

Sygn. akt: KIO 1741/16

**WYROK**  
**z dnia 6 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Łukasz Listkiewicz**

**Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2016 r. oraz 29 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 16 września 2016 r. przez wykonawcę **D. Spółka z o.o., (...)** **K.** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Izba Skarbowa w Łodzi, (...)** **Łódź** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa, wykonanie, i wdrożenie Systemu Centralnego Wydruku oraz dzierżawa i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej urządzeń wielofunkcyjnych” – (postępowanie znak 1001.LO-2.260.8.2016)

przy udziale wykonawcy **X. S.A., (...)** **Ł.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

przy udziale wykonawcy **K.M.B.S.P. Spółka z o.o., (...)** **W.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania w wysokości **20 244 zł 85 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy dwieście czterdzieści cztery złote i osiemdziesiąt pięć groszy) obciąża Zamawiającego - **Izba Skarbowa w Łodzi, (...) Łódź** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D. Spółka z o.o., (...) K.** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego **Izba Skarbowa w Łodzi, (...) Łódź** na rzecz wykonawcy - **D. Spółka z o.o., (...) K.** kwotę w wysokości **20 244 zł 85 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy dwieście czterdzieści cztery złote i osiemdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa przed Izbą oraz kosztów dojazdu.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

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

### **do wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1741/16**

Zamawiający – Izba Skarbowa w Łodzi, (...) Łódź prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa, wykonanie, i wdrożenie Systemu Centralnego Wydruku oraz dzierżawa i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej urządzeń wielofunkcyjnych” – (postępowanie znak 1001.LO-2.260.8.2016).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 01.07.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

W dniu 06.07.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 128 – 230614.

W dniu 06.09.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Na powyższą czynności Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i nieuzasadnione przyjęcie, że oferta złożona przez Zamawiającego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie szyfrowania dysku,
- art. 87 ust. 1 PZP poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i nie zażądanie wyjaśnień od odwołującego dotyczących treści oferty w zakresie szyfrowania dysku,
- art. 7 ust. 1 i 3 poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż jeden z wykonawców, biorących udział w postępowaniu wydaje opinię techniczną o zgodności oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania;
5. przedłużenie okresu związania ofertą o 60 dni.

#### Uzasadnienie

Jak wskazał Odwołujący na wstępie uzasadnienia w dniu 6 września 2016 roku Zamawiający - Izba Skarbowa w Łodzi, działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poinformowała Wykonawców, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, wykonanie i wdrożenie Systemu centralnego Wydruku oraz dzierżawę i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej Urzędzeń Wielofunkcyjnych, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej zamówienia powyżej kwoty 135.000 euro, na podstawie art. 39 - 46 w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy, wybrał najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wykonawcę: „K.M.B.S.P.” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający jednocześnie wskazał w treści tego samego pisma, oferty złożone przez innych Wykonawców oraz ilość zdobytych przez nich punktów, jak również na ofertę Spółki „D.” Sp. z o.o. jako odwołującego się, która została odrzucona. Uzasadniając swoją decyzję, co do treści oferty złożonej przez „D.” Sp. z o.o., Zamawiający powołując się na treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a ściślej mówiąc co do jej odrzucenia, wskazał, iż treść złożonej przez „D.” oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie szyfrowania dysku - zaoferowane urządzenie zapewnia szyfrowanie na poziomie 128 bitów, a Zamawiający wymagał, zgodnie z załącznikiem Nr 3 do SIWZ, szyfrowanie na poziomie 256 bitów.

Dowód: SIWZ - przetargu oraz oferta Wykonawcy - „D.” Sp. z o.o.

W ocenie wnoszącego odwołanie, decyzja Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty D., podjęta została z naruszeniem zarówno przepisów ustawy, okolicznościami faktycznymi oraz zebrany w ramach postępowania przetargowego materiałem dowodowym, i jako taka powinna zostać wyeliminowana z obrotu prawnego.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający przed podjęciem decyzji w przedmiocie rozstrzygnięcia przetargu, w którym jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez „K.M.B.S.P.” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pismem z dnia 18 sierpnia 2016r. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, wezwał „D.” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień m. in. w zakresie pełnej specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia, która pozwoli na ocenę jego zgodności z wymaganiami zawartymi w Załączniku Nr 3 do SIWZ.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2016 r.

W treści złożonej oferty „D.” Sp. z o.o. zgodnie z wytycznymi SIWZ - Zamawiający wymagał jedynie od Wykonawców złożenia oświadczenia w zakresie spełnienia przez urządzenie wymogów technicznych określonych w specyfikacji, bez konieczności dołączenia specyfikacji oferowanego rozwiązania (urządzenia). Tej treści oświadczenie przez „D.” Sp. z o.o. zostało złożone. „D.” Sp. z o.o. jako profesjonalista w branży wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, w dacie składania oferty nie miał jakichkolwiek wątpliwości, co do spełnienia przez zgłoszone do przetargu urządzenie, w tym wypadku urządzenie firmy K.M. B. 223/283/363/423, wszystkich parametrów technicznych określonych wymaganiami Zamawiającego zawartych w Załączniku Nr 3 do SIWZ.

Następnie Odwołujący wskazał, że wykonując zobowiązania Zamawiającego zawarte w wezwaniu z dnia 18 sierpnia 2016 r., pismem z dnia 22 sierpnia 2016 r. przedstawił stosowne dokumenty, w tym przekazał Zamawiającemu specyfikację techniczną oferowanego urządzenia - K.M. B. 223/283/363/423, w polskiej wersji językowej.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2016r., pismo Wykonawcy z dnia 22 sierpnia 2016r. wraz z specyfikacją techniczną oferowanego urządzenia - K.M. B. 223/283/363/423, w polskiej wersji językowej.

O czym była mowa na wstępie, Zamawiający w oparciu o tak przedstawione dokumenty, ze wskazaniem na specyfikację techniczną oferowanego urządzenia - K.M. B. 223/283/363/423, powołując się na treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a ściślej mówiąc co do jej odrzucenia, wskazał, iż treść złożonej przez „D.” oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie szyfrowania dysku - zaofertowane urządzenie zapewnia szyfrowanie na poziomie 128 bitów, a Zamawiający wymagał, zgodnie z załącznikiem Nr 3 do SIWZ, szyfrowanie na poziomie 256 bitów.

Jak wskazał Odwołujący w tym miejscu na uwagę zasługuje fakt, iż w treści specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia - K.M. B. 223/283/363/423, kwestia poziomu szyfrowania nie była w ogóle poruszona, natomiast dla „D.” Sp. z o.o., jako profesjonalisty było oczywiste, że oferowane urządzenie spełnia także wymóg szyfrowania na poziomie 256 bitów.

Następnie, po powzięciu przez „D.” Sp. z o.o. informacji o odrzuceniu przez Zamawiającego złożonej przez niego oferty, pismem z dnia 08 września 2016r. - informacja i wniosek o ponowne dokonanie czynności, działając w oparciu o dyspozycję art. 181 ust. 1 ustawy z

dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych, wnosi o ponowne rozpatrzenie oferty w zakresie Załącznika Nr 3 do SIWZ, ze wskazaniem na pozycję 29 z tabeli odnoszącej się do poziomu szyfrowania - 256 bitów lub równoważne.

Dowód: pismo Wykonawcy z dnia 08 września 2016r. wraz z załącznikami dotyczącymi specyfikacji technicznej urządzenia

Jak wskazał Odwołujący w tym miejscu na podkreślenie zasługuje fakt, iż powyższe cały czas odnosi się do tego samego urządzenia, a konkretnie mówiąc do urządzenia firmy K.M. B. 223/283/363/423.

Uzasadniając wniosek o ponowne dokonanie czynności, „D.” Sp. z o.o. wskazuje, iż rzeczony urządzenie wbrew stanowisku Zamawiającego - Izby Skarbowej w Łodzi, jest wyposażone w mechanizm szyfrowania danych na poziomie AES 256 bitów.

Jako dowód, Wykonawca przedstawia specyfikację techniczną oraz przewodnik produktu (product guide Status: 15.07. 2010 Version: 11) w języku angielskim z załączonym przysięgłym tłumaczeniem stron dotyczących w/w parametrów.

Zdaniem Odwołującego z załączonych dokumentów, co godne podkreślenia pochodzących bezpośrednio od producenta urządzenia (specyfikacji technicznych), poza wszelką wątpliwością wynika, iż sporny parametr poziomu szyfrowania danych został spełniony. Parametr ten zostaje wskazany w dwóch miejscach w specyfikacji technicznej oraz przewodniku produktu, których to dokumentach jest mowa o poziomie szyfrowania danych - AES 256 bitów.

Jak wskazał Odwołujący następnie jak wynika z pisma Zamawiającego datowanego na dzień 13 września 2016r. - Izba Skarbowa w Łodzi w odpowiedzi na pismo „D.” Sp. z o.o., w którym Wykonawca występuje z wnioskiem o ponowne dokonanie czynności, informuje, iż podtrzymuje decyzję o odrzuceniu oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Wykonawcę K.M.B.S.P.” Sp. z o.o.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 13 września 2016 r.

W treści pisma, Zamawiający oznajmia, iż biorąc pod uwagę informacje przekazane przez „D.” Sp. z o.o., co do spełnienia parametru - AES 256 bitów, jak twierdzi dochowując należytej staranności Zamawiający wystąpił do przedstawiciela firmy K.M. w Polsce - K.M.B.S.P.” Sp. z o.o. (notabene firmy, która w ocenie Zamawiającego w ramach przeprowadzonego postępowania wygrała przetarg), z prośbą o wydanie opinii technicznej w w/w zakresie.

W ocenie Spółki wnoszącej niniejsze odwołanie w przedmiotowej sprawie dochodzi do kuriozum polegającym na tym, iż Zamawiający zleca dokonanie oceny oferty firmie konkurencyjnej w stosunku do Spółki, której oferta została odrzucona, mało tego firmy, która na dzień dzisiejszy zgodnie z decyzją Zamawiającego wygrała przetarg.

Zdaniem wnoszącego odwołanie w tym zakresie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - Pzp, przez niewłaściwe jego zastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób który nie zapewnia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż jeden z wykonawców biorących udział w postępowaniu wydaje opinię techniczną o zgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ zamówienia. Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W tym miejscu należy wskazać, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy bądź klienta lub go narusza (art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Czyny nieuczciwej konkurencji zostały określone w art. 5-17d u.z.n.k. Zasad uczciwej konkurencji powinni przestrzegać także wykonawcy, dlatego zamawiający w postępowaniu powinien uwzględnić również przepisy art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184) (zakaz porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym) i art. 9 u.o.k.k. (zakaz nadużywania pozycji dominującej).

Zasada równego traktowania wykonawców zabrania zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców. "Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert i dotrzymywane w trakcie prowadzenia postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 10 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych

przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki transportu i usług pocztowych. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów" (wyrok KIO z dnia 12 września 2011 r., KIO 1886/11, [www.uzo.gov.pl](http://www.uzo.gov.pl)).

Jak wskazał Odwołujący analizując, tę kwestię należy także wskazać na argumentację, którą posługuje się konkurent podmiotu wnoszącego odwołanie. Jak czytamy bowiem w treści przywołanego pisma Zamawiającego z dnia 13 września 2016 r., wskazuje on, iż: „W odpowiedzi dniu 12 września 2016r. (tu jakaś literówka) Ogólnopolski przedstawiciel producenta zaoferowanego przez Państwa sprzętu wskazał, iż „B. 223/283/363/423 Product Guide” znajduje się błąd dotyczący wspomnianego wyżej szyfrowania, a urządzenie K.M. B. 363 posiada szyfrowanie AES 128 bit.”

Zdaniem Odwołującego na uwagę zasługuje fakt, iż K.M.B.S.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dokonując na zlecenie Zamawiającego oceny urządzenia oferowanego przez 'D.' Sp. z o.o., nie widząc urządzenia nie miała praktycznej możliwości oceny jego parametrów ze wskazaniem na zastosowanie przez składającego ofertę mechanizmy szyfrujące. Tym samym nie miała możliwości weryfikacji czy maszyna szyfruje na poziomie 128 czy też 256 bitów. Taka weryfikacja nie jest bowiem możliwa bez dokonania oględzin urządzenia. Inaczej bowiem nie da się tego sprawdzić.

Tym samym na podstawie takiego a nie innego gołosłownego stwierdzenia firmy konkurencyjnej w stosunku do podmiotu, którego oferta została odrzucona, które podważa dokumentację techniczną pochodzącą od samego producenta, którym z całą pewnością K.M.B.S.P. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie jest, Zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty. W tym miejscu należy także postawić sobie pytanie, na jakiej podstawie Zamawiający poddał wątpliwość autentyczności i prawdziwości danych urządzenia znajdujących się w oficjalnej dokumentacji technicznej producenta i to danych, które znalazły swoje potwierdzenie w dwóch niezależnych źródłach.

Jak wskazał następnie Odwołujący na podkreślenie zasługuje także fakt, iż zgodnie z załączoną do SIWS umową (pkt 7 lit. a i b umowy) Zamawiający przewidział okres testowania dostarczonego przez Wykonawcę, który wygra przetarg, oprogramowania wraz z urządzeniem. Na przeprowadzenie weryfikacji dostarczonego sprzętu, jeszcze przed



podpisaniem umowy, Zamawiający przewidział 21 dni, pod rygorem odrzucenia oferty jako niezgodnej z specyfikacją i wyboru kolejnego oferenta z listy posiadającego największą liczbę punktów.

Dowód: umowa załączona do SIWZ

Zatem Zamawiający miał pełną możliwość weryfikacji sprzętu i oprogramowania dostarczonego przez „D.” Sp. z o.o. także w zakresie poziomu szyfrowania danych. W ocenie składającego odwołanie niezrozumiałym jest fakt, iż Zamawiający ze swoimi wątpliwościami nie zwrócił się do oferenta - Spółki „D.”, tylko do firmy konkurencyjnej, która była jednocześnie uczestnikiem postępowania przetargowego.

Biorąc powyższe pod uwagę, dla pełnej jasności i transparentności sprawy, Spółka „D.” pragnie przedstawić chronologię zdarzeń:

1. opublikowanie oferty przez Izbę Skarbową w Łodzi - czerwiec - dołączone dokumenty SIWZ + opis przedmiotu oferty (sporny parametr - tabela poz. nr 29. w opisie przedmiotu zamówienia):
2. złożenie oferty przez D.. Zamawiający nie wymagał dołączenia specyfikacji oferowanego rozwiązania / sprzętu;
3. po otwarciu ofert - D. oferta Nr 1 - zostaje wezwany do złożenia dokumentów;
4. na wezwanie Izby Skarbowej, D. przedłożył dokumenty - Odpowiedź D. na wezwanie. Załączony został folder w języku polskim bez opisu spornego parametru kodowania danych na poziomie AES - 256 bitów;
5. ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty - K.M. Polska; oferta D. została odrzucona z uwagi na brak zgodności z SIWZ w zakresie kodowania AES - 256 bitów;
6. odwołanie ze strony D. 09.09.2016 + mail odnośnie specyfikacji dysku twardego 12.09.2016 = z załączonym Product Guide dla maszyn serii 223/363itd w jęz ang z przysięgłym tłumaczeniem strony 37 opisującej sporny parametr; folderem w języku angielskim - pobranym ze strony oficjalnej KM;
7. odpowiedź Izby Skarbowej w sprawie informacji i wniosku o ponowne dokonanie czynności - podtrzymanie decyzji o odrzuceniu oferty.

Odwołujący odnosząc się raz jeszcze do naruszeń przepisów, których dopuścił się Zamawiający, ze wskazaniem na treść art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, wskazał na następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, przemawiającymi za słusnością zarzutów odwołania:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2016 r. KIO 677/16 (LEX nr 2054024)

1. Potwierdzeniem, że m.in. próbki powinny stanowić uzupełniany element oferty stanowi chociażby § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

2. Zamawiający nie mający pewności co do złożonych próbek powinien wystąpić o ich uzupełnienie zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p., a nie stwierdzać, że próbki te są nieuzupełnialne i odrzucać ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. z uzasadnieniem, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, a zamawiający nie może poprawić oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2016 r. KIO 620/16

1. Wolą wykonawcy jest złożenie oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego i odpowiadającej określonym w SIWZ wymaganiom, jednak do złożenia oferty musi dojść i nie chodzi jedynie o fizyczne złożenie dokumentów stanowiących przygotowane przez zamawiającego druki, lecz chodzi o faktyczne zaoferowanie danego przedmiotu, wskazanie w oświadczeniu tego, co oferuje wykonawca.

2. Podanie danych identyfikujących dany oferowany przedmiot (zgodnie z wytycznymi zamawiającego) stanowi złożenie oferty na ten przedmiot, w ten sposób oświadcza wykonawca co oferuje, jednocześnie oświadczając, że oferowany przedmiot zgodny jest z parametrami określonymi przez zamawiającego.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2016 r. KIO 531/16 (LEX nr 2053972)

Ze względu na bardzo restrykcyjno-sankcyjny charakter art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., aby zamawiający miał podstawę do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, zamawiający ma obowiązek wykazać (udowodnić), która część, jaki element badanej oferty stanowi ó jej niezgodności z SIWZ.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2016 r. KIO 396/16 (LEX nr 2015728)

1. Niezgodność treści oferty z siwz musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, 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 również tradycyjnie zamieszczane w SIWZ a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

2. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem art. 29 ust. 3 p.z.p., musi mieć na względzie, że samo wskazanie przez niego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie przedmiotu wraz z dodaniem wyrazów "lub równoważne" jest niewystarczające.

3. Zamawiający, który nie określi w specyfikacji warunków równoważności, nie będzie mógł odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oferty, która w jego ocenie owej równoważności nie spełnia.

4. Skoro siwz nie określa, jakie parametry zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności zaproponowanych produktów, to nie może na etapie oceny ofert powoływać się na nie jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego. Ocena ofert winna odbywać się wyłącznie w oparciu o dokumenty, parametry i kryteria wprost określone w dokumentacji postępowania. Odrzucenie oferty w oparciu o dokumenty inne niż podane w przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p.

Odnosząc się z kolei naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 pkt 2 PZP Odwołujący wskazał na następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2016 r. KIO 266/16 (LEX nr 2050895)

1. Treścią oferty nie sposób czynić stanowiska strony prezentowanego w postępowaniu odwoławczym zmierzającym do zmiany postanowień SIWZ. Na tym etapie strona nie konstruuje treści oferty.

2. O niegodności treści oferty z treścią SIWZ, można mówić jedynie w okolicznościach, w których przedmiot świadczenia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, winien być opisany (wyspecyfikowany) w treści oferty i wykazuje niegodność względem tych wymagań.

3. Ani przepis art. 87 ust. 1 p.z.p. ani tym bardziej przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nie dają podstaw do ustalania treści oferty w zakresie, który wykracza poza zakres wymagań sformułowanych przez zamawiającego. Jeśli zamawiający nie oczekiwał opisanego w treści oferty oferowanego produktu, to nieuprawnione jest żądanie, w toku wyjaśnień, uzupełnienia treści oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Odwołującego, wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne i w pełni uzasadnione.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, w tym przy uwzględnieniu powołanego na mocy postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2016 r. dowodu z opinii biegłego, którą to opinię uznała za spójną, logiczną i korespondującą z przedstawioną tezą dowodową ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania, którego przedmiotem jest czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. W szczególności Izba przeprowadziła i oceniła dowody z dokumentów składane w toku postępowania przez Odwołującego oraz Przystępującego obejmujące dokumentację techniczną urządzenia K.M. B. 363 wraz z jej tłumaczeniem.

Izba dopuściła również i przeprowadziła na rozprawie dowody z dokumentów obejmujące:

- dokument zatytułowany „Manufacturer declaration” z dnia 26.09.2016 r. wraz z jego tłumaczeniem wskazujący, iż K.M.B.S.P. Spółka z o.o. jest oficjalnym przedstawicielem K.M. INC i ma prawo do reprezentowania tej ostatniej spółki na terytorium Polski, w tym składania oświadczeń dotyczących zagadnień technicznych produktów K.M.;
- oświadczenie z dnia 06.03.2006 r. wskazujące, iż K.M.B.S.P. Spółka z o.o. jest generalnym dystrybutorem produktów K.M. oraz wyłącznym przedstawicielem K.M. B.S.E.G. w Polsce;
- oświadczenia z dnia 20.08.2007 r. wskazującego, iż K.M. B.S.E.G. jest jedynym udziałowcem i posiada 100% udziałów K.M.B.S.P. Spółka z o.o.;
- oświadczenie z dnia 20.08.2007 r. wskazującego, że K.M.B.S.P. Spółka z o.o. jest generalnym dystrybutorem produktów K.M. na terytorium Polski oraz spółką córką K.M. B.S.E.G. wchodzącej w skład grupy K.M. Holdings Inc;
- wydruk specyfikacji technicznej urządzenia K.M. B. 363 (wydruk z dnia 28.09.2016 godz. 15:35 ze strony [www.konicaminolta.pl/pl/rozwiązania-biznesowe/produkty/b...](http://www.konicaminolta.pl/pl/rozwiązania-biznesowe/produkty/b...)) z którego wynika (dział „Funkcje systemu – bezpieczeństwo”), że ww. urządzenie dysponuje szyfrowaniem danych na dysku twardym (AES 128 bit);
- oświadczenie producenta K.M. Inc z dnia 15.08.2016 r. dotyczące standardów szyfrowania wraz z tłumaczeniem, z którego wynika, że urządzenie B. 363 oferuje szyfrowanie danych na dysku twardym (HDD) AES 128 bit, zaś urządzenia B. 364e i B. 454e oferują szyfrowania danych na dysku twardym (HDD) AES 256 bit;
- dokument zatytułowany „Manufacturer declaration” z dnia 26.09.2016 r. wystawiony przez K.M. Inc wraz z jego tłumaczeniem, z którego wynika, że urządzenie B. 363 posiada szyfrowanie danych na dysku twardym AES 128 bit, a nie AES 256 bit. Producent ponadto oświadczył, że nie istnieją żadne akcesoria lub oprogramowanie, które można byłoby dodać do B. 363 aby wyposażyć to urządzenie w szyfrowanie danych na dysku twardym AES 256 bit. W podsumowaniu producent wskazał, że informacje które można znaleźć w niektórych materiałach produktowych, takich jak broszury czy „product guide’y”, wskazujące na to, że B. 363 jest wyposażony w szyfrowanie danych na dysku twardym AES 256 bit są błędne i tak powinny być traktowane;
- wydruk informacyjny ze strony internetowej [www.formum.C..com/t5/C.-SSDs/An-introduction-to-hardw..](http://www.formum.C..com/t5/C.-SSDs/An-introduction-to-hardw..) zatytułowany „An introduction to hardware encryption” (wydruk z dnia 24.11.2016 r. godz. 13:48) wraz z jego tłumaczeniem, w ramach którego na pytanie „Jak działa szyfrowanie sprzętowe na dyskach SSD firmy C.?” zostało wskazane m.in., że: „W samo szyfrujących dyskach (Self-Encrypting Drive – SED) szyfrowania jest włączone zawsze, tzn. dane zapisywane na dysku SED są szyfrowane, a podczas odczytu z niego – odszyfrowane. Funkcja zabezpieczenia hasłem musi zostać aktywowana przez

oprogramowanie zarządzające szyfrowaniem. Gdy jest wyłączona, użytkownik dane na dysku może odczytać bez przeszkód. Innymi słowy, SED odszyfruje wszystkie dane dla każdego, jeśli ustawienia oprogramowania do zarządzania zabezpieczeniami tego nie zabraniają. Funkcja działa jak domowy alarm przeciwwłamaniowy. Dopóki nie jest „włączona” (np. za pomocą oprogramowania do poświadczenia logowania innych producentów), nie chroni aktywnie Twoich danych”.

Izba mając na uwadze podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, jak również mając na względzie okoliczność, że ustalenie stanu faktycznego wymaga wiadomości specjalnych wykraczających poza wiadomości ogólnie dostępne, w tym mając na względzie przeprowadzone przez Odwołującego oraz Przystępującego, jak również Zamawiającego dowody z dokumentów obejmujące dokumentację techniczną urządzenia K.M. B. 363 potwierdzającą pozostające ze sobą w opozycji okoliczności faktyczne powołała na mocy postanowienia z dnia 17 października 2016 r. dowód z opinii biegłego wskazując do sporządzenia opinii pana A.Z. w celu wydania opinii z badania i oględzin w zakresie oceny parametrów technicznych urządzenia zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę D. Spółka z o.o., tj. używanego urządzenia K.M. B. serii 223/283/363/423 o parametrach wskazanych w treści oferty tego wykonawcy (urządzenie K.M. B. 363) zgodnie z treścią załącznika nr 3 do SIWZ celem ustalenia spełnienia przez zaoferowane urządzenie zakładanego przez Zamawiającego parametru wyposażenia urządzenia w mechanizm szyfrowania danych minimum na poziomie AES 256 bitów lub równoważny (załącznik nr 3 do SIWZ – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – Lp. 29 „Urządzenia muszą być wyposażone w mechanizmy szyfrowania danych minimum AES 256 bit lub równoważne”).

W toku rozprawy mającej miejsce dnia 29.11.2016 r. doszło do wydania ustnej opinii uzupełniającej przez powołanego przez Izbę biegłego, w tym odpowiedzi na sformułowane przez Strony oraz Przystępującego pytania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła Na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ, że przedmiotem postępowania jest usługa oznaczonej kodem wg nomenklatury CPV 79800000-2 sklasyfikowana jako „Usługi drukowania i powiązane”, dla której Zamawiający określił następującą nazwę: „Dostawa, wykonanie, i wdrożenie Systemu Centralnego Wydruku oraz dzierżawa i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej urządzeń wielofunkcyjnych”.

Izba w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia dokonała następujących dodatkowych ustaleń w zakresie elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia:

Rozdział III SIWZ zatytułowany „Opis przedmiotu zamówienia” „Dostawa, wykonanie, i wdrożenie Systemu Centralnego Wydruku oraz dzierżawa i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej urządzeń wielofunkcyjnych”

1.5.) Przez cały okres trwania umowy urządzenia pozostają własnością Wykonawcy z wyłączeniem dysków twardych, które po zakończeniu umowy pozostają u Zamawiającego, a koszt każdego dysku winien zostać wkalkulowany w cenę usług,

1.6) Dyski twarde mogą być naprawiane jedyne w miejscu używania urządzeń, a w przypadku konieczności wymiany uszkodzonych dysków na nowe, wolne od wad, nośniki informacji nie podlegają zwrotowi Wykonawcy. W przypadku konieczności dokonania naprawy urządzenia wyposażonego w nośniki informacji poza miejscem używania, dyski twarde pozostają u Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie również pozostawienie dysków twardych urządzenia zastępczego.

1.7) Zamawiający dopuszcza przekazanie elektroniki dysków twardych – po wymontowaniu nośników danych lub przekazanie kompletu dysków po ich zdemagnetyzowaniu w urządzeniach Zamawiającego.

W ramach Rozdziału V SIWZ Zamawiający w pkt 3 zawarł następujące wymagania:

3. W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiający wymaga by Wykonawca posiadał:

- a) Certyfikat ISO 9001 na obsługę techniczną oferowanych urządzeń;
- b) Autoryzacje producenta sprzętu na serwis zaoferowanego sprzętu.

W załączniku nr 3 SIWZ zatytułowanym „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w rozdziale zatytułowanym „Serwis, urządzenia zastępcze” zostało m.in. wskazane, że:

5. Zamawiającemu przysługuje prawo do weryfikacji jakości wydruków i ich reklamacji. Reklamacja taka traktowana będzie, jako zgłoszenie konieczności naprawy urządzenia.

7. W przypadku niemożności dotrzymania terminu usunięcia awarii, Wykonawca zobowiązany jest zapewnić na czas naprawy sprzęt zastępczy.

9. Urządzenia zastępcze udostępnione Zamawiającemu na czas awarii muszą być tego samego typu, co urządzenia zaoferowane przez Wykonawcę w ofercie lub ich kolejnymi modelami w przypadku zaprzestania ich produkcji, przy spełnieniu przez nie parametrów technicznych określonych w pkt 5 Specyfikacji technicznej urządzenia.

W załączniku nr 3 SIWZ zatytułowanym „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w rozdziale zatytułowanym „Specyfikacja techniczna urządzeń” Zamawiający w zakresie szyfrowania zawarł następujące postanowienia:

29. Urządzenia muszą być wyposażone w mechanizmy szyfrowania danych minimum AES 256 bit. lub równoważne.

W załączniku nr 2 do SIWZ „projekt umowy” w zakresie przedmiotu zamówienia zostały ujęte m.in. następujące postanowienia:

§ 1. Przedmiot Umowy.

1. Przedmiotem umowy jest dostawa, wykonanie i wdrożenie Systemu Centralnego Wydruku oraz dzierżawa i świadczenie kompleksowej usługi serwisowej Urządzeń Wielofunkcyjnych, przygotowanie i prowadzenie szkoleń pracowników Zamawiającego w zakresie Systemu Centralnego Wydruku.

Definicje:

3) „Urządzenie” – łącznie rozumiane urządzenia wielofunkcyjne monochromatyczne, które zostały lub zostaną dostarczone Zamawiającemu przez Wykonawcę i oddane do użytkowania, których rodzaje, parametry techniczne oraz liczbę określa „Formularz ofertowy”, zawarty w załączniku Nr 1 do SIWZ.

4) „System Centralnego Wydruku” – zainstalowany, skonfigurowany i uruchomiony w lokalach Zamawiającego: wraz z Oprogramowaniem i Urządzeniami.

5) „Usługa Drukowania” – usługa świadczona Zamawiającemu przez Wykonawcę, polegająca na zapewnieniu Zamawiającemu możliwości drukowania, kopiowania i skanowania, w dowolnym momencie, dowolnych materiałów (pisma, dokumenty) za pomocą Systemu Centralnego Wydruku oraz na zapewnieniu pełnej obsługi serwisowej i wsparcia dla Systemu Centralnego Wydruku i jego użytkowników.

§ 2. Zasady Realizacji Umowy.

Usługa wykonywana będzie na urządzeniach będących własnością Wykonawcy.

3) Wykonawca zobowiązany jest posiadać ważny przez okres obowiązywania niniejszej umowy tytuł prawny do używania urządzeń bez zastrzeżeń, warunków lub ograniczeń, które mogłyby wyłączyć, ograniczyć lub utrudnić wykonanie jego zobowiązań wynikających z



umowy albo możliwość używania urządzeń przez Zamawiającego na podstawie umowy oraz zgodnie z ich przeznaczeniem. Wykonawca powinien posiadać taki tytuł prawny przez okres nie krótszy niż od dnia dostarczenia urządzenia Zamawiającemu, do dnia podpisania przez obie Strony Protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy, zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 3 do umowy.

18) Ustala się następujące zasady dotyczące własności i postępowania z nośnikami danych znajdującymi się w urządzeniach.

W każdym przypadku, gdy urządzenie albo urządzenie zastępcze albo urządzenie wymienione jest wyposażone w nośnik danych, nośnik ten musi być skonfigurowany zgodnie z ustawieniami fabrycznymi i dostarczony wraz z urządzeniem:

a) z dniem podpisania Protokołu odbioru ilościowego potwierdzającego dostarczenie urządzenia do lokalu Zamawiającego, własność nośnika lub nośników danych, w jakie wyposażone jest dane urządzenie, przechodzi na Zamawiającego – bez odrębnego wynagrodzenia. Wyposażenie urządzenia w nośnik lub nośniki danych zostanie każdorazowo odnotowane w Protokole odbioru ilościowego;

b) Wykonawca zobowiązany jest zapewnić, na własny koszt, wymontowanie nośników danych z każdego urządzenia, które ma być wyniesione poza lokale Zamawiającego oraz wyposażenie w odpowiedni nośnik lub nośniki każdego urządzenia dostarczanego do lokali Zamawiającego – ile dla prawidłowego funkcjonowania dane Urządzenie powinno być wyposażone w odpowiedni nośnik lub nośniki danych. Wymontowanie z urządzenia nośnika danych i jego odbiór przez przedstawicieli Zamawiającego, zostanie każdorazowo potwierdzone w Protokole odbioru ilościowym sporządzanym w związku z przekazaniem danego urządzenia Wykonawcy w celu jego wyniesienia poza lokale Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył ofertę z łączną ceną ofertową brutto wynoszącą 2.167.500 złotych.

Zamawiający pismem z dnia 18.08.2016 r. wezwał wykonawcę D. m.in. o złożenie pełnej specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia, która pozwoli na ocenę jego zgodności z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 3 do SIWZ.

Wykonawca D. Spółka z o.o. pismem datowanym na dzień 22.08.2016 r. złożył m.in. w ramach uzupełnienia dokumenty zawierające pełną specyfikację techniczną oferowanego urządzenia (str. 61 – 87 załącznika do ww. pisma) w postaci dokumentu „B. 223/283/363/423 Profesjonalne urządzenia dla środowisk biurowych”.

W ramach prowadzonej korespondencji wykonawca K.M.B.S.P. Spółka z o.o. pismem z dnia 22.08.2016 r. wskazał Zamawiającemu m.in., iż oferta wykonawcy D. Spółka z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ ze względu na brak zapewnienia przez zaoferowane urządzenie (K.M. B. 363) nie spełnia wymogu wskazanego w poz. 29 załącznika nr 3 do SIWZ (Specyfikacja techniczna urządzeń) w zakresie szyfrowania danych wskazując jako źródło specyfikację techniczną znajdującą się na stronie producenta, z której wynika, że w oferowanym urządzeniu szyfrowanie danych realizowane jest na poziomie 128 bit (długość klucza)..

Odwołujący pismem z dnia 22.08.2016 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.08.2016 r. uzupełnił m.in. specyfikację techniczną dla oferowanego urządzenia (str. 61 – 87 załączników do ww. pisma). Dokumentacja ta zatytułowana „K.M. B. 223/283/363/423 Profesjonalne urządzenia dla środowisk biurowych” na str. 66 że „Oferują także standardową funkcję szyfrowania dysku twardego w celu ochrony wszystkich znajdujących się na nim danych przed nieuprawnionym wykorzystaniem”.

Zamawiający pismem z dnia 06.09.2016 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę K.M.B.S.P. Spółka z o.o.. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie szyfrowania dysku – zaoferowane urządzenia zapewnia szyfrowanie na poziomie 128 bitów, a Zamawiający wymaga, zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ, szyfrowania na poziomie 256 bitów.

Zamawiający pismem z dnia 09.09.2016 r. zwrócił się do wykonawcy K.M.B.S.P. Spółka z o.o. z zapytaniem, czy urządzenie B. 363 spełnia warunek SIWZ: urządzenia muszą być wyposażone w mechanizmy szyfrowania danych minimum AES 256 bit lub równoważne wskazując, że na oficjalnej stronie producenta dla urządzenia B. 363 w tabeli Funkcje systemu/Bezpieczeństwo jest określony poziom szyfrowania danych na dysku: Szyfrowanie danych na dysku twardym (128 bit). Natomiast oferent dostarczył dokument pt. „B. 223/283/363/423 Product Guide”, w którym na stronie 38 w tabeli Security Features została wykazana pozycja HDD data encryption (AES 256).

W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawca K.M.B.S.P. Spółka z o.o. pismem z dnia 12.09.2016 r. oświadczył, że urządzenia biz hub 363 posiada szyfrowanie AES 128 bit.

Jednocześnie poinformował Zamawiającego, że dokumenty „product guide” są materiałami przeznaczonymi do użytku wewnętrznego, a co za tym idzie. K.M.B.S.P. nie bierze odpowiedzialności za ich poprawność, oraz nie mogą być traktowane jako dowód w przypadku jakichkolwiek wątpliwości dotyczących specyfikacji technicznej urządzeń. Zgodnie z powyższym wykonawca ten oświadczył, że w dokumencie „B. 223/283/363/423 Product Guide” dostarczonym przez oferenta znajduje się błąd dotyczący wspomnianego wyżej szyfrowania.

Izba ustaliła, iż w dokumentacji postępowania znajduje się dostarczony przez wykonawcę D. Spółka z o.o. wraz z pismem z dnia 08.09.2016 r. wraz z tłumaczeniem stron dotyczących spornego parametru dokument pt. „B. 223/283/363/423 Product Guide”, w którym na stronie 38 w tabeli Security Features została wykazana pozycja HDD data encryption (AES 256) – tłumaczenie str. 65 załącznika do pisma „Cechy układu/Bezpieczeństwo: Szyfrowanie danych na dysku (AES 256)”.

W ramach korespondencji mailowej skierowanej do Zamawiającego (wpływ dnia 12.09.2016 r.) Odwołujący wskazał, że w nawiązaniu do rozmowy i zgodnie z ustaleniami w załączeniu przesyła uzupełnienie do dokumentacji złożonej w dniu 09.09.2016 r. dotyczące złożonego przez Niego odwołania, w tym dokument ze specyfikacją techniczną dysku C. MX 200 SSD 250 GB. Wskazał również, że został przez D. Spółka z o.o. wykonany test na KM biz hub 363 i wszystko działa prawidłowo, maszyna widzi dysk, sformatowała go i zapisuje/odczytuje dokumenty. Ponadto wskazał, że w załączeniu przekazuje ulotkę, że dysk ma sprzętowe szyfrowanie AES-256. Do ww. korespondencji została dołączona ulotka w języku angielskim dla urządzenia „C. MX200 Solid State Drive” z której wynika, że w ramach funkcji „Hardware Encryption” posiada parametry „AES 256-bit encryption”.

Zamawiający pismem z dnia 13.09.2016 r. poinformował wykonawcę D. Spółka z o.o., w odpowiedzi na pismo ww. wykonawcy, iż podtrzymuje swoją decyzję w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wykonawcy D. Spółka z o.o. Jednocześnie wskazał, że zwrócił się do przedstawiciela firmy K.M. w Polsce – K.M.B.S.P. Spółka z o.o. z prośbą o wydanie opinii technicznej w zakresie poziomu szyfrowania danych przez urządzenia K.M. B. 363 wskazując, iż ogólnopolski przedstawiciel producenta zaoferowanego przez D. Spółka z o.o. urządzenia wskazał, że w dokumencie „B. 223/283/363/423 Product Guide” znajduje się błąd dotyczący wspomnianego wyżej szyfrowania, a urządzenia K.M. B. 363 posiada szyfrowanie AES 128 bit.

Odwołujący w dniu 16.09.2016 r. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i nieuzasadnione przyjęcie, że oferta złożona przez Zamawiającego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie szyfrowania dysku,
- art. 87 ust. 1 PZP poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i nie zażądanie wyjaśnień od odwołującego dotyczących treści oferty w zakresie szyfrowania dysku,
- art. 7 ust. 1 i 3 poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż jeden z wykonawców, biorących udział w postępowaniu wydaje opinię techniczną o zgodności oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż osią sporu pomiędzy stronami w ramach niniejszego postępowania odwoławczego jest kwestia, czy zaoferowane przez Odwołującego w toku postępowania urządzenia K.M. B. 363 spełnia wymóg Zamawiającego odnoszący się do szyfrowania danych na poziomie AES 256 bit. W ocenie Odwołującego zaoferowane urządzenie spełnia ten wymóg, na co wskazuje m.in. dokumentacja producenta „B. 223/283/363/423 Product Guide”. Ponadto Odwołujący wskazał, iż poziom szyfrowania z kluczem AES 256 bit umożliwia również wskazany przez Niego dysk twardy C. MX 200 SSD 250 GB, poprawnie współpracujący z oferowanym urządzeniem, zaś w tym zakresie nie doszło do zmiany treści oferty Odwołującego. W ocenie Zamawiającego oraz Przystępującego oferowane przez Odwołującego urządzenia nie spełniają wymogu poziomu szyfrowania na poziomie AES 256 bit, zaś przedłożona przez Odwołującego dokumentacja producenta w tym zakresie zawiera błędy, przy jednoczesnym wskazaniu, że z innych dostępnych dokumentów producenta oraz oświadczenia tego ostatniego wynika, że urządzenie to

dysponuje możliwością szyfrowanie danych na poziomie AES 128 bit, zaś w zakresie wskazanego przez Odwołującego dysku twardego C. MX 200 SSD 250 GB doszło do zmiany treści oferty i pierwotnie wskazane w ofercie urządzenia nie było wyposażone w ten dysk (Odwołujący nie oferował na dzień składanie ofert wersji zmodyfikowanej urządzenia wyposażonego w powyższy dysk).

Mając na uwadze powyższe Izba, poddając analizie dowody zgłoszone w toku rozprawy przez Odwołującego i Przystępującego K.M.B.S.P. Spółka z o.o. oraz zgromadzone dokumenty na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (odnoszące się do parametru szyfrowania danych urządzenia K.M. B. 363), jak również wniosek Odwołującego o powołanie eksperta uznała, że zaszła konieczność powołania dowodu z opinii biegłego mającego na celu ustalenie i ocenę stanu faktycznego przy wykorzystaniu wiadomości specjalnych.

W tak zakreślonych ramach sporu ustalenia wymaga, z jakim świadczeniem w ramach przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w niniejszym przypadku, jakie elementy oferty były wymagane przez Zamawiającego, jakie był cel postawionych wymagań, jaka była treść oferty Odwołującego w zakresie oferowanych urządzeń oraz czy doszło do zmiany jej treści w tym zakresie, a jeżeli tak, jaki skutek należy wiązać z dokonaną zmianą.

Odpowiadając na tak postawione kwestie wskazać należy, iż przedmiotem zamówienia w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są usług związane z utworzeniem w jednostkach podległych zamawiającemu systemu wydruku centralnego. Analizując w sposób szczegółowy zakres przedmiotowy określony przez Zamawiającego wskazać należy, że Zamawiający w ramach świadczonej usługi wymagał udostępnienia mu określonych urządzeń wraz z oprogramowaniem celem uzyskania założonych przez siebie efektów. Z powyższego wynika, iż przedmiotem zamówienia nie są dostawy urządzeń o określonych parametrach i faktu tego nie zmienia okoliczność, że w ramach wynagrodzenia Zamawiający przewidział czynsz dzierżawny, czy też używał przy opisie niektórych czynności realizowanych na etapie wykonania umowy pojęcia „dostawa”. Tym samym, w ocenie Izby, nie służyć na uznanie argumenty Przystępującego i Zamawiającego odnoszące się do zmiany treści oferty, jak również argumenty związane z brakiem tożsamości przedmiotowej zaoferowanego urządzenia. Powyższe wynika z faktu, iż istotą tego rodzaju usług jest bowiem to aby wykonawcy w całym okresie obowiązywania umowy umożliwiali przy użyciu udostępnionego zamawiającemu sprzętu realizację pewnych czynności, którymi w tym wypadku są czynności drukowania, skanowania oraz śledzenia ilości wydruków. Z funkcjonalnego punktu widzenia bez znaczenia zatem pozostaje okoliczność w jaki sposób

dojdzie do realizacji tej usługi, przy użyciu jakiego sprzętu i jakich rozwiązań informatycznych zapewniony zostanie standard tej usługi. Jedynym miernikiem jakości w tym wypadku jest utrzymanie w całym okresie obowiązywania umowy założonych przez zamawiającego standardów – i pod takim kątem winny być też oceniane wymagania odnoszące się do rodzaju urządzeń przewidzianych do realizacji usługi. Wszakże za naturalną należy uznać możliwość wymiany sprzętu (egzemplarza określonego urządzenia) przeznaczonego do realizacji usługi w trakcie jej trwania, czy to ze względów eksploatacyjnych, czy też ekonomicznych. Zamawiający w treści umowy przewidział taką możliwość wprost (w zakresie tego samego modelu), zaś w wyjątkowych wypadkach umożliwił nawet wymianę na inny model (zastąpienie modelu nieprodukowanego modelem nowszym lub innym modelem – jeżeli ich parametry są nie gorsze niż zaoferowane w ofercie). Powyższe oznacza, że Zamawiającemu co do zasady zależy przede wszystkim na utrzymaniu pewnego założonego poziomu realizacji usługi, zaś walory i cechy sprzętu służące do jej realizacji mają znaczenie drugorzędne (wtórne) – o ile nie będą negatywnie wpływały na samą jakość świadczonej usługi.

Przy tak rozumianym znaczeniu tożsamości przedmiotowej oferowanych urządzeń nawet ewentualna zmiana dysku twardego oferowanego i zidentyfikowanego co do nazwy producenta (Konika Minolta) oraz modelu (B. 363) urządzenia nie może być rozumiana jako zmiana treści oferty, która stała się podstawą argumentacji Zamawiającego oraz Przystępującego. Wskazać bowiem należy, iż wymiana nośników (w każdym przypadku konieczności wyniesienia urządzenia poza lokal Zamawiającego, w przypadku dostarczenia do tego lokalu nowego urządzenia lub jego wymiany spowodowanej awarią) została wprost przewidziana w treści SIWZ (Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia ust. 1 pkt 6 i 7) oraz załączniku nr 2 do SIWZ, tj. wzorcu umowy (§ 2 „Zasady Realizacji Umowy” pkt 18). Mając na uwadze postanowienia SIWZ oraz postanowienia wzoru umowy każde dostarczane urządzenie musi być pod nadzorem Zamawiającego wyposażone w nowy nośnik, zaś każde opuszczające lokal Zamawiającego powinno być pod nadzorem tego ostatniego pozbawione nośnika, który ma zostać protokolarnie Zamawiającemu przekazany. Wskazać również należy, iż same nośniki danych od momentu udostępnienia urządzeń Zamawiającemu stają się własnością tego ostatniego i funkcjonują w znaczeniu prawnym jako niezależny i odrębny od urządzenia element. W tak ustalonych warunkach realizacji tego świadczenia, tj. usługi będącej przedmiotem postępowania, wskazanie przez Odwołującego, że zamierza wyposażyć zadeklarowane przez siebie urządzenia w samoszyfrujące dyski C. MX 200 stanowi o specyfice złożonej przez tego wykonawcę oferty.

Powyższe zatem oznacza, iż nośniki danych znajdują się pod szczególnym nadzorem Zamawiającego funkcjonując w zasadzie odrębnie od urządzeń przewidzianych do realizacji świadczenia. Powyższe oznacza również, iż tożsamości przewidzianych do realizacji usługi

urządzeń nie można utożsamiać i opierać na tożsamości nośników, w które mogą być one wyposażone. Ewentualna zmiana nośnika danych, w ocenie Izby, nie stoi na przeszkodzie ustaleniu z jakim urządzeniem mamy do czynienia i w tym znaczeniu nie przesądza o zmianie treści oferty Odwołującego.

Powyższe jest również wynikiem faktu, na co zwrócił również uwagę biegły w ramach sporządzonej opinii oraz co stanowiło podstawę powołania dowodu z opinii biegłego, iż w obiegu funkcjonują wytworzone przez producenta dokumenty odnoszące się do urządzenia K.M. B. 363 zawierające rozbieżności co do poziomu szyfrowania oferowanego przez to urządzenie. Na takie założenia wpływa również okoliczność, że istnieją znaczne trudności w jednoznacznej identyfikacji poziomu szyfrowania danych na dysku realizowanego przez fabrycznie skonfigurowane urządzenie K.M. B. 363.

Mając na uwadze powyższe oraz w związku z trudnościami w ocenie przedstawionego przez Strony oraz Przystępującego materiału dowodowego zachodziła konieczność powołania dowodu z opinii biegłego celem ustalenia stanu faktycznego i oceny tego stanu przy użyciu wiadomości specjalnych. Biegły w ramach opinii potwierdził przypuszczenia Odwołującego związane z trudnością ustalenia, jakie rzeczywiście parametry w zakresie szyfrowania danych oferuje urządzenie K.M. B. 363, oraz ustalił, że wskazany przez Odwołującego dysk C. MX 200 poprawnie współpracuje z urządzeniem K.M. B. 363. W tym zakresie Izba sporządzoną opinię uznała za jednoznaczną, pełną i logiczną co do podstawowych ustaleń biegłego związanych z badaniem okazanego urządzenia. Izba uznała również, iż dokonane przez biegłego ustalenie pozwalają na rozstrzygnięcie zaistniałych w toku postępowania odwoławczego wątpliwości. Izba ponadto za wiarygodne i spójne uznała wyjaśnienia przedstawione przez biegłego w ramach ustnej opinii uzupełniającej oraz odpowiedzi na pytania (rozprawa z dnia 29.11.2016 r.), z których wynika, iż po zaprogramowaniu dysku C. MX 200 i uruchomieniu na nim przy użyciu dedykowanego oprogramowania mechanizmu szyfrowania funkcję tę realizuje on samoistnie po podłączeniu do urządzenia, zaś uruchomienie tej funkcji nie będzie miało wpływu na jego współpracę z urządzeniem K.M. B. 363 – a zatem współpraca ta będzie się odbywała bez zakłóceń, co potwierdziły dokonane przez biegłego testy. Powyższe, w ocenie Izby, jest spójne z informacjami wykazanymi na podstawie przedłożonego przez Przystępującego dowodu z dokumentu, w postaci informacji producenta dysku C. MX 200 (wydruk informacyjny ze strony internetowej [www.formum.C.com/t5/C.-SSDs/An-introduction-to-hardw](http://www.formum.C.com/t5/C.-SSDs/An-introduction-to-hardw).. zatytułowany „An introduction to hardware encryption” (wydruk z dnia 24.11.2016 r. godz. 13:48) wraz z jego tłumaczeniem), w którym wskazano sposób uruchomienia funkcji szyfrowania danych na tym dysku. W ocenie Izby dowody te są spójne i prowadzą do tożsamyh i jednoznacznych wniosków.

Przechodząc od powyższych ogólnych rozważań do przypadku objętego niniejszym postępowaniem odwoławczym wskazać należy, iż Odwołujący jest w stanie zapewnić oczekiwany przez Zamawiającego standard odnoszący się do poziomu szyfrowania danych w dostarczonych urządzeniach wielofunkcyjnych. Powyższe w sposób jednoznaczny potwierdza sporządzona na potrzeby niniejszego postępowania opinia biegłego, który stwierdził, że wyposażenie przewidzianych przez Odwołującego urządzeń wielofunkcyjnych w dysk marki C. MX 200 gwarantuje zachowanie szyfrowania na oczekiwanym poziomie (AES z kluczem 256 bit). Jak wyżej wskazano biegły w trakcie dokonanych oględzin urządzenia stwierdził poprawność komunikacji pomiędzy przewidzianym do realizacji usługi przez Odwołującego urządzeniem wielofunkcyjnym a wskazanym przez Niego dyskiem oraz ustalił, iż dysk ten gwarantuje możliwość szyfrowania danych na poziomie AES 256 bit. Izba mając na względzie stanowisko Przystępującego wskazuje, iż poziom szyfrowania danych na poziomie AES 256 bit jest immanentną cechą dysku C. MX 200 wskazaną przez jego producenta i co do zasady nie kwestionowaną przez Zamawiającego i Przystępującego. Powyższe założenie potwierdził, jak również przyjął za podstawę opinii biegły – Izba zaś uznała je za w pełni dopuszczalne ze względu na rodzaj badanej materii. W ocenie Izby doświadczenie życiowe bowiem wskazuje, iż brak jest możliwości empirycznej weryfikacji tego parametru, gdyż dokonywany on jest na poziomie logicznym i tylko na tym poziomie może być zweryfikowany. W toku rozprawy mającej miejsce dnia 29.11.2016 r. biegły wskazał, iż koszt weryfikacji tego parametru jest niezwykle wysoki, zaś swoje ustalenia oparł na jednoznacznych deklaracjach i gwarancjach producenta dysku C. MX 200.

Tym samym Izba w oparciu o przeprowadzony dowód ustaliła, iż Odwołujący jest w stanie realizować na rzecz Zamawiającego usługę o cechach przez Niego pożądanym i tym samym odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było czynnością pozbawioną podstaw faktycznych i prawnych.

W zakresie podnoszonej przez Zamawiającego oraz Przystępującego zmiany treści oferty oraz braku tożsamości oferowanego urządzenia Izba uznała, iż obowiązkiem Zamawiającego było na mocy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp usunąć istniejące wątpliwości, których powstanie miało swoje źródło w rozbieżnościach przedstawionej Zamawiającemu w toku postępowania dokumentacji. Powyższe ma swoje źródło w postanowieniach SIWZ odnoszących się do zakresu przedmiotowego świadczenia, jego rodzaju, jak również postanowieniach odnoszących się do postępowania z nośnikami danych.

Mając na uwadze postanowienia Rozdziału III „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 1 pkt 5 - 7 oraz § 2 „Zasady Realizacji Umowy” pkt 18 wzoru umowy odnoszące się do dysków twardych wskazać należy, iż rozwiązanie zaoferowane przez Odwołującego najlepiej odpowiada



potrzebom Zamawiającego w zakresie szyfrowania danych. Jak oświadczył Zamawiający na rozprawie na pytanie Izby, i co wynika z wykładni celowościowej ww. postanowień, szyfrowaniu będą podlegały jedynie dane zapisywane na dyskach. Nie istnieje bowiem konieczność szyfrowania danych na etapie ich transmisji, gdyż Zamawiający nie przewiduje, poza danymi odnoszącymi się do organizacyjnych aspektów świadczonej usługi (zakres ilościowy wydruku), ich transmitowania poza poszczególne jednostki organizacyjne. Tym samym jeżeli w rozwiązaniu zaproponowanym przez Odwołującego szyfrowanie zapewnia sam dysk twardy i jest ono niezależne od procesu szyfrowania danych realizowanego przez urządzenie dane te będą zabezpieczone w wyższym stopniu, gdyż z postanowień SIWZ oraz wzoru umowy wynika, że zabezpieczenie to odnosi się również do samego wykonawcy, tj. dane mają być również dla niego niedostępne. Gdyby to urządzenie realizowało w całości proces szyfrowania danych wymóg ten nie byłby spełniony w takim zakresie jak w przypadku niezależnego dysku samoszyfrującego dla którego Zamawiający może skonfigurować samodzielnie przy użyciu dedykowanego oprogramowania dostęp do danych, w tym uruchomić proces szyfrowania i następnie uchronić dane przed ingerencją osób nieuprawnionych, w tym personelem wykonawcy, zaś po zakończeniu realizacji usługi przejąć nośniki danych i wykorzystywać je w sposób przez siebie preferowany, w tym samodzielnie dokonać formatowania dysków, ich kopiowania lub odtwarzania dokonanych na nich zapisów. Jak wynika z postanowień SIWZ tak zabezpieczony przez Zamawiającego nośnik danych zostaje w siedzibie Zamawiającego przekazany wykonawcy celem jego zainstalowania w dostarczonym urządzeniu i nie może być zarówno osobno, jak również wraz z urządzeniem wnoszony poza jego siedzibę. W zakresie dysku wskazać należy powtórnie, iż od momentu dostarczenia urządzeń do siedziby Zamawiającego stają się one Jego własnością.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż charakter świadczenia (usługa), sposób jego realizacji, w tym w szczególności sposób postępowania z nośnikami danych spowodowały, iż zaoferowane przez Odwołującego urządzenie K.M. B. 363 we współpracy ze wskazanym dyskiem samoszyfrującym C. MX 200 spełnia wskazany przez Zamawiającego wymóg szyfrowania na poziomie AES kluczem minimum 256 bit, Jednocześnie Izba uznała, iż nie doszło do zmiany treści oferty Odwołującego i do zmiany zaoferowanego urządzenia, a zatem Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkr 2 ustawy Pzp i sporną kwestię, przy uwzględnieniu rozbieżności istniejących w dostępnej i przekazanej Zamawiającemu dokumentacji technicznej, winien wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający, opierając swoje decyzje tylko i wyłącznie na informacjach otrzymanych od Przystępującego, a więc podmiotu zainteresowanego w

określonym rozstrzygnięciu, naruszył również zasady wyrażone w treści art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

