

Sygn. akt: KIO 1665/12

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2012 r. przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka Jawna Soroka Marek, Soroka Ernesta w Brzegu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Gdynia w Gdyni,

przy udziale Sprint S.A. w Olsztynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka Jawna Soroka Marek, Soroka Ernesta w Brzegu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka Jawna Soroka Marek, Soroka Ernesta w Brzegu tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Miasto Gdynia, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i instalację sprzętu komputerowego dla 52 placówek oświatowych w Gdyni, realizowanego w ramach projektu Rozwój elektronicznych usług w Gdyni.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 12.05.2012 r. w Dz. U. UE pod nr 2012/S 91-150436.

W dniu 24 lipca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty SPRINT S.A. w Olsztynie (zwanej dalej „Sprint”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 3 sierpnia 2012 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Soroka Marek, Soroka Ernesta Sp.j. z siedzibą w Brzegu (zwana dalej „Piomar”) wniosła odwołanie na następujące czynności zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania, a polegające na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty Sprint z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę licencji dostępowych systemu operacyjnego (CAL) dla podmiotów akademickich, pomimo iż podmiotem nabywającym licencję jest jednostka samorządu terytorialnego,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Sprint z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę programu szyfrującego Acer ProShield, który nie posiada funkcji szyfrowania dysku twardego, pomimo że zamawiający żądał zaoferowania oprogramowania, które posiadałoby taką cechę,
3. zaniechaniu równego traktowania wykonawców, biorących udział w Zadaniu nr 1, oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, iż w związku z powyższym zamawiający dopuścił się naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Sprint z uwagi na zaoferowanie licencji niezgodnej z treścią co świadczy o niezgodności licencji z treścią odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty Sprint z uwagi na zaoferowanie programu szyfrującego umożliwiającego szyfrowanie w mniejszym zakresie niż wymagany w SIWZ,
3. art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy badaniu ofert, oraz poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenie oferty Sprint jako niezgodnej z treścią SIWZ,
4. dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,
5. zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano:

[Zarzut zaoferowanie niezgodnych z SIWZ licencji na system operacyjny]

W Załączniku nr 7 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, w pkt. 2.1.1. w rubryce „Licencje dostępowe systemu operacyjnego (CAL) - 1449 szt.”, Zamawiający zażądał, aby wykonawcy zaoferowali ww. licencje, przy czym „wymieniona liczba CAL dotyczy wszystkich 104 serwerowych licencji systemu operacyjnego. Warunki udzielania licencji CAL muszą dawać Zamawiającemu prawo przypisania do każdej z licencji serwerowych dowolnej liczby licencji CAL”. Na tak sformułowane żądanie, SPRINT zaoferował licencję Microsoft WinSvrCAL 2008 SNGL OLP B Acdmc OvcCAL, stwierdzając, że licencje te są zgodne z żądaniem Zamawiającego.

Tymczasem cytowane żądanie oznacza, że Zamawiający wyartykułował potrzebę kupna praw do użytkowania programu systemu operacyjnego. Licencja bowiem to umowa na korzystanie z utworu - aplikacji komputerowej. W tym przypadku, utworem tym jest

zaoferowany system operacyjny. SPRINT zaoferował system operacyjny Microsoft, zatem licencje dostępne powinny zapewniać Zamawiającemu korzystanie z systemu Microsoft. Natomiast Microsoft uprawniony jest okresowo sprawdzać oryginalność oprogramowania systemu operacyjnego licencjobiorcy oraz okoliczność, czy system operacyjny na komputerze jest objęty właściwą licencją. Jeśli po zakończeniu procesu sprawdzania oryginalności okaże się, że posiadane przez licencjobiorcę oprogramowanie systemu operacyjnego nie jest objęte właściwą licencją, może zostać wyłączone oprogramowanie instalowane przez licencjobiorcę lub mogą zostać zmienione funkcje oprogramowania systemu operacyjnego, w zależności od konkretnego systemu operacyjnego i obowiązujących przepisów prawa. Na przykład Licencjobiorca może musieć ponownie aktywować oprogramowanie systemu operacyjnego lub może otrzymywać monity przypominające o konieczności uzyskania kopii oprogramowania systemu operacyjnego objętych właściwą licencją. Przede wszystkim jednak, licencjobiorca może już nie mieć możliwości korzystania lub dalszego korzystania z niektórych funkcji oprogramowania systemu operacyjnego lub uzyskiwania od Microsoft określonych aktualizacji, uaktualnień lub usług.

Z uwagi na fakt, że licencja dostępowa jest umową, która jest zawierana przez podmiot, któremu przysługują majątkowe prawa autorskie do utworu z osobą, która dokonała zakupu oprogramowania wraz z licencją na jego użytkowanie, licencjobiorcą kontrolowanym przez Microsoft będzie Zamawiający. Licencje dostępne systemu operacyjnego (CAL) różnią się swym zakresem w zależności od tego, kto jest licencjobiorcą, dlatego też tak ważne jest, aby nabywca sprzętu komputerowego właściwie zidentyfikował umowę licencyjną, którą winien zawrzeć. Ze względu na podmiot nabywający licencję, zgodnie z informacją Microsoft, w Polsce rozróżnia się trzy grupy licencjobiorców: sektor komercyjny, sektor publiczny oraz sektor akademicki.

Sektor komercyjny zawiera te podmioty, które nie mogą być sklasyfikowane do jednej z dwóch pozostałych sektorów. Sektor publiczny, czyli podmioty rządowe, samorządowe, szpitale itp., jest traktowany preferencyjnie. Podmioty należące do tego sektora uprawnione są do korzystania licencji typu GOV. Podmioty akademickie stanowią odrębny sektor i nie należą do tzw. uprawnionych podmiotów rządowych. Uprzywilejowanie podmiotów akademickich jest jeszcze dalej idące niż podmiotów uprawnionych do zakupu licencji typu GOV. Korzystać z licencji ACDMC mogą wyłącznie placówki edukacyjne, które nabyły sprzęt komputerowy z systemem operacyjnym Microsoft. Powyższe jednoznacznie jest potwierdzone w umowie licencyjnej Microsoft, gdzie definiuje się, że „*licencjonowany użytkownik oznacza osobę, do której przypisana jest licencja*”. Zatem, inni nabywcy systemu operacyjnego Microsoft niż instytucje akademickie nie są uprawnieni do korzystania z licencji ACDMC.

Z uwagi na fakt, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający nie wskazał wprost konkretnej licencji, którą należy złożyć, to rolą wykonawców było zaoferowanie licencji, umożliwiającej korzystanie Zamawiającemu z zakupionego sprzętu. Okoliczność, że Zamawiający zamierza udostępnić zamówiony sprzęt 52 placówkom oświatowym nie zmienia faktu, że licencjobiorcą w Postępowaniu jest Zamawiający, a nie poszczególne placówki oświatowe. Zatem, licencja ACDMC zaoferowana przez SPRINT nie spełnia wymagań SIWZ. SPRINT zaoferował wykonanie zlecenia w sposób niezgodny z SIWZ, tak więc oferta tego wykonawcy winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

[Zarzut zaoferowanie niezgodnego z SIWZ oprogramowania szyfrującego]

W Załączniku nr 7 do SIWZ 'Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia', w pkt. 2.1.1. w rubryce 'Dodatkowe oprogramowanie', Zamawiający zażądał, aby wykonawcy zaoferowali „• *system ochrony antywirusowej z dwuletnią licencją na aktualizację; • oprogramowanie umożliwiające: szyfrowanie dysku twardego, folderów oraz plików*”. Na tak sformułowane żądanie, SPRINT zaoferował oprogramowanie Acer ProShield, zaznaczając w ofercie, że program ten umożliwi szyfrowanie dysku twardego, folderów oraz plików.

Cytowane żądanie Zamawiającego oznacza, że Zamawiający wyartykułował potrzebę kupna sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem, które umożliwi szyfrowanie plików, folderów i dysku twardego. Termin 'szyfrowanie' oznacza po prostu metodę zapisu tekstu jawnego w taki sposób, by stał się on nieczytelny dla osób trzecich i jednocześnie z powrotem jawny po właściwej weryfikacji. Dzięki coraz większej mocy obliczeniowej komputerów, obecnie tworzone są tak silne algorytmy szyfrujące, że praktycznie nie ma możliwości, aby zaszyfrowane dane zostały odczytane przez osoby niepowołane.

Zamawiający wskazał, jaki zakres danych winien mieć możliwość zaszyfrować. Dla Zamawiającego istotne są trzy zakresy: pliki, foldery oraz dysk twardy. W odniesieniu do plików, należy wskazać, że plik to zbiór danych o skończonej długości, posiadający szereg atrybutów i stanowiący dla użytkownika systemu operacyjnego całość. Nazwa pliku nie jest częścią tego pliku, lecz jest przechowywana w systemie plików. Mianem 'folder' zaś określa się systemy z interfejsem graficznym. Dzięki istnieniu folderów możliwe jest łatwe sortowanie dokumentów i przechowywaniem ich, jak gdyby, w osobnych "teczkach". Gdyby nie było folderów, wszystkie dokumenty i pliki znajdowałyby się w jednym miejscu, na przykład na pulpicie. Folder niekiedy bywa mylony z 'katalogiem'. Tymczasem, katalog jest nieodłącznie związany z systemem plików i jest on fizycznie przechowywany na dysku. Folder natomiast może być wirtualny i istnieć tylko w obrębie danego systemu operacyjnego. Przykładami folderów w systemie Windows są okno 'Mój komputer' czy 'Panel sterowania', które jednak nie istnieją na dysku, lecz jedynie w systemowym rejestrze. Ponadto jeden plik może być

przechowywany tylko w jednym katalogu, ale już w kilku różnych folderach jednocześnie. Z kolei terminem 'dysk twardy' określa się rodzaj pamięci masowej, wykorzystujący nośnik magnetyczny do przechowywania danych. Dla dysków twardych najważniejsze są następujące parametry: pojemność, szybkość transmisji danych, czas dostępu do danych, prędkość obrotowa dysków magnetycznych (obr/min.) oraz średni czas bezawaryjnej pracy (MTBF). Kilka dysków twardych można łączyć w macierz dyskową, dzięki czemu można zwiększyć niezawodność przechowywania danych, dostępną przestrzeń na dane, zwiększyć szybkość odczytu/zapisu (Zamawiający nie wymagał jednak, aby wykonawcy oferowali program szyfrujący macierze).

Z powyższego wyjaśnienia wynika, że Zamawiający żądał, aby wykonawcy zaoferowali możliwość szyfrowania danych na trzech kolejnych poziomach zbioru danych: pliku, folderu dysku twardego. Zatem, oferując program szyfrujący, nie wystarczające jest zaoferowanie programu, który szyfruje jeden lub dwa z wymienionych poziomów. Niezbędne jest zaoferowanie szyfrowania zarówno plików, folderów oraz dysku twardego.

Program Acer ProShield nie chroni komputera przed nieuprawnionym dostępem do dysku twardego. Program ten chroni komputer od BIOSu po aplikacje, umożliwiając szyfrowanie plików i folderów. Obejmuje on funkcję uwierzytelniania przed załadowaniem systemu operacyjnego, hasła zabezpieczające BIOS/dysk twardy, alternatywne logowanie Windows przy użyciu wbudowanego czytnika linii papilarnych, a także hasło modułu TPM do zabezpieczania danych. Oprócz tego, ważne pliki można chronić poprzez szyfrowanie i przechowywanie na bezpiecznym dysku osobistym (PSD). Ponadto, można korzystać z funkcji ułatwiających zarządzanie. W skład pakietu Acer ProShield wchodzi automatyczna funkcja do szybkiego, zdalnego zarządzania zasobami IT. Pomimo posiadania tych wszystkich funkcjonalności, program Acer ProShield nie posiada jednak funkcji szyfrowania dysku twardego. Zatem, program Acer ProShield zaoferowany przez SPRINT nie spełnia wymagań SIWZ. SPRINT zaoferował wykonanie zlecenia w sposób niezgodny z SIWZ, tak więc oferta tego wykonawcy winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferty wybranej, a także stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła, co następuje.

Oдноśnie zarzutu zaoferowania przez Sprint niezgodnych z SIWZ licencji na system operacyjny Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest dostawa i instalacja sprzętu komputerowego dla 52 placówek oświatowych w Gdyni, w tym komputerów stacjonarnych i związanych z tym licencji dostępowych systemu operacyjnego (CAL) -1 449 szt.

W zał. nr 7 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w pkt 2.1.7 – Licencje dostępowe systemu operacyjnego (CAL), wskazano, że *„wymieniona liczba CAL dotyczy wszystkich 104 serwerowych licencji systemu operacyjnego. Warunki udzielania licencji CAL muszą dawać Zamawiającemu prawo przypisania do każdej z licencji serwerowych dowolnej liczby licencji CAL”*.

Sprint wskazała w na str. 15 swojej oferty, Zał. nr 2.1.7, iż oferuje licencje Microsoft WinSvrCAL 2008 SNGL OLP B Acdmc OvcCAL, w ilości i konfiguracji odpowiadającej wymaganiom zamawiającego.

Oдноśnie powyższego, w trakcie wyrokowania Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów:

1. przedłożony przez odwołującego na rozprawie wyciąg z regulacji/materiałów informacyjnych Microsoft dotyczący zasad przyznawania licencji dla poszczególnych użytkowników, w tym stroną drugą tych materiałów, gdzie w rozdz. „Programy licencyjne przeznaczone dla instytucji edukacyjnych” określono warunki dostępu do licencji tego typu i wskazano krąg podmiotów do tego uprawnionych (podrozdział „Warunki udziału w programie”) – na okoliczność ustalenia kręgu podmiotów, którym producent systemu Windows przyznaje licencje typu akademickiego,
2. przedłożoną przez odwołującego na rozprawie przyjętą przez Microsoft definicję uprawnionych podmiotów rządowych – na okoliczność ustalenia podmiotów uprawnionych do użytkowania programów Microsoft na podstawie licencji typu „gov”,
3. przedłożony przez odwołującego na rozprawie wyciąg z „Licencjonowania zbiorowego Microsoft – Prawa do używania produktów”, tj. dokumentu stanowiącego warunki ogólne licencji na swoje oprogramowanie udzielanego przez Microsoft – na okoliczność ustalenia zasad udzielania licencji poszczególnym rodzajom użytkowników, w szczególności sposobów i warunków nabycia licencji.

Oдноśnie zarzutu zaoferowania przez Sprint niezgodnego z SIWZ oprogramowania szyfrującego Izba ustaliła, iż w zał. nr 7 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w pkt 2.1.1. dotyczącym komputerów stacjonarnych, w wierszu „Dodatkowe oprogramowanie” wymagano

dostarczenia systemu ochrony antywirusowej i oprogramowania umożliwiającego szyfrowanie dysku twardego, folderów i plików.

W ofercie Sprint, str. 9, zał. nr 2.1.1. w wierszu „Dodatkowe oprogramowanie” wskazano, iż oferuje się oprogramowanie Acer ProShield umożliwiające: szyfrowanie dysku twardego, folderów oraz plików.

W zał. nr 7 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w pkt 3 – Wymagania ogólne dotyczące przedmiotu zamówienia, wskazano m.in.:

- 3.13. Zamawiający wymaga, by dostarczone oprogramowanie było oprogramowaniem w wersji aktualnej tzn. opublikowanej przez producenta nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem składania ofert.
- 3.14. W ofercie należy umieścić szczegółowe konfiguracje oferowanych urządzeń – należy podać te parametry, które zamawiający wymienił w SIWZ. Do oferty należy dołączyć wykaz stron internetowych zawierających publicznie dostępną dokumentację producenta potwierdzającą spełnianie wymagań postawionych w SIWZ. Zamawiający zastrzega sobie prawo wystąpienia do producenta sprzętu o potwierdzenie spełniania wymagań.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucano w odwołaniu, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Żadna z podniesionych w ramach zarzutów odwołania okoliczności nie stanowi o opisanej wyżej niezgodności treści oferty Sprint z SIWZ. Brak tego typu sprzeczności zarówno w zakresie zaoferowanych dostępowych licencji Microsoft typu akademickiego, jak też względem opisanego w ofercie programu szyfrującego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego licencji Izba wskazuje, iż jak słusznie wywodził odwołujący, i co wynika z przedkładanych przezeń dowodów, licencje akademickie Microsoft przysługują użytkownikom oprogramowania będącym instytucjami edukacyjnymi. Uprawnionym z tytułu licencji jest „licencjonowany użytkownik”, którym, według definicji zawartej na str. 8 dokumentu „Licencjonowanie zbiorowe Microsoft...”, jest osoba, do której przypisana jest licencja.

Z niewiadomych dla Izby względów odwołujący zakłada konieczność utożsamienia w tym przypadku licencjonowanego użytkownika z zamawiającym, czyli podmiotem, który daną licencję u wykonawcy opłaca (nabywać licencję można w różny sposób, a nabycie może oznaczać różnorakie przeniesienie uprawnień do prawa czy rzeczy). Tymczasem nie ma żadnych przeszkód aby opłacaną przez gminę licencję przypisać do którejś z jej jednostek organizacyjnych. W tym przypadku użytkownikami licencjonowanymi będą samorządowe szkoły, spełniające wszelkie Microsoftowe kryteria kwalifikacji do udzielenia im licencji edukacyjnej. Przy czym żadnego znaczenia nie ma tu kwestia, iż szkołom brak odrębnej od jst osobowości prawnej.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż rozdział „Zmiana przypisania licencji”, zawarty na stronie 11 ww. dokumentu, dotyczy zmiany przypisania licencji z jednego urządzenia lub użytkownika na inne urządzenie lub użytkownika. Oznacza to pełną, niejako krzyżową,

możliwość zmian przypisań licencji pomiędzy powyższymi kategoriami, a nie tylko postulowane przez odwołującego przenoszenie licencji pomiędzy urządzeniami.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż postanowienia SIWZ zawarte w pkt 2.1.7 zał. nr 7 do SIWZ, na które odwołujący się powołuje, jako na normatywne odniesienie dla wykazania niezgodności oferty Sprint – dotyczy wymagań związanych z przypisaniem licencji do serwerów oraz wymagań ilościowych. Nie daje natomiast żadnych podstaw do rekonstruowania jakichkolwiek wymagań SIWZ, co do typu zamawianej licencji (edukacyjnej, rządowej czy biznesowej).

Stwierdzając powyższe, Izba oparła się na dowodach wskazanych i omówionych w części uzasadnienia dotyczącej ustaleń Izby. Nie uwzględniono innych dowodów dotyczących ww. zarzutu przedkładanych przez strony. W szczególności za dotyczące okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, uznano dowody przedkładane przez zamawiającego, zmierzające do pośredniego wykazania okoliczności, jaką licencję zaoferował w swojej ofercie odwołujący. Natomiast wzajemnie sprzeczne (przynajmniej z pozoru) oświadczenia przedstawicieli spółek córek Microsoft Corporation, przedkładane przez odwołującego i przystępującego (odpowiednio z dn. 24.07.2012 i z dn. 10.08.2012 r.), uznano za niewiarygodne środki dowodowe, których treści nie sposób było ocenić pod względem jej relewantności do zastanego problemu. Składający wnioski dowodowe nie raczyli nawet przedstawić pytań i wyjaśnień, które posłużyły do uzyskania tego typu autorytatywnych, w żaden sposób nieuargumentowanych oświadczeń. Z tego względu *de facto* nie wiadomo jakie okoliczności faktyczne przedłożyli przedstawicielom Microsoft do oceny i w jakich dokładnie sprawach uzyskali opinie.

W związku z powyższym zarzut niezgodności treści oferty Sprint z SIWZ w zakresie oferowanych licencji uznano za niepotwierdzony.

Odnosnie zarzutu dotyczącego oprogramowania szyfrującego Izba wskazuje, iż zgodnie z adekwatnym fragmentem oferty Sprint, zaoferowano oprogramowanie typu ProShield posiadające funkcjonalność szyfrowania twardego dysku. Powyższe zostało stwierdzone i jest gwarantowane w ofercie. Żadne dowody złożone w ramach postępowania odwoławczego, ani nawet żadne wnioski dowodowe do przeprowadzenia, nie zmierzały nawet do wykazania, iż w oprogramowaniu typu ProShield funkcjonalności takiej nie można osiągnąć. Zmierzano jedynie do wykazania, iż żadna z aktualnie dostępnych na rynku wersji tego oprogramowania takiej funkcjonalności nie posiada (odwołujący), albo że jedna z wersji – najnowsza, oznaczona nr 1.2 – funkcjonalność taką posiada (przystępujący). Tymczasem przy tego typu konstrukcji oferty Sprint zobowiązała się po prostu do dostarczenia takiej wersji wskazanego oprogramowania, która będzie funkcję szyfrowania twardego dysku posiadać, a zamawiający w trakcie odbioru dostaw będzie powyższe zobowiązanie

egzekwować. Natomiast kształt jakichkolwiek produktów (wersji) faktycznie obecnych na rynku w chwili składania ofert nie ma dla powyższego znaczenia.

Żadne z powołanych przez strony postanowień SIWZ nie wyklucza zaoferowania oprogramowania dedykowanego, przygotowanego specjalnie na potrzeby niniejszego zamówienia – co zresztą przystępujący na rozprawie deklarował. W szczególności pkt 3.13 zał. nr 7 do SIWZ oznacza tylko, iż w trakcie dokonywania dostawy, dostarczane (a nie oferowane) oprogramowanie ma być oprogramowaniem nowym, tj. wyprodukowanym nie dawniej niż na 6 miesięcy przed datą składania ofert. Powyższe wymagania spełniać będzie również oprogramowanie wyprodukowane na chwilę przed samą dostawą. Natomiast pkt 3.14 odnosi się nie do oprogramowania, ale do sprzętu.

W związku z powyższym zarzut niezgodności treści oferty Sprint z SIWZ uznano za niepotwierdzony. Natomiast wszystkie przedłożone w sprawie dowody pominięto jako bezprzedmiotowe.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....