

Sygn. akt KIO/UZP 545/09

WYROK
z dnia 12 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „MONTEX” Sp. z o. o., ul. Raławicka 56, 30 – 017 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00 – 950 Warszawa** protestu z dnia 6 kwietnia 2009 r. przy udziale wykonawcy **Qumak – Sekom S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00 – 807 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „MONTEX” Sp. z o. o., ul. Raławicka 56, 30 – 017 Kraków i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „MONTEX” Sp. z o. o., ul. Raclawicka 56, 30 – 017 Kraków,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 00 gr (słownie zł: trzy tysiące sześćset) przez **Konsorcjum: Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „MONTEX” Sp. z o. o., ul. Raclawicka 56, 30 – 017 Kraków na rzecz -Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00 – 950 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „MONTEX” Sp. z o. o., ul. Raclawicka 56, 30 – 017 Kraków**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Ministerstwo Sprawiedliwości prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na "wykonanie lokalnych sieci komputerowych wraz z dedykowanymi sieciami elektrycznymi, dostawę, instalację i konfigurację urządzeń aktywnych oraz dostawę serwerów wraz z oprogramowaniem we wskazanych sądach" (numer referencyjny BDG-III-3820-17-08).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 października 2008 r. 271313-2008-PL.

Zamawiający w dniu 27 marca 2009 r. przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy Qumak – Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 15 kwietnia 2009 r. protest wniosło Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe "Koncept" Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, reprezentujące Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Usługowe "MONTEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Biuro Informatyczno -Wdrożeniowe "Koncept" Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [Wykonawca], w którym podniesiono zarzut naruszenia zasad i przepisów określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223,

poz.1655 ze zm.) [PZP], zawartych w art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty "Qumak - Sekom" S.A. i uznanie tej oferty za najkorzystniejszą.

W ocenie Wykonawcy, w wyniku powyższych działań Zamawiającego interes prawny Wykonawcy doznał uszczerbku, poprzez pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W przypadku bowiem uznania protestu Wykonawcy i realizacji zawartych w nim wniosków oferta złożona przez Protestującego staje się ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu protestu wskazano, iż Zamawiający uznając za najkorzystniejszą ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] dopuścił się naruszenia postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Przywołany przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że zaistnienie przesłanki w nim określonej musi skutkować odrzuceniem oferty, a której to czynności Zamawiający zaniechał, mimo że wybrana oferta nie odpowiada – w zakresie przedmiotu zamówienia – treści SIWZ.

Niezgodność treści oferty "Qumak-Sekom" z treścią SIWZ polega na zaoferowaniu przedmiotu dostawy nie odpowiadającego przedmiotowi zamówienia, co do jego zakresu, albowiem:

Zamawiający w Załączniku Nr 1 do SIWZ w części D tabeli "Szczegółowy zakres przedmiotu umowy" w wierszu 1.2 określił wymagania wydajnościowe, jakie spełniać muszą oferowane serwery. W szczególności w załączniku nr1 [*Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*] do umowy stanowiącej załącznik do SIWZ w cz. D tabeli pkt 1.2 [Procesor] wskazano, iż (...) Oferowany serwer musi osiągnąć w teście SPECint.rate_base2006 rezultat co najmniej 60 pkt. Testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC w dostarczonym środowisku systemu operacyjnego, a ich wyniki opublikowane na stronie www.spec.org. Wymóg ten został ponownie potwierdzony przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie jednego z Wykonawców, zawartej w piśmie z dnia 23.10.2008, jak również w odpowiedzi na pytanie nr 2 w pismach z dnia 24.11.2008 i 26.11.2008.

Na potwierdzenie spełniania wymogu wydajnościowego wykonawca był zobowiązany (na podstawie rozdziału III pkt 9 lit. a SIWZ) załączyć do oferty "wydruk testów wydajnościowych SPECint_rate_base2006 dla oferowanego serwera [...]. Testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC w dostarczonym Środowisku systemu operacyjnego [...]". Dodatkowo w powołanym załączniku Nr 1 w części D tabeli ["Oprogramowanie"] w pkt.1.17 Zamawiający wymagał podania w ofercie (..) pełnej nazwy produktu wraz ze szczegółowym numerem wersji oferowanego oprogramowania". W tej samej tabeli (cz. D) w pkt 1.21 [Zakres prac po stronie Dostawcy] znajduje się wymóg zainstalowania oprogramowania na dostarczonym serwerze".

Wykonawca wnoszący odwołanie stwierdził, iż w ofercie firmy Qumak - Sekom S.A. na stronie 131 w kolumnie "Różnice/uwagi" Wykonawca zawarł zapis "b) MS Windows Svr Ent 2008 OIP NL GOVT + Windows Srv CAL 2008 OIP NL GOVT Device CAL" i tym samym Wykonawca określił jednoznacznie, że w ramach realizacji umowy dostarczy serwery DELL PowerEdge III z zainstalowanym systemem operacyjnym Windows Server 2008. Tymczasem na stronach 138-140 oferty umieszczono wydruk testów wydajnościowych SPEC wykonanych w środowisku systemu operacyjnego Windows Server 2003 R2 Enterprise x64 Edition. Zamawiający pomimo wystąpienia wyżej wskazanych niezgodności obrazujących jednoznacznie dla Protestującego fakt niezgodności treści oferty "Qumak-Sekom" z treścią SIWZ nie podjął nawet - pomimo występującej wątpliwości - działań określonych przez siebie w SIWZ a zapisanych w rozdziale III pkt 7 polegających między innymi na sprawdzeniu zgodności oferowanego sprzętu z treścią i wymaganiami zawartymi w SIWZ. Zaniechanie odrzucenia oferty "Qumak - Sekom" oraz sposób oceny spełnienia warunków podanych w ofercie tego wykonawcy, wskazuje na naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust. 1 ustawy PZP, polegających na przeprowadzeniu postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Bezsprzeczne jest, iż uznanie przez Zamawiającego za spełniający wymagania SIWZ sprzęt oferowany przez "Qumak-Sekom", dla którego nie zostały przeprowadzone właściwe, jednoznacznie wskazane przez Zamawiającego testy stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców. Tak więc, w ocenie Wykonawcy, nie może budzić jakiegokolwiek wątpliwości fakt, że Wykonawca Qumak - Sekom jako dostarczane środowisko systemu operacyjnego zaoferował Windows Server 2008, natomiast zamieszczone wyniki testów zostały uzyskane w środowisku systemu operacyjnego Windows Server 2003. Tym samym testy zostały wykonane w innym niż dostarczane Środowisku systemu operacyjnego. Zatem treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem tej oferty.

Rozstrzygając niniejszy protest Zamawiający oddalił protest w całości (pismo z dnia 15.04.2009 r.) wskazując w uzasadnieniu, co następuje:

W ocenie Zamawiającego podniesiony w proteście zarzut jest bezzasadny i z tych względów Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż oferta wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, tj. oferta Wykonawcy Oumak-Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, przygotowana została zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym w zakresie cz. D. pkt 1.2 załącznika nr 1 do projektu umowy będącego częścią SIWZ. Uzasadniając przyjęte stanowisko powołał się na informację firmy Microsoft, zgodnie z którą system operacyjny Windows ServerEnterprise w wersji 2003 w programie

licencyjnym Open Government nie jest już dostępny i został zastąpiony wersją 2008. A więc nie jest możliwe dostarczenie serwera z licencją starszej wersji tzn. 2003. Jednakże oczywista jest możliwość wynikająca z zasad licencji Open Government, dokonania downgrade do starszej wersji i w tym sensie obie wersje są równoważne w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Z tych też względów Zamawiający zaznaczył w SIWZ w wymaganiach technicznych serwerów „MS Windows Server Enterprise 2003 wersja English/Polska (lub równoważny)”. Podobnie należało rozumieć wymaganie „*Testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC w dostarczonym środowisku systemu operacyjnego a ich wyniki opublikowane na stronie www.spec.org.*”. Jak dotychczas żaden z producentów nie dostarczył wyników SPECinrate_base2006 z systemem operacyjnym Windows Server Enterprise w wersji 2008 - można więc jedynie korzystać z wyników uzyskanych w testach ze starszą, równoważną - w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp - wersją 2003. Jednocześnie Zamawiający zauważył, że Protestujący również zaoferował system operacyjny Windows Server Enterprise w wersji 2008 a testy, które dołączył do oferty zostały wykonane w środowisku Windows 2003. Stąd w jego ocenie nie może być mowy o tym, że interes prawny Protestującego doznał uszczerbku poprzez pozbawienie uzyskania zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania, ponieważ -z punktu widzenia Zamawiającego - oferta Wykonawcy Qumak-Sekom S.A. jak i oferta Protestującego są w tym zakresie równorzędne.

Reasumując Zamawiający stwierdził, że serwer z licencją na system operacyjny Windows Server Enterprise 2008 spełnia wszelkie wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia określone w treści SIWZ i może być oferowany w ramach przedmiotowego postępowania.

W odwołaniu zawartym w piśmie z dnia 24 kwietnia 2009 r., Wykonawca wniósł o unieważnienie decyzji o oddaleniu żądań protestu odwołującego się Wykonawcy, jako decyzji podjętej z naruszeniem prawa i zasad określonych w ustawie pzp, a nadto odrzucenie oferty złożonej przez Qumak - Sekom S.A. z Warszawy a w konsekwencji unieważnienie decyzji o uznaniu oferty tej firmy za najkorzystniejszą i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem wyżej wymienionych wniosków oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu wskazano, iż Odwołujący, jako firma, która złożyła w danym postępowaniu ofertę w pełni spełniającą wymagania Zamawiającego zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wykazała i udowodniła w złożonym proteście zaniechania Zamawiającego dotyczące oferty złożonej przez firmę Qumak -Sekom S.A. z Warszawy, zdecydowanie nie zgadza się z oddaleniem żądań Odwołującego zawartych we wniesionym proteście. Podobnie, jak w proteście, Wykonawca zarzucił naruszenie jego

interesów poprzez zaniechanie wskazanych czynności, w wyniku których doszło do wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy przy równoczesnym naruszeniu przepisów określonych w ustawie, wskazanych w proteście tj. art. 89 ust. 1 pkt 2, oraz art. 7 ust. 1, które to naruszenia miały wpływ na wynik tego postępowania. W świetle tych naruszeń ustawy, które były bezpośrednim następstwem uprzednich działań Zamawiającego, nastąpiło nieuzasadnione uznanie oferty złożonej przez Qumak - Sekom S.A. z Warszawy za najkorzystniejszą i Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego objętego tym postępowaniem. Odnosząc się do stwierdzeń Zamawiającego zawartych w uzasadnieniu oddalenia żądań zawartych w proteście, Wykonawca podniósł ponownie zasadność żądań opartych na przedstawionych w proteście zarzutach - podtrzymując je w pełnej rozciągłości. W jego ocenie, Zamawiający poprzez swoistą nadinterpretację zarówno zapisów SIWZ jak też treści zarzutów Odwołującego, opisanych i uzasadnionych w sposób pełny i właściwy w proteście, dokonał nieobiektywnej oceny faktów. Ustosunkowując się do poszczególnych uzasadnień Zamawiającego stwierdził, że Zamawiający podtrzymując swoje stanowisko, iż oferta Qumak - Sekom S.A. przygotowana została zgodnie z SIWZ, wskazał w szczególności na postanowienia pkt. D.1.2 załącznika nr 1 do projektu umowy, podkreślając iż "oferowany serwer musi osiągnąć w teście SPECinLrate_base2006 rezultat co najmniej 60 pkt. Testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC w dostarczonym środowisku systemu operacyjnego a ich wyniki opublikowane na stronie www.spec.org". Tymczasem, jak przedstawiono i wykazano w proteście a także w piśmie Odwołującego z dnia 09.04.2009 r. - dla oferowanego przez Qumak-Sekom S.A. nie wykonano testów w dostarczonym środowisku systemu operacyjnego, którym zgodnie z zapisem na str. 131 oferty tej firmy jest MS Windows SvEnt 2008 OIP NI GOVT + Windows Sr CAL 2008 OIP NI GOVT Device CAL. Powyższe jednoznacznie potwierdziła firma Qumak-Sekom S.A. w swym piśmie z dnia 08 kwietnia 2009 r. będącym zgłoszeniem przystąpienia tej firmy do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego, stwierdzając na str. 2 (2 akapit od dołu) iż: "Przystępujący przyznaje, iż załączył do swojej oferty wydruk testów oferowanego serwera na systemie operacyjnym Windows Server 2003, w sytuacji, gdy w treści oferty wskazał, iż oferuje serwer z systemem operacyjnym Windows Server 2008". Odrzucenie zatem zarzutu w tym zakresie, szczególnie w sytuacji potwierdzenia przez przystępującego wykonawcę zarzucanej niezgodności, świadczyć może między innymi o zastosowaniu swoistej nadinterpretacji Zamawiającego własnych zapisów SIWZ i niedozwolone "uznanie" oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ za ofertę właściwą;

Wykonawca podniósł również, iż Zamawiający przywołując w uzasadnieniu oddalenia protestu informacje firmy Microsoft Sp. z o.o. z dnia 07.04.2009 r., uzyskane przez firmę Qumak - Sekom S.A. i załączone do zgłoszenia przystąpienia do postępowania

protestacyjnego, w sposób bezpodstawny - nie wynikający z tej informacji - wskazuje, iż "system operacyjny Windows Server Enterprise w wersji 2003 [...] został zastąpiony wersją 2008" a także, że: "...nie jest możliwe dostarczenie serwera z licencją starszej wersji tzn. 2003.". W treści przywołanego pisma Microsoft Sp. z o.o. nie znajdują się stwierdzenia użyte przez Zamawiającego, a to oznacza, iż Zamawiający w sposób dowolny - dla swoich potrzeb dokonał swoistej nadinterpretacji pozyskanych informacji - na niekorzyść Odwołującego. Powyższy zarzut był już Zamawiającemu dodatkowo przedstawiony w piśmie Odwołującego z dnia 09.04.2009 r., które zostało - w ocenie Wykonawcy - całkowicie pominięte w zakresie ustaleń faktycznych, do dokonania których Zamawiający jest zobowiązany dla przestrzegania zasad określonych głównie w art. 7 ustawy. W niniejszym piśmie Wykonawca wskazał, iż (...) wykonawca Qumak-Sekom w drugim akapicie od dołu na stronie 2 swojego pisma przyznaje, że zaoferował serwery z systemem operacyjnym niezgodnym z systemem, na którym wykonane były testy wydajnościowe serwera. Tym samym potwierdził, że treść jego oferty jest niezgodna z treścią siwz. Ponadto (...) wykonawca Qumak - Sekom całkowicie mija się z prawdą twierdząc (w trzecim akapicie na stronie 3), iż "przekonanie o [...] równoważności testów SPEC wykonanych na serwerze działającym w oparciu o ww. równoważne systemy operacyjne [g. Windows Server 2003 i Windows Server 2008-przyp. Koncept] posiadał również Protestujący, który mimo zaoferowania systemu operacyjnego Windows Server 2008, podobnie jak Przystępujący powołał się na testy oferowanego serwera wykonane w oparciu o system Windows Server 2003". Nie zgadzając się z powyższym stanowiskiem, Wykonawca wskazał, iż w żadnym wypadku ani w swojej ofercie, ani w złożonym proteście nie posiadał i nie wyrażał *przekonania o równoważności testów wykonanych w środowisku Windows Server 2003 i Windows Server 2008*. Wręcz przeciwnie właśnie z powodu braku podstaw do stwierdzenia takiej równoważności zaoferował dostawę serwerów z zainstalowanym takim samym środowiskiem w jakim zostały przeprowadzone testy (tj. Windows Server 2003). Prawdliwość i legalność takiego rozwiązania potwierdza zresztą załączone przez Przystępującego pismo producenta systemu operacyjnego, firmy Microsoft.

Również twierdzenie przystępującego, iż Wykonawca zaoferował system operacyjny Windows Server 2008 nosi znamiona manipulacji mającej wprowadzić Zamawiającego w błąd. W naszej ofercie wyraźnie zaznaczono, iż dostarczona będzie licencja Windows Server 2008, dająca prawo instalacji zarówno systemu Windows Server 2008, jak i Windows Server 2003, a Wykonawca na podstawie uprawnienia do downgrade (obniżenia wersji) zainstaluje system Windows Server 2003, a więc system w jakim wykonane były testy.

Dalej Wykonawca podniósł, iż stwierdzenie przystępującego (zawarte na stronie 4), iż zaoferowanie przez Protestującego systemu w wersji 2008 z prawem downgrade do wersji 2003 nie ma w praktyce żadnego znaczenia, „gdyż taki rodzaj systemu operacyjnego nie

istnieje na rynku" należy uznać za całkowite nieporozumienie. Fakt, iż wersja 2003 nie jest sprzedawana samodzielnie, a jedynie w postaci prawa instalacji po zakupieniu wersji 2008 nie oznacza, iż taki system, nie istnieje", czemu jawnie przeczy treść wyjaśnień firmy Microsoft "zgodnie z warunkami licencjonowania [...] Zamawiający ma prawo do używania Windows Server Enterprise w wersji starszej, tj. 2003".

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, iż „dotychczas żaden z producentów nie dostarczył wyników SPECinLrate_base2006 z systemem operacyjnym Windows Server Enterprise w wersji 2008" ", można więc jedynie korzystać z wyników uzyskanych w testach ze starszą, równoważną, wersją 2003" dokonał tym uzasadnieniem, albo dla potrzeb takiego uzasadnienia, zmiany swych wymagań określonych w sposób jednoznaczny w SIWZ w tym zakresie, określonych w szczególności w pkt 0.1.2 oraz 0.1.17 załącznika nr 1 do projektu umowy a także pkt 9 ppkt. a SIWZ.

W ocenie Wykonawcy, Zamawiający podając w uzasadnieniu, iż uznał wersję MS Windows SvEnt 2008 OIP NI GOVT + Windows Sr CAL 2008 OIP NI GOVT Device CAL (oferowaną przez Qumak-Sekom S.A.) za równoważną z wersją MS Windows Server Enterprise 2003 potwierdził jednoznacznie naruszenie (nieprzestrzeganie) własnych postanowień SIWZ zawartych w pkt 8 SIWZ, gdzie w sposób bezsporny określono co może być uznane za produkt równoważny dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto w ocenie Wykonawcy - wobec zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia procedury sprawdzającej - weryfikującej ofertę Qumak-Sekom S.A., o co wnosił Odwołujący w swym proteście, a jednoznacznie sprecyzowanej w pkt 7 (ppkt. 7.1 - 7.4) SIWZ, nie jest możliwe - przy zaoferowaniu produktu równoważnego potwierdzenia spełnienia warunku równoważności a w szczególności wypełnienia zadań wskazanych w pkt 8 SIWZ. Również użycie w argumentacji uzasadnienia oddalenia protestu, iż Odwołujący "...również zaoferował system operacyjny Windows Server Enterprise w wersji 2008 [...] a testy, które dołączył do oferty zostały wykonane w środowisku Windows 2003" wskazuje jednoznacznie na zastosowanie przez Zamawiającego swoistej - jednokierunkowej interpretacji postanowień SIWZ oraz wszystkich pism wyjaśniających - przywołanych w proteście, mającej na celu wyłącznie uzasadnienie swej błędnej decyzji. Zamawiający całkowicie pominął fakt, nie podlegający jakimkolwiek dodatkowym dowodom, iż Odwołujący zaoferował system MS Windows Server Enterprise 2008 English OIP (downgrade do wersji 2003). Zamawiający nie może zatem, dla swoich celów, dokonywać zmian w ofertach np. poprzez skrócenie nazwy produktu oferowanego przez Odwołującego a także dodanie treści (oznaczeń) do nazwy produktu oferowanego przez Qumak - Sekom S.A. Działania Zamawiającego polegające na ograniczeniu wymagań zawartych w SIWZ - w stosunku do jednej z ofert - jest działaniem świadczącym o naruszeniu postanowień art. 7 ust. 1. Wskazać należy dodatkowo, iż w polu 1.17 załącznika nr 1 Zamawiający jednoznacznie

określił wymóg podania pełnej nazwy produktu wraz ze szczegółowym numerem wersji oferowanego oprogramowania. Również w ocenie Wykonawcy, bezsporne jest w przedstawionych okolicznościach, iż oferta firmy Qumak - Sekom S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ i Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W tym stanie rzeczy oferta odwołującego się Wykonawcy, spełniająca wszystkie wymagania Zamawiającego i nie podlegająca odrzuceniu winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Qumak-Sekom S.A. Zamawiający uniemożliwił uzyskanie przedmiotowego zamówienia Odwołującemu, czym naruszył jego interes prawny.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołujący wykazał interes prawny, w rozumieniu art.179 ust.1 PZP, we wniesieniu protestu, a następnie odwołania, albowiem uwzględnienie odwołania, a tym samym uznanie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty firmy Qumak - Sekom S.A. – w niniejszym stanie faktycznym - umożliwiłoby uzyskanie przedmiotowego zamówienia przez wnoszącego odwołanie Wykonawcę.

Rozpatrując zarzut niezgodności oferty firmy Qumak - Sekom S.A. z wymaganiami SIWZ, skład orzekający Izby uznał, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarówno argumentacja przedstawiona w rozstrzygnięciu protestu jak i postępowanie dowodowe w toku rozprawy wskazują, iż treść oferty uznanej za najkorzystniejszą, wbrew twierdzeniom odwołującego się Wykonawcy, odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Bezspornym jest – co przyznały strony w toku rozprawy - że system Windows Server 2008 jest kolejną wersją serwerowego systemu operacyjnego opracowanego przez firmę Microsoft, który jest następcą systemu Microsoft Windows Server 2003, i który to system nie jest aktualnie sprzedawany samodzielnie.

Skład orzekający Izby ustalił również, że wraz z systemem Windows Server 2008, producent udostępnia w ramach licencji Open Government downgrade praw użytkownika, co umożliwia – według wyboru użytkownika - do uruchamiania instalacji wszelkich poprzednich wersji systemu Windows Server, w miejsce instalacji Windows Server 2008. Zapewnia to

użytkownikowi nabycie prawa do korzystania z najnowszej wersji produktu, a jednocześnie efektywne wykorzystanie wcześniejszej wersji tego produktu, w tym Windows 2003. Uruchomienie oprogramowania dla Windows 2003 następuje poprzez załadowanie nośnika (płyta CD lub DVD do instalacji licencjonowanych kopii oprogramowania) do pamięci i wykonanie jednej lub więcej z podanych instrukcji i ta czynność określana jest jako downgrade (obniżyć).

W ocenie składu orzekającego Izby, powoływane powyżej ustalenia potwierdzają, że wskazywany 'downgrade' jest w istocie uprawnieniem każdego nabywcy (użytkownika) przyznanym przez producenta (dostawcę) w ramach dostawy systemu operacyjnego MS Windows 2008 i skorzystanie z tego prawa nie wymaga szczególnej procedury, czy dodatkowych nakładów ze strony Zamawiającego. Wobec takich ustaleń, skład orzekający Izby nie podzielił także poglądu Wykonawcy, iż brak zaznaczenia „downgrade do wersji 2003” w ofercie firmy Qumak – Sekom S. A. i przedstawienie testów wykonanych w oparciu o system Windows Server 2003” wskazuje na niezgodność tej oferty z wymaganiami specyfikacji.

W tym przypadku Izba uznała, że zarówno odwołujący się Wykonawca jak i wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zaoferowali - wymagany postanowieniami SIWZ - ten sam produkt. Jedyna różnica w prezentacji w ofercie tego produktu sprowadza się do braku zaznaczenia uprawnienia wynikającego z licencji określanego jako przywoływany już powyżej „downgrade”. Jednakże brak takiego zaznaczenia nie pozbawia Zamawiającego możliwości skorzystania z tego uprawnienia, a tym samym różnice w sposobie prezentacji licencji dla produktu objętego przedmiotem zamówienia nie mogą być podstawą do uznania, iż oferta firmy Qumak -Sekom S.A. nie odpowiada treści SIWZ.

Z tych też względów skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do jego wyniku, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600 zł, wynikającej z rachunku przedłożonego do akt sprawy, stosownie do postanowień § 4 ust.1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*