwołujący podniósł, że ze względu na brak dostępności sterowników na wskazanej w ofercie stronie nie odpowiada ona treści SIWZ. *Taka sama okoliczność zachodzi w odniesieniu do wymagań Zamawiającego dot. punktów w Sysmark 2007 Preview Rating.*

Odwołujący wywiódł, że *wszystkie wyżej wymienione tezy skutkują koniecznością uznania, że są to oferty których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, a zatem skutkują koniecznością odrzucenia ich przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zdaniem Odwołującego wskazać należy, że z art. 89 ust. 1 pzp wynika, że czynność odrzucenia oferty, w przypadku, gdy istnieją ku temu jednoznaczne przesłanki, nie jest zależna od uznania zamawiającego, lecz skutek w postaci konieczności podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wynika wprost z przepisu ustawy pzp. Odwołujący powołał się w tym zakresie ponownie na wyrok Izby z 3 sierpnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 907/09, KIO/UZP 915/09): Zamawiający na każdym etapie badania oferty – bez względu, czy jest to ocena składanych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów (w zakresie przedmiotu zamówienia – ocena przedmiotowa), czy też jest to ocena oferowanego rozwiązania na etapie przeprowadzania testów – ma możliwość i wręcz obowiązek, w przypadku powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących możliwość zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., do odrzucenia oferty wykonawcy, który takiemu przepisowi podlega.*

W opinii Odwołującego doszło do naruszenia przepisu art. 87 ust 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy pzp, ponieważ wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, jako oferta najkorzystniejsza wybrana została oferta podlegająca odrzuceniu, nie została odrzucona również oferta Piomar, pomimo ich niezgodności z SIWZ.

19 lipca 2013 r. Zamawiający przesłał faksem odpowiedź na odwołanie (datowaną na 17 lipca 2013 r.) – wnosząc o jego oddalenie.

{zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pzp}

Zamawiający potwierdził, że zgodnie z Załącznikiem E do SIWZ wymagał dla zaoferowanego sprzętu systemu operacyjnego w wersji dla procesorów 32-bitowych.

Zamawiający dodał, że nie wymagał, aby system operacyjny był zainstalowany na dostarczonym sprzęcie. Natomiast zastrzegł, że wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć nośnik zawierający wersję instalacyjną systemu operacyjnego oraz, jeśli jest to wymagane postanowieniami licencyjnymi, również nośnik zawierający wersję instalacyjną poprzedniej wersji systemu operacyjnego, do której, używania Zamawiający nabywa prawo.

Zamawiający zrelacjonował, że w toku badania złożonych ofert otrzymał od dwóch wykonawców pisma {Piomar 6 czerwca i GALAXY 18 czerwca), informujące o konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum Koncept ze względu na zaoferowanie niewłaściwego systemu operacyjnego to jest systemu na procesory 64-bitowe, a nie jak wymaga SIWZ na 32-bitowe. Zamawiający oświadczył, że komisja przeanalizowała zasady licencjonowania systemu Microsoft Windows 8 Pro dostępne na stronach Microsoftu {załączniki 1-3 do odpowiedzi na odwołanie} i za pomocą Ministerstwa Finansów uzyskała dodatkowe wyjaśnienia z firmy Microsoft {załącznik 4 do odpowiedzi na odwołanie}. Z analizy wynikało, że każda licencja na Microsoft Windows 8 Pro obejmuje obie wersje (32- i 64-bitową). Zamawiający stwierdził, że w formularzu oferty nie wymagał dokładnego opisu oferowanego oprogramowania. Natomiast każdy wykonawca nazwał oferowany system inaczej i podał w różnym zakresie informację o nim: *Windows 8 Pro*, *Windows 8 Professional PL*, *Microsoft Windows 8 Pro PL 32bit OEM*, *Microsoft Windows 8 Professional*, *Windows 8 Prof. 64-bit PL z downgrade do Windows 7 i Windows Vista*, *Windows 8 Professional PL 32bit OEM*, *Windows 8 Pro 32bit PL OEM+DVD*, *Licencja Windows 8 Pro + płyty recovery umożliwiające instalację systemu Windows 8 Pro oraz Windows 7 Professional*, *Windows 8 Professional PL 32bit OEM*, *Windows 8 Pro PL (downgrade do Windows 7 Professional 32-bit PL)*. Zamawiający oświadczył, że mimo tych różnorodnych zapisów, mając na względzie równe traktowanie wykonawców, doszedł do przekonania, że każdy zapis oznacza oferowanie prawa do użytkowania systemu operacyjnego Windows 8 Pro. Ponadto Zamawiający, po zapoznaniu się z warunkami umowy licencyjnej Microsoft, upewnił się, że system Windows 8 Pro spełnia wymagania określone w SIWZ. Według wiedzy Zamawiającego nie można licencji na użytkowanie systemu nabyć w części, gdyż licencja Windows 8 Pro jest jedna i dotyczy wszystkich wersji oprogramowania. Kupując licencję Zamawiający nabywa prawo do zainstalowania jednej, wybranej przez siebie wersji systemu.

Zamawiający potwierdził, że wymóg zaoferowania systemu operacyjnego dla procesorów 32-bitowych jest warunkiem sprecyzowanym w sposób jednoznaczny. Zdaniem Zamawiającego wskazać należy, że zapis taki dopuszcza każdy, 32-bitowy system operacyjny (tj. nie tylko produkty firmy Microsoft). Natomiast cechą zaoferowanego produktu Windows 8 Pro jest to, że licencja obejmuje wiele wersji w tym min. wersję 32-bitową i

64-bitową.

Zamawiający oświadczył, że jego największą wątpliwością było to, czy wykonawcy zaoferowali nośniki instalacyjne w wersji 32-bitowej. Dlatego komisja zdecydowała zwrócić się do oferentów, którzy nie określili, że jest to wersja 32-bitowa lub wskazali wersję 64-bitową o doprecyzowanie rodzaju nośników instalacyjnych. Zamawiający stwierdził, że w celu uzyskania pewności wystąpił do wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w następującym zakresie: *Czy złożona przez Wykonawcę oferta obejmuje nośniki instalacyjne z systemem operacyjnym w wersji dla procesorów 32 bit?* Zamawiający podał, że pytanie zostało przesłane do następujących wykonawców: ITEXPERT sp. z o.o., Konsorcjum Intaris, INCOM S.A., Konsorcjum Koncept i SYGNITY S.A. W odpowiedzi wszyscy zapytani wykonawcy złożyli wyjaśnienia potwierdzające.

W ocenie Zamawiającego zarówno charakter pytania, jak i odpowiedzi – w kontekście polityki sprzedażowej producenta systemu Windows – nie można uznawać za negocjacje doprowadzające do zmiany treści oferty. Zamawiający powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 8 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2707/12): *Na wstępie stwierdzić należy, że zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą zarówno KIO jak i sądów, Zamawiający nie może zrezygnować z trybu wyjaśniania wątpliwości co do treści oferty. Natomiast jaki skutek odniosą złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i czy w ich wyniku nastąpi poprawienie omyłek w ofercie, jest dla potrzeby wyjaśniania wątpliwości co do treści oferty, sprawą drugorzędną. Zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności w wyniku których możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z SIWZ. Ponadto stwierdzić należy, że na etapie wzywania wyjaśnień brak jest podstaw do przyjęcia stanowiska, że udzielenie tych wyjaśnień byłoby prowadzeniem negocjacji z Zamawiającym co do treści oferty.* Zamawiający wskazał, że takie stanowisko zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w orzeczeniach: z 25 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 510/11) i 3 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1661/09). W pierwszym z tych orzeczeń podkreślono także, że możliwość, o której mowa w art. 87 ust. 1 pzp, przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie wywieść bez udziału wykonawcy.

W związku z powyższym Zamawiający nie zgodził się z oceną Odwoływającego, że w sposób całkowicie nieuprawniony wezwał do złożenia wyjaśnień, na skutek których wymógł oświadczenie, że Konsorcjum oferuje 32-bitową wersją oprogramowania. Na marginesie Zamawiający podkreślił, że wątpliwości co do złożonej oferty dotyczyły także Odwoływającego, którego oferty nie odrzucono jako niezgodnej z SIWZ ale zgodnie z zasadą

równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 pzp wezwano – podobnie jak innych wykonawców – do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Zamawiający oświadczył, że nie może odnieść się w pełni do twierdzeń Odwołującego powołujących się na dowody, gdyż nie zostały one załączone do otrzymanej przez niego kopii odwołania.

{zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp}

Zamawiający uznał zarzut za bezpodstawny, z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum Koncept jest – tak jak pozostałe oferty – zgodna z SIWZ w zakresie oferowanego systemu operacyjnego w wersji 32-bitowej.

Zamawiający powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 8 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2707/12): *Na wstępie zasadne jest wskazanie, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wtedy gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Ponadto aby Zamawiający mógł odrzucić ofertą, to najpierw musi uzyskać pewność co do jej treści, a dopiero po tym, zgodnie z regułą należytej staranności, może zakwalifikować treść oferty, jako odpowiadającą albo nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...) Obowiązek starannego działania w tym zakresie spoczywający na Zamawiającym wynika przede wszystkim z faktu, że Zamawiający realizując zamówienia na określony przedmiot lub usługę wydatkuje na ten cel środki publiczne. Aby można było mówić o właściwym wydatkowaniu tych środków to Zamawiający musi mieć pewność, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia jest tożsamy z opisanym w SIWZ.*

Zamawiający oświadczył, że w wyniku analizy złożonych ofert ustalił, że wszyscy wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone (jedna oferta została odrzucona z powodu nie spełnienia warunku wydajności obliczeniowej powyżej 162 pkt w teście Sysmark 2007) zaoferowali: w zakresie sprzętu komputerowego – komputer klasy *all-in-one* w konfiguracji zgodnej z SIWZ; w zakresie oprogramowania – system operacyjny Windows 8 Pro spełniający wymagania określone w SIWZ. W tym w zakresie oprogramowania, po pierwsze – licencję, czyli prawo do użytkowania systemu operacyjnego Windows 8 Professional. {Zamawiający dodał, że zgodnie z zapisami *Umowy Licencyjnej dotyczącej Oprogramowania Microsoft Windows 8 Pro* fakt posiadania licencji na takie oprogramowanie potwierdza oryginalna etykieta certyfikatu autentyczności Microsoft, towarzyszący jej oryginalny klucz

produktu oraz dowód zakupu.} Po drugie – nośniki instalacyjne systemu Windows 8 Pro w wersji 32-bit. Wszyscy wykonawcy złożyli również oświadczenia producenta, potwierdzające objęcie sprzętu 5-letnią gwarancją, na warunkach określonych w § 9 wzoru umowy.

Zamawiający stwierdził ponadto, że zapoznał się z zapisami *UMOWY LICENCYJNEJ DOTYCZĄCEJ OPROGRAMOWANIA MICROSOFT WINDOWS 8 PRO*, a warunki licencji dla Windows 8 w wersji Pro spełniają wszystkie jego wymagania. Zamawiający kupując taką licencję będzie korzystał z pełni przysługujących mu praw. Licencja na Windows 8 Pro jest jedna i obejmuje wszystkie wersje językowe i bitowe. Zamawiający zauważył, że licencjodawcą jest firma Microsoft, a nie wykonawca, a oprogramowanie jest licencjonowane, a nie sprzedawane. Zdaniem Zamawiającego wykonawcy nie mogą mu oferować częściowego korzystania z licencji np. nie można ograniczać prawa do korzystania tylko z wybranej wersji językowej lub bitowej. Natomiast w ramach licencji Microsoft na system Windows 8 Pro dostawca oprogramowania może dostarczać dowolne nośniki, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

Odnosnie postanowień SIWZ dotyczących przeprowadzania testów wydajnościowych, Zamawiający potwierdził, że takie testy sprzętu były wykonywane w Ministerstwie Finansów na systemie operacyjnym Windows 7 Pro 32-bit SP1 En. Jednakże celem takiego działania była porównywalność wyników testów. Sprzęt testowano na angielskiej wersji systemu Windows 7 pro 32-bit Sp 1 lecz nie jest to wersja wymagana w SIWZ jako dostarczana. Zdaniem Zamawiającego nie jest to zatem argument w sprawie oceny oferowanego oprogramowania.

Odnosnie argumentu, że aby można było uruchomić 64-bitową wersję systemu Windows komputer musi być wyposażony w procesor 64-bitowy i rozróżniania przez producenta różnych wersji systemu – zdaniem Zamawiającego ten argument nie ma znaczenia dla sprawy. Zamawiający wie, że Microsoft rozróżnia wiele wersji systemu (bitowe i językowe), świadczy o tym zapis w umowie licencyjnej Microsoft Windows 8 Pro: *Oprogramowanie obejmuje wiele wersji (np. 32-bitowe i 64-bitowe), ale Licencjobiorca może zainstalować tylko jedną z nich.* Ponadto według Zamawiającego wszyscy wykonawcy (w tym również Odwołujący) zaoferowali komputery z procesorem, na którym można zainstalować dowolną wersję systemu Windows 8 Pro.

Biorąc powyższe pod uwagę oraz fakt, że Zamawiający nie wymagał zainstalowania systemu operacyjnego na dysku komputera, Zamawiający stwierdził, że sprzęt i oprogramowanie zaoferowane przez Konsorcjum Koncept odpowiada przedmiotowi zamówienia, pod warunkiem, że nośniki instalacyjne są zaoferowane w wersji 32-bitowej.

Zadaniem Zamawiającego wykonawca potwierdził to podpisem na formularzu oferty oraz odpowiadając na zadane pytanie, że dostarczy nośniki instalacyjne w wersji 32-bitowej. Zamawiający podniósł, że w formularzu oferty nie było wymogu wpisania jakie nośniki zostaną dostarczone.

Zamawiający wywiódł, że jego celem jest zakup komputerów PC wraz z oprogramowaniem i dokumentami licencyjnymi dla jednostek administracji podatkowej w celu wdrożenia systemu e-Podatki. Zamawiający doszedł do przekonania, że oferta Konsorcjum Koncept zapewni realizację zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowany sprzęt i oprogramowanie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.

Zamawiający podniósł, że jego stanowisko potwierdza opinia uzyskana z Izby Rzecznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego {załącznik 5 do odpowiedzi na odwołanie} przez Ministerstwo Finansów, na którego zlecenie Izba Skarbowa w Katowicach realizuje niniejszy przetarg. Podsumowanie tej opinii brzmi następująco: *Na podstawie przeprowadzonej analizy można stwierdzić, że w świetle postanowień licencyjnych producenta, system operacyjny określony w ofercie jako „Windows 8 Pro 64-bit” spełnia wymagania Zamawiającego zdefiniowane w SIWZ jako: „System operacyjny w wersji dla procesorów 32-bitowych”, i Zamawiający nabywając taki system zyskuje prawo stosowania 32-bitowej wersji instalacyjnej zamiennie do wersji 64-bitowej.*

Zamawiający ocenił, że w tej sytuacji odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Koncept, bez żądania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp, prowadziłoby do odrzucenia oferty, która w chwili jej złożenia spełniała wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Zdaniem Zamawiającego takie postępowanie byłoby sprzeczne zarówno z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, jak również z zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 pzp. Zdaniem Zamawiającego warto zwrócić uwagę na orzeczenie Zespołu Arbitrów przy UZP z 22 czerwca 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-904/04), w którym wskazano, iż *istotą całego prawa zamówień publicznych jest zapewnienie uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania tychże zamówień oraz przede wszystkim troski o racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, nie zaś skrajne formalizowanie trybu udzielania zamówień publicznych i eliminowania oferentów z ubiegania się o zamówienie publiczne z powodu uchybień ofert, niewpływających na ich istotę, jak też na zakres przyszłych, ewentualnych wzajemnych zobowiązań stron.*

{zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w stos. do oferty Piomar}

Zamawiający oświadczył, że podczas prac komisji przetargowej dokonano sprawdzenia wymogu wsparcia technicznego {*Dostęp do aktualnych sterowników zainstalowanych w komputerze urządzeń, realizowany poprzez podanie modelu lub numeru*

seryjnego na stronie internetowej producenta urządzenia}. Pod adresem internetowym podany przez firmę Piomar znaleziono aktualizację sterownika urządzenia dla systemu Windows 8 Professional x32. Stwierdzono, że wymagania dotyczące wsparcia technicznego są spełnione, ponieważ obecnie większość sterowników jest wbudowana w system operacyjny, a na stronie internetowej opublikowane są jedynie aktualizacje sterowników. Zamawiający nie wymagał, aby w ramach wsparcia technicznego na stronie będą wszystkie sterowniki, a jedynie oczekiwał istnienia strony, na której będą umieszczane sterowniki niewbudowane do systemu operacyjnego. Na etapie badania ofert Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy obecnie jest tam kompletny ich zestaw, gdyż w ofercie nie wymagał pełnego spisu elementów składowych komputera. Wymóg będzie egzekwowany podczas odbioru jakościowego przy instalacji systemu. Wobec powyższego zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie określił formy ani zawartości *dokumentu zawierającego wyniki benchmarkowania dla oferowanego przez Wykonawcę Sprzętu*. Wobec tego za prawidłowy uznawany był każdy dokument zawierający wyniki testów, którego treść nie była sprzeczna z SIWZ. Za potwierdzenie, że dokument dotyczy oferowanego sprzętu uznawano zawarte w ofercie oświadczenie Wykonawcy: *Oświadczam, że oferowane urządzenia spełniają wymagania określone w Załączniku E do SIWZ – Opis cech, parametrów*. W przypadkach gdy z dokumentu wynikała sprzeczność z SIWZ, wzywano Wykonawcę do dostarczenia sprzętu do testów – nie dotyczyło to PIOMAR

Na skutek przekazania przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania – w poniedziałek 8 lipca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego ze strony następujących wykonawców:

- A. „GALAXY” J..... M..... z Zielonej Góry – po stronie odwołującego,
 - B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „KONCEPT” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ORTI B..... sp. k. z siedzibą w Lublinie – po stronie zamawiającego,
 - C. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „PIOMAR” sp. j. S..... M....., S..... E..... z siedzibą w Brzegu
- po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania wszystkich zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego w odpowiedniej formie (pisemnej lub elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu), z zachowaniem 3-dniowego terminu

i przekazania ich kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia ich nieskuteczności.

Izba na podstawie art. 185 ust. 4 zd. 2 pzp oddaliła na posiedzeniu opozycję zgłoszoną przeciw przystąpieniu po stronie Odwołującego, gdyż Zamawiający nie uprawdopodobnił, że „GALAXY” J..... M..... nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. W szczególności Izba zważyła, że interesu zgłaszającego przystąpienie w uwzględnieniu odwołania nie należy utożsamiać z interesem w uzyskaniu zamówienia. Niewątpliwie w interesie Przystępującego „GALAXY” J..... M..... jest doprowadzenie do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a także do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, a zgłoszony w tym zakresie przez Zamawiającego wniosek został uznany za oczywiście niezasadny. Wobec braku podstaw do odrzucenia odwołania czy umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający, Przystępujący Konsorcjum Koncept i Przystępujący Piomar podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Natomiast Przystępujący Galaxy nie stawił się na posiedzenia, pomimo otrzymania prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników postępowania (Stron i Przystępujących), uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniach przystąpień i dalszych pismach, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego mogą narażać Odwołującego na szkodę.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami i zmianami, oferty Konsorcjum Konzept i oferty Piomar, a także wezwania do wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego i przesłanych przez Konsorcjum Konzept wyjaśnień.

Izba wzięła również pod uwagę złożone w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego, Zamawiającego, Przystępującego Konsorcjum Konzept i Przystępującego Piomar dowody, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej oraz znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że odwołanie zostało wniesione od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Konzept. Przy czym zawiera dwa zarzuty, pierwszy – zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z. {naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp}, oraz drugi – wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień Konsorcjum Konzept w taki sposób, że doszło do niedopuszczalnej zmiany treści złożonej przez nie oferty {naruszenie art. 87 ust. 1 pzp}. W konsekwencji za zasadniczy zarzut odwołania należy uznać zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Tylko wykazanie mieszczącej się w zakresie zastosowania tego przepisu niezgodności oferty Konsorcjum Konzept z treścią s.i.w.z. mogło spowodować uznanie przez Izbę, że doszło do naruszenia przepisu ustawy pzp, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 192 ust. 2 pzp. Pomimo przywołaniu w uzasadnieniu odwołania pełnej treści art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z., z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp – Odwołujący wykazywał zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie zasadność odrzucenia oferty Konsorcjum Konzept, jakby to zastrzeżenie nie miało znaczenia. Zamiast tego Odwołujący skupił się na wykazaniu: po pierwsze – zaistnienia niezgodności treści złożonej przez Konsorcjum Konzept oferty z treścią s.i.w.z., po drugie – niemożności usunięcia tej niezgodności przez samo wezwanie do złożenia wyjaśnień. O ile Izba podziela stanowisko

Odwołującego w tym zakresie, o tyle nie jest to wystarczające do stwierdzenia, że oferta Konsorcjum Koncept podlegała odrzuceniu. Kluczowe znaczenie ma bowiem ocena, czy zaistniała niezgodność miała taki charakter, że nie podlegała usunięciu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który to przepis nakłada na zamawiającego obowiązek usunięcia innych niż oczywiste omyłek, które nie powodują istotnej zmiany treści złożonej oferty. W ocenie Izby za bezskuteczną należy uznać próbę wywiedzenia przez Odwołującego nieusuwalnego charakteru zaistniałej rozbieżności wyłącznie z wadliwego sposobu jej usunięcia przez Zamawiającego, który ograniczył się do zastosowania art. 87 ust. 1 pzp. Odwołujący kładzie nacisk na nadużycie przez Zamawiającego instytucji wyjaśnień treści oferty tak, jakby samo w sobie mogło to przesądzić o braku możliwości skorygowania niezgodności pomiędzy ofertą a s.i.w.z. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Tymczasem przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp są ze sobą tak ściśle powiązane, że – co do zasady – dla odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z. konieczne jest uprzednie stwierdzenie, że w danym przypadku nie można zmienić treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem realizacji zamówienia wymaganym w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi zatem wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści składanej w postępowaniach o udzielenie oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże ponieważ zakres wymaganej treści oferty ustala zamawiający przez określenie w s.i.w.z. elementów, z których ma się składać

oświadczenie woli wykonawcy. Jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem zgodności z opisem Zamawiającego – konkretyzacji przedmiotu oferty przez podanie konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu, etc., pozwalających na jego jednoznaczną identyfikację – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności. Przy czym w każdym przypadku zaistnienia niezgodności, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe wskazanie na czym ona konkretnie polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi zapisami czy normami s.i.w.z.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyraził swoje oczekiwanie względem treści oferty w następujący sposób. W pkt 3 rozdziału XI s.i.w.z. {dotyczącego sposobu przygotowania oferty} choć jedynie zalecono wykorzystanie formularzy załączonych do s.i.w.z., wyraźnie zastrzeżono, że w ofercie mają się znaleźć informacje wynikające z załącznika do formularza oferty, w szczególności określenie marki i modelu oferowanego sprzętu oraz zainstalowanego oprogramowania. Poza tym wspomniany formularz wymagał podania w przygotowanej do wypełnienia tabeli następujących danych: wydajności obliczeniowej komputera {według Sysmark 2007 Preview Rating dla systemu operacyjnego Windows 7 Professional 32-bit Sp1}, modelu procesora, standardu, pojemności i częstotliwości pamięci operacyjnej, pojemności, szybkości obrotowej i interfejsu pamięci masowej, liczby portów USB zintegrowanych w obudowie, efektywności energetycznej {z podaniem adresu potwierdzającej to strony internetowej} i wsparcia technicznego {z podaniem adresu potwierdzającej to strony internetowej}. Wreszcie pod tabelą zostało przygotowane do podpisu przez wykonawcę oświadczenie, że oferowane urządzenia spełniają wymagania określone w Załączniku E do SIWZ pn. *Opis cech, parametrów, funkcjonalności, konfiguracji oraz dokumentacji technicznej i wyposażenia Sprzętu*. Załącznik ten stanowi właściwy opis przedmiotu zamówienia, którym jest komputer „All in One” wykorzystywany do aplikacji biurowych, pakietu biurowego, obsługi e-mail, obsługi maszyn wirtualnych, o wyszczególnionych dalej parametrach, wydajności i cechach. Przy czym w zakresie oprogramowania określono, że ma być to *system operacyjny w wersji dla procesorów 32-bitowych*, o następujących parametrach funkcjonalnych: *oferujący pełną integrację z wdrożoną w resorcie finansów usługą katalogową Microsoft Active Directory, umożliwiającą nawiązanie połączenia z komputerem za pomocą funkcji pulpitu zdalnego, umożliwiającą wykorzystanie pełnej funkcjonalności wdrożonego w resorcie finansów systemu komunikacyjnego opartego o oprogramowanie Microsoft Server Lync i oprogramowanie klienckie instalowane na komputerach PC, umożliwiającą zainstalowanie*

i korzystanie w pełnym zakresie (zapewnienie ochrony antywirusowej komputera – tj. uruchomione procesy, pamięć RAM) z korporacyjnego pakietu Trend Micro Office Scan w wersji 10.x stanowiącej element systemu firmy Trend Micro wdrożonego w resorcie finansów; umożliwiający wykorzystanie pełnej funkcjonalności wdrożonego w resorcie finansów systemu zarządzania projektami opartego o oprogramowanie Microsoft Project Server i oprogramowanie klienckie Microsoft Project Professional instalowane na komputerach PC; umożliwiający uruchomienie przeglądarki internetowej Internet Explorer w celu pełnej funkcjonalnie pracy na aplikacjach webowych wdrożonych w resorcie finansów zoptymalizowanych pod kątem działania w tej przeglądarce. Ponadto sprecyzowano, że: System operacyjny powinien być oprogramowaniem w wersji najnowszej dostępnej w momencie złożenia ofert. Postanowienia licencyjne powinny zezwalać Zamawiającemu na przeniesienie systemu operacyjnego na starszą wersję systemu operacyjnego, co najmniej dwie wersje wstecz {na skutek zmiany s.i.w.z. z 14 maja 2013 r. odstąpiono od wymagania licencji uprawniającej do przeniesienia systemu operacyjnego na inny komputer} . Wreszcie w zakresie dostawy podano, że: Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć nośnik zawierający wersję instalacyjną systemu oraz, jeśli jest to wymagane postanowieniami licencyjnymi, również nośnik zawierający wersję instalacyjną poprzedniej wersji systemu, do której używania Zamawiający nabywa prawo. Przy czym na skutek pytania wykonawcy dotyczącego sposobu przeprowadzenia odbioru jakościowego, w szczególności, czy dostarczone komputery mają mieć zainstalowany system operacyjny, i w jakiej wersji, najnowszej czy starszej – Zamawiający wyjaśnił, że dopuszcza dostawę sprzętu bez zainstalowanego systemu operacyjnego, a ewentualne prace instalacyjne konieczne dla przeprowadzenia odbioru jakościowego, zrealizuje sam {odpowieź z 14 maja 2013 r. na pytanie nr 3 z zestawu VII}. Zamawiający nie wymagał w zakresie systemu operacyjnego złożenia w ofercie odrębnego oświadczenia co do nośników jakie zostaną dostarczone.

Niesporne jest, że Odwołujący sprecyzował treść oferty w zakresie oprogramowania przez wpisanie: *Windows 8 Prof. 64-bit PL z downgrade dla Windows 7 i Windows Vista*. Odwołujący pomija jednak, że przedmiotem oferty jest komputer *All in One* marki Lenovo, wskazanego konkretnie modelu, dla którego opisano w powyższy sposób oprogramowanie. Należy zestawić to z tym, że przedmiotem udzielanego zamówienia jest – zgodnie z rozdziałem 1 s.i.w.z. – *sprzedaż i dostawa wraz z rozładunkiem i rozmieszczeniem przez Wykonawcę do Miejsc Dostawy i pomieszczeń wskazanych przez Zamawiającego 7875 sztuk komputerów PC wraz z oprogramowaniem i dokumentami licencyjnymi, zwanego dalej „Sprzętem”* {pkt 1}, dla którego szczegółowy opis cech, parametrów, funkcjonalności, konfiguracji oraz dokumentacji technicznej i wyposażenia określono w Załączniku E do

s.i.w.z. {pkt 2 i 4}, przy czym sposób realizacji zamówienia wynika także z *Wzoru Umowy*, stanowiącego Załącznik D do s.i.w.z. {pkt 5}. Z § 6 ust. 1 wzoru umowy wynika z kolei, że cena oferty obejmuje powyższy zakres przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie obciążenia związane z realizacją umowy, w szczególności wynagrodzenie za udzielenie licencji/sublicencji lub zapewnienie prawa do korzystania przez Zamawiającego z oprogramowania na określonych w tej umowie polach eksploatacji, które szczegółowo zostały określone w § 7. Ponadto za niesporną należy uznać okoliczność, że system operacyjny Windows jest produktem Microsoft, a w odniesieniu do wersji Windows 8 Pro warunki licencji reguluje *Umowa licencyjna dotycząca oprogramowania Microsoft Windows 8 Pro* lub *Umowa licencyjna dotycząca oprogramowania Microsoft zawarta z producentem oprogramowania lub osobą lub firmą instalującą oprogramowanie Windows 8 Pro*, których treść została załączona do odpowiedzi na odwołanie i nie była kwestionowana jako nieautentyczna przez Odwołującego. Przy czym z uwagi na przywiązanie licencji do sprzedawanych komputerów zastosowanie znajdą w tym przypadku postanowienia drugiej z tych umów, na której wstępie dookreślono, że jest to umowa licencyjna między licencjobiorcą a producentem komputera lub osobą bądź firmą instalującą oprogramowanie rozpowszechniającymi oprogramowanie Windows 8 Pro wraz z komputerem. W następnej kolejności stwierdza się, że *Umowa ta opisuje prawa Licencjobiorcy w zakresie korzystania z oprogramowania Windows 8 Pro*. Na pytanie w jaki sposób licencjobiorca może korzystać z oprogramowania pada przede wszystkim odpowiedź, że jest ono licencjonowane, a nie sprzedawane. Co ma oznaczać, że na mocy tej umowy Microsoft udziela licencjobiorcy prawa do zainstalowania i uruchomienia wyłącznie na komputerze, z którym licencjobiorca uzyskał oprogramowanie (tzw. licencjonowany komputer), jednej kopii oprogramowania w celu korzystania z niej przez jedną osobę w danym czasie. Przy czym w postanowieniach dodatkowych umowy znajduje się w szczególności następujące postanowienie lit. b pkt 1: *Wiele wersji. Oprogramowanie obejmuje wiele wersji (np. 32-bitowe i 64-bitowe), ale licencjobiorca może zainstalować tylko jedną z nich. Zainstalowanie 32-bitowej wersji systemu operacyjnego Windows 8 Pro wymaga wybrania w BIOS-ie trybu legacy. W razie zmiany z 32-bitowej wersji na 64-bitową wersję systemu operacyjnego Windows 8 Pro trzeba przywrócić oryginalne ustawienia BIOS-u. Jeżeli w przypadku powrotu do wersji 64-bitowej Licencjobiorca nie przywróci tych ustawień BIOS-u, następujące funkcje systemu operacyjnego Windows 8 Pro nie będą dostępne, ponieważ działają one w trybie rozruchu UEFI: (...). Powrót do trybu UEFI wymaga sformatowania dysku twardego. Wszystkie dane i ustawienia użytkownika zostaną utracone. Przed przywróceniem trybu UEFI należy utworzyć kopie zapasowe danych. Z kolei na dowód posiadania ważnej licencji składa się –*

zgodnie z pkt 7 postanowień dodatkowych – oryginalny klucz produktu, zakończona powodzeniem aktywacja oprogramowania, autentyczna etykieta Windows (np. Certyfikat Autentyczności) oraz dowód zakupu otrzymany od dostawcy oryginalnego oprogramowania Microsoft. Przy czym ważna licencja może także obejmować plik aktywacyjny Windows zainstalowany na urządzeniu przez producenta komputera. Zamawiający oświadczył, że w toku badania ofert zapoznał się z postanowieniami umów licencyjnych dotyczących systemu Windows 8 Pro. Nie było to podważane przez Odwołującego, a dodatkowo znajduje oparcie w załączonym do odpowiedzi na odwołanie piśmie Microsoft sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z 14 czerwca 2013 r. Polska spółka producenta systemu Windows potwierdza w nim, po pierwsze, że umowa licencyjna dla Windows 8 Pro jest zawsze dostępna na stronach internetowych Microsoft Corporation. Po drugie, że aktualne brzmienie Umowy Licencyjnej (EULA) Windows 8 Pro OEM, w zakresie pkt 1, lit. b przedstawia się tak, jak to powyżej zacytowano, a na co powołał się Zamawiający.

W ocenie Izby w takich okolicznościach Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, że wskazanie w załączniku do formularza oferty 32-bitowej wersji systemu Windows 8 Pro oznacza definitywną sprzeczność oferty Konsorcjum Koncept z s.i.w.z. wymagającej zaoferowania systemu operacyjnego dla 32-bitowych procesorów. Należy zauważyć, że ustawa pzp przewiduje dla zamawiającego w toku tego procesu szeroką gamę instrumentów, począwszy od wyjaśniania treści oferty {art. 87 ust. 1 pzp} i złożonych dokumentów {art. 26 ust. 4 pzp} aż do poprawienia różnego rodzaju omyłek w treści oferty {art. 87 ust. 2 pkt 1-3} czy uzupełnienia błędnych lub niezłożonych dokumentów {art. 26 ust. 3 pzp}, przy czym, czy i w jakiej konfiguracji zostaną użyte, powinno zależeć od właściwej oceny okoliczności dotyczących konkretnej oferty. Odwołujący powinien mieć świadomość, że *[w] realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 PZP stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 PZP. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 2 Pzp.* {vide wyrok Izby z 5 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2743/11) oraz wyrok Izby z 29 lipca 2011 r. (sygn. akt 1514/11)} W okolicznościach sprawy należy zatem ocenić, czy i w jaki sposób Zamawiający mógł usunąć stwierdzoną przez siebie rozbieżność pomiędzy wymaganiem zaoferowania komputera z systemem w wersji 32-bitowej a treścią złożonej przez Konsorcjum Koncept oferty, z której wynikało, że zaoferowano komputer Lenovo wraz systemem Windows 8 Pro w wersji 64-bitowej. Niewątpliwie wskazanie to stanowi element

treści oferty, a zatem mogą znaleźć tu zastosowanie instytucje dotyczące jej wyjaśniania oraz korygowania uregulowane w art. 87 ust. 1 i 2 pzp. W tych okolicznościach Zamawiający postanowił jedynie wezwać w trybie art. 87 ust. 1 pzp Konsorcjum Koncept do wyjaśnienia, czy złożona przez nie oferta obejmuje nośniki instalacyjne zawierające system operacyjny dla 32-bitowych procesorów. Stało się to przedmiotem głównie akcentowanego przez Odwołującego zarzutu, że w ten sposób Zamawiający wymusił na Przystępującym złożenie oświadczenia potwierdzającego, które nie znajduje żadnego oparcia w treści złożonej oferty, a zatem stanowi niedopuszczalną na mocy zd. 2 ust. 1 art. 87 pzp zmianę treści złożonej oferty po terminie składania ofert. Zdaniem składu orzekającego Izby nie ma takiej zasady, że zbyt szeroki zakres wezwania do wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień wykraczających poza wykładnię treści złożonego oświadczenia woli, powoduje nieodwołalną konieczność odrzucenia oferty, której takie czynności dotyczyły. Natomiast z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp wynika, że ewentualne próby zmiany treści oferty w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne czy nieważne. Taki pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w wyrokach: z 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 992/09) i z 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 616/11). W tym ostatnim orzeczeniu oraz w wyroku z 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 731/11), choć zapadłych na tle odmiennych stanów faktycznych, wyrażono pogląd, w ocenie składu orzekającego Izby adekwatny również w okolicznościach rozstrzyganej sprawy, że dla oceny prawidłowości skorzystania przez zamawiającego z instytucji przewidzianej w art. 87 ust. 1 pzp istotne jest, czy w ofercie znajdował się konkretny punkt zaczepienia dla dokonanego wezwania, pozwalający na stwierdzenie, że mamy do czynienia z wyjaśnianiem znaczenia informacji już w niej zawartych. W przekonaniu składu orzekającego Izby ten wymóg poruszania się w granicach merytorycznej treści oferty, wyznaczonych przez zawarte w niej oświadczenia i dokumenty, oznacza konieczność uwzględnienia informacji wynikających z nich zarówno wprost, jak i w sposób dorozumiany, zwłaszcza, że to w tym ostatnim przypadku najczęściej zachodzi potrzeba rozwiania mogących powstać u zamawiających wątpliwości. Ponieważ przedmiotem oferty Konsorcjum Koncept jest dostawa, czyli przeniesienie własności skonkretyzowanego typu komputera marki Lenovo wraz z systemem operacyjnym Windows, które jest licencjonowane przez Microsoft, nie można stwierdzić, że warunki tej umowy licencyjnej pozostają bez związku ze złożoną ofertą, nawet jeżeli fizycznie nie zostały załączone w postaci wydruku do oferty. Wynika to ze stosowania przez Microsoft jednolitych i udostępnianych publicznie zasad licencjonowania dla produkowanego oprogramowania. Przy czym konkretnie dla Windows 8 Pro wynika z nich istnienie jednej, niepodzielnej licencji dla określonego na tym poziomie szczegółowości systemu operacyjnego, który na jej podstawie może być używany przez

użytkownika zarówno w wersji 32-bitowej, jak i 64-bitowej, z tym zastrzeżeniem, że w jednym czasie na licencjonowanym komputerze może być zainstalowana tylko jedna z tych wersji. W tych okolicznościach wezwanie sformułowane przez Zamawiającego nie jest zupełnie oderwane od treści złożonej oferty. Skoro Zamawiający był w stanie samodzielnie ustalić sposób licencjonowania systemu Windows 8 Pro, jego wątpliwości mogły się rzeczywiście ograniczać do kwestii dostarczenia wraz z ofertą nośników wersji, którą był zainteresowany, czyli 32-bitowej.

Pozostaje zatem ocena, czy i w jaki sposób Zamawiający powinien skorzystać z uzyskanej wiedzy odnośnie zasad licencjonowania systemu Windows 8 Pro. W ocenie Izby literalna treść załącznika do formularza oferty w rubryce dotyczącej oprogramowania nie odpowiada literalnej treści Załącznika E do s.i.w.z., gdyż wskazuje na wersję systemu dla procesorów 64-bitowych. Według słownikowego rozumienia słowa „omyłka” oznacza ono *sposprzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp.* {*Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie <http://sjpd.pwn.pl>}. Ponieważ istnieje 64-bitowa wersja systemu Windows 8 Pro, jej wpisanie nie mogło być uznane za oczywistą omyłkę pisarską. Z tego względu można jedynie rozważać zaliczenie jej do pojemnej kategorii tzw. innych omyłek z pkt 3 ust. 2 art. 87 pzp, w której między innymi mieszczą się omyłki rachunkowe, pisarskie lub o mieszanym charakterze. Niewątpliwie intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp było zniwelowanie formalizmu występującego dotychczas na gruncie ustawy pzp. W orzecznictwie Izby podkreślono, że *celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu namówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie)*. {*vide* wyrok Izby z 23 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 522/11)} Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie ma prawa uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie przez zamawiającego poprawienia omyłki uznać należy uznać za działanie w sposób oczywisty sprzeczne z prawem oraz jego własnym interesem. W konsekwencji prowadzi może do niesłusznego odrzucenia oferty z najkorzystniejszą ceną, a także nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak to słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11): *[w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych*

błędów w ich treści). Podobne stanowiska Izbaabrała w wyroku z 24 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2490/10) i w wyroku z 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1978/10).

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że niezgodność oferty Konsorcjum Koncept z s.i.w.z. w zakresie wskazania dla oferowanych komputerów 64-bitowej zamiast 32-bitowej wersji systemu Windows 8 Pro nie ma charakteru omyłkowego {w istocie brak w tym zakresie w odwołaniu jakichkolwiek rozważań}. Zdaniem składu orzekającego Izby przy stosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie należy przeceniać znaczenia tzw. świadomego czy celowego złożenia przez wykonawcę oferty o treści rozbieżnej z treścią s.i.w.z. Zwykle będzie to pozostawało co najwyżej w sferze domniemania wywodzonego z zaistnienia samej rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią s.i.w.z., której usunięciu przepis ma przecież służyć. W konsekwencji nie ma podstaw do wywodzenia z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, że omyłka oznacza wyłącznie przypadki tzw. niezawinionego błędu. Co najwyżej można mówić o błędzie niezamierzonym w tym sensie, że składający oświadczenie woli objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią s.i.w.z., ale w rezultacie składa ofertę niezgodną z s.i.w.z., nie zdając sobie z tego sprawy. Natomiast jako właściwy punkt wyjścia należy wręcz przyjąć założenie, że wykonawca składa ofertę w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia {nawet jeżeli nie zawsze się im to udaje}, zmierzając w ten sposób do uzyskania zamówienia publicznego. W konsekwencji w zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią s.i.w.z. należy uznać za omyłkową, chyba że istnieją wyraźne podstawy do przypisania wykonawcy świadomego i celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z s.i.w.z. W praktyce będzie mogło to być wykazane niezwykle rzadko, przede wszystkim w sytuacji, gdy wykonawca będzie obstawał przy swoim – błędnym – rozumieniu treści s.i.w.z. W rozstrzyganej sprawie nie udowodniono, że wskazanie w formularzu oferty 64-bitowej wersji oferowanego wraz z komputerami systemu operacyjnego Windows 8 Pro nie ma charakteru omyłki popełnionej przez Konsorcjum Koncept przy sporządzaniu oferty. Z kolei Zamawiający nie mógł też mieć wątpliwości w jaki sposób dokonać poprawienia tej omyłki, gdyż w tym zakresie są tylko jedna możliwość polegająca na wpisaniu wersji 32-bitowej zamiast 64-bitowej. Wreszcie zgromadzony materiał dowodowy wskazuje wręcz na nieistotność takiej zmiany w odniesieniu do oferty, której zasadniczą treścią jest dostawa kilkuset komputerów konkretnego modelu produkowanych przez Lenovo wraz z licencją do korzystania na nich z systemu operacyjnego Windows 8 Pro. Producent Lenovo potwierdził {w piśmie z 11 lipca 2013 r., które zostało złożone na rozprawie przez Konsorcjum Koncept}, że licencja na system Windows 8 Pro związana z oferowanymi komputerami, obejmuje

zarówno wersję 32-, jak 64-bitową. Przy czym standardowo do sprzętu nie są załączane żadne nośniki, chyba że klient sobie tego zażyczy, za co nie są pobierane dodatkowe opłaty. Pismo Lenovo rzuca też nieco światła na przyczynę powstania omyłki, skoro standardową praktyką największych producentów komputerów jest ich sprzedaż z preinstalowanym systemem w konkretnej wersji, przy czym za najwyższą dostępną wersję aktualnie uznaje się Windows 8 Pro 64-bit. W konsekwencji taka zmiana nie stanowi istotnej zmiany treści złożonej oferty, w szczególności w ogóle nie powoduje zmiany jej ceny.

Z kolei Odwołujący przedstawił zdjęcia nośników (płyty DVD-ROM) ze sprzedaży detalicznej, na dowód odrębności 32- i 64-bitowej wersji Windows 8 Pro, co było okolicznością bezsporną. Odwołujący nie przedstawił natomiast, pomimo zapowiedzi zawartej w odwołaniu, żadnych dowodów na potwierdzenie że każda z wersji jest odrębnie oferowana przez sprzedawców licencjonowanych komputerów i ma inną cenę. W szczególności przedstawione na rozprawie pisma firm Komputronik i Dell są bez znaczenia dla sprawy, gdyż w odwołaniu nie zawiera zarzutu, że oferowany przez Konsorcjum Koncept 64-bitowy komputer marki Lenovo jest niezdolny sprzętowo do zainstalowania 32-bitowego systemu Windows 8 Pro. Ponadto obaj konkurencyjni producenci oświadczyli, że w przypadku komputerów przez nich produkowanych zainstalowanie 32-bitowej wersji Windows 8 Pro wymaga dodatkowych zabiegów podczas produkcji. Natomiast przedmiotem oferty Konsorcjum Koncept jest komputer wyprodukowany przez Lenovo, dla którego taka praktyka nie musi mieć zastosowania. Ponadto z uwagi na niemal identyczność treści obu oświadczeń sprawiają one wrażenie złożonych na zamówienie Odwołującego. Należy zauważyć, że sam producent systemu operacyjnego, poza ostrzeżeniem, że spowoduje to utratę danych, wskazuje na możliwość instalowania na komputerach 64-bitowych każdej z wersji, co wymaga jedynie zmiany ustawień w BIOS-ie płyty głównej. Natomiast Izba nie podziela stanowiska Odwołującego na rozprawie {które pojawiło się już w podsumowaniu odwołania} co do istotności nośnika jako elementu treści oferty. Wręcz przeciwnie, ma on wtórne znaczenie w stosunku do licencji na Windows 8 Pro związanej z oferowanymi komputerami, która daje uprawnienie Zamawiającemu do zainstalowania i używania również wersji 32-bitowej tego systemu. Ponieważ Zamawiający nie wymagał dostarczenia zarówno nośników dla wersji 32-, jak i 64-bitowej, w istocie zmiana treści oferty sprowadzała się *de facto* do skorygowania, że zostanie dostarczony nośnik dla 32-bitowej wersji.

W konsekwencji Zamawiający był nie tylko uprawniony, a zobowiązany do zmiany treści oferty Konsorcjum Koncept. Tyle tylko, że nie powinno nastąpić to w trybie art. 87 ust. 1 pzp, a raczej nie tylko polegać na jego zastosowaniu lecz na formalnym zawiadomieniu przez Zamawiającego Konsorcjum Koncept o poprawieniu w jego ofercie stwierdzonej w toku

jej badania omyłki. Tym niemniej przez pozytywną odpowiedź na pytanie zadane przez Zamawiającego, Konsorcjum Koncept potwierdziło, że przedmiotem oferty są komputery z systemem Windows 8 Pro, które w szczególności zostaną dostarczone wraz z nośnikami dla 32-bitowej wersji. W ocenie Izby oznacza to, że nie można stwierdzić, że oferta Przystępującego została wybrana nieprawidłowo, gdyż nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią s.i.w.z.

Nie znalazły również potwierdzenia podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące oferty złożonej przez Piomar, które okazały się tylko nieudowodnionymi twierdzeniami Odwołującego. Odnośnie braków w zakresie spełniania wymagania odnośnie wsparcia technicznego dla oferowanego komputera marki Micro-Star (MSI) Odwołujący nie przedstawił nawet wydruku wskazanej przez siebie w odwołaniu strony internetowej. Natomiast Przystępujący Piomar złożył na rozprawie pismo producenta, który potwierdził fakt wsparcia dla wskazanego w ofercie modelu komputera z zainstalowanym 32-bitowym systemem operacyjnym Windows 8, w postaci sukcesywnego zamieszczania sterowników na wskazanej stronie internetowej. Odwołujący nie wykazał również, że oferowany przez Piomar komputer nie osiąga wydajności wymaganej przez Zamawiającego. Odwołujący nie był w stanie również wskazać postanowienia, z którym sprzeczny byłby sposób potwierdzenia tego wymogu wybrany przez Piomar. Należy również zauważyć, że w przypadku wystąpienia braków w tym zakresie mogłoby to spowodować co najwyżej konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż jest to niewątpliwie dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 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), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący:

