

Sygn. akt: KIO 577/15

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2015 r. przez wykonawcę **CEZAR C. M. i P. G. Sp.j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Pilchowice, ul. Damrota 6, 44-145 Pilchowice**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, tj. Gminie Pilchowice, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz czynności odrzucenia oferty wykonawcy CEZAR C. M. i P. G. Sp.j. i nakazuje Zamawiającemu ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wskazanego wykonawcy;**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Pilchowice, ul. Damrota 6, 44-145 Pilchowice** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **CEZAR C. M. i P. G.a Sp.j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 zasądza od **Gminy Pilchowice, ul. Damrota 6, 44-145 Pilchowice** na rzecz wykonawcy **CEZAR C. M. i P. G. Sp.j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 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 Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Pilchowice (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Zakup sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem dla 35 gospodarstw domowych w Gminie Pilchowice w ramach projektu „Z komputerem na TY – przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Pilchowice”*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 lutego 2015 r., poz. 43664.

W postępowaniu tym wykonawca CEZAR C. M. i P. G. Sp.j. z siedzibą w Radomiu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 marca 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesionego odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 17 marca 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 25 marca 2015 r. Do upływu terminu, tj. do dnia 28 marca 2015 r., żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie wpłynęło do Prezesa Izby.

Izba, po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem, skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 1 kwietnia 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy jej treść odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców

oraz z ostrożności:

- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, alternatywnie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wydruku testu CPU PASSMARK, który w ocenie Zamawiającego był błędny albo do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym tego dokumentu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na stwierdzone niezgodności z SIWZ:

- (i) brak aktualnej daty w teście CPU PASSMARK,
- (ii) oprogramowanie biurowe Office jest niezgodne z przedmiotem zamówienia, gdyż zaproponowane przez Odwołującego oprogramowanie Office Home&Student 2013 nie może być przekazane przez Zamawiającego osobie trzeciej, tj. uczestnikowi programu, pn. *„Z komputerem na TY - przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Pilchowice”*. Zamawiający wskazał, iż prawidłowa licencja zgodna ze zmienionym opisem przedmiotu zamówienia to minimum Microsoft Office Standard 2013 z licencją Rental Rights oraz
- (iii) załączony do oferty Odwołującego załącznik nr 6 do SIWZ - formularz ofertowy nie jest zgodny z zamieszczonym przez Zamawiającego wzorem, brakuje w nim zapisu *„*podać nazwę i parametry, numery części katalogowych sprzętu oraz szczegółowo opisać parametry techniczne w taki sposób; aby jednoznacznie wskazywały jeden model oferowanego sprzętu ze wszystkimi niezbędnymi opcjami”*.

Odwołujący nie zgodził się z powyższym, gdyż:

- (i) załączony do jego oferty test CPU PASSMARK wskazuje, iż wynik testu prezentowany jest na dzień 4 marca 2015 r.,

(ii) zaoferowane oprogramowanie biurowe Office Home&Student 2013 jest oprogramowaniem równoważnym do Microsoft Office 2013, bowiem spełnia warunki równoważności opisane przez Zamawiającego w odpowiedziach do SIWZ z dnia 6 marca 2015 r. oraz

(iii) załączony do oferty załącznik nr 6 do SIWZ - formularz cenowy (dalej jako: „Formularz cenowy”) jest zgodny z wzorem załącznika nr 6 do SIWZ zamieszczonym przez Zamawiającego, tj. zawiera wszystkie niezbędne dane wymagane przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Co do testu procesora CPU PASSMARK podkreślił, że zgodnie z Rozdziałem 9 ust. 6 lit. a) tiret pierwsze SIWZ, Zamawiający wymagał, aby w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, wykonawca dla komputera stacjonarnego opisanego w załączniku nr 4 do SIWZ załączył do oferty aktualny wydruk ze strony http://cpubenchmark.net/cpu_list.php. potwierdzający wynik testu wydajności Passmark CPU Mark, na którym musi znajdować się data wydruku z przeglądarki internetowej. Jednocześnie w załączniku nr 4 do SIWZ w pozycji „Procesor” wskazano, iż oferowany procesor powinien posiadać wydajność na poziomie co najmniej 6690 punktów, wynik testu powinien być aktualny, tj. nie powinien być starszy niż 3 miesiące licząc od daty składania ofert oraz dopuszczono wydruk testu w języku angielskim. Według Odwołującego analiza zapisów SIWZ wskazuje, że Zamawiający określając, iż wyniki testu CPU PASSMARK nie mogą być starsze niż 3 miesiące licząc od dnia składania ofert, miał na celu uzyskanie wyników testu procesorów, które będą prezentowały wydolność poszczególnych procesorów nie później niż na dzień 11 grudnia 2014 r. Odwołujący, w celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku, załączył do oferty wydruk (w wersji anglojęzycznej) ze strony http://cpubenchmark.net/cpu_list.php prezentujący wynik testu CPU PASSMARK dla zaoferowanego procesora Intel Core i5-4460@3.20Ghz, który uzyskał wynik wydajności na poziomie 6704 punktów. Podkreślił jednocześnie, że z treści niniejszego dokumentu wynika, iż prezentuje on wyniki testu CPU PRESS MARK na dzień 4 marca 2015 r. Jako dowód w sprawie przedstawił wydruk ze strony http://cpubenchmark.net/cpu_list.php prezentujący wynik testu CPU PASSMARK dla zaoferowanego procesora Intel Core i5-4460@3.20Ghz. Nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że wydruk testu dla oferowanego przez niego procesora, nie pozwala stwierdzić jaka jest data wydruku niniejszego dokumentu z przeglądarki internetowej. Podkreślił, że szczegółowa weryfikacja niniejszego dokumentu pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż prezentuje on wyniki testów wydolności owych wymienionych tam procesorów, w tym procesora oferowanego przez Odwołującego na dzień 4 marca 2015 r., co oznacza, że niniejszy dokument nie mógł być

wydrukowany ze wskazanej strony internetowej przed dniem 4 marca 2015 r., ani też po dniu 11 marca 2015 r., tj. po dniu składania ofert, ponieważ Odwołujący załączył niniejszy dokument do oferty złożonej w postępowaniu. Oznacza to, iż Odwołujący musiał wydrukować niniejszy dokument pomiędzy dniem 4 marca 2015 r., a dniem 11 marca 2015 r., co wskazuje na „aktualność wydruku” wymaganego przez Zamawiającego dokumentu. Dodatkowo wskazał, że jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do prawidłowości wskazanego powyższej dokumentu, powinien skorzystać z uprawnień przewidzianych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp albo w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i odpowiednio wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu prawidłowego lub złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie.

Co do kwestii oprogramowania biurowego Office wskazał, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest współfinansowane ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013, działanie 8.3. - Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu – eInclusion. Podkreślił, że w ramach tego programu Zamawiający otrzymał środki na zakup 35 szt. sprzętu komputerowego wraz z odpowiednim oprogramowaniem (35 szt. oprogramowania: biurowego, antywirusowego i rodzicielskiego) i dostawę internetu do 35 gospodarstw domowych wybranych na podstawie regulaminu projektu. Wskazał, że zgodnie z dokumentami zamieszczonymi na stronie internetowej dotyczącej projektu wskazany powyższej sprzęt ma być przekazany beneficjentom ostatecznym na podstawie umowy użyczenia, która w § 1 ust. 4 wskazuje, iż przedmiotem umowy jest bezpłatne użyczenie sprzętu, o którym mowa w ust. 2 oraz dostępu do internetu. Jako dowód w sprawie przedłożył wzór umowy użyczenia sprzętu komputerowego w ramach projektu. Podkreślił, że Zamawiający w pozycji „Oprogramowanie biurowe” załącznika nr 4 do SIWZ (w wersji zmodyfikowanej w dniu 5 marca 2015 r.) oraz w odpowiedzi na pytanie nr 21 do SIWZ z dnia 6 marca 2015 r. wskazał, iż wykonawcy są zobowiązani zaoferować 35 szt. oprogramowania biurowego Microsoft Office Standrad 2013 PL - Rental Rights lub równoważnego. Zamawiający w dalszej części tabeli, a także w odpowiedziach do SIWZ, wskazał co należy rozumieć przez oprogramowanie równoważne. Podkreślił, że Zamawiający nie wskazał jednak, w jaki sposób przedmiotowy sprzęt będzie przekazywany beneficjentom ostatecznym oraz nie określił wprost jakie warunki powinna spełniać licencja, aby - w ocenie Zamawiającego - spełniać wymogi SIWZ, a także jaka licencja może być uznana za równoważną, tak, aby możliwe było użyczenie systemu podmiotowi trzeciemu, tj. beneficjentowi ostatecznemu. Wskazał, że biorąc pod uwagę dokumentację dotyczącą projektu, przekazanie sprzętu będzie odbywało się w ramach bezpłatnego użyczenia. Powołując się na informacje dostępne na oficjalnej stronie internetowej producenta

oprogramowania, w tym warunków licencji, stwierdził, iż licencja Rental Rights pozwala przedsiębiorcom prowadzącym działalność gospodarczą na udostępnianie oprogramowania osobom trzecim w formie odpłatnej w postaci wynajmu, leasingu, wypożyczenia i outsourcingu, przy czym warunki tejże licencji nie wskazują na konieczność jej posiadania w przypadku bezpłatnego użyczenia podmiotowi trzeciemu łącznie z komputerem, na którym zainstalowano niniejsze oprogramowanie. W analizowanym stanie faktycznym, Odwołujący podkreślił, że w pozycji 6 formularza cenowego, sporządzonego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ wskazał, iż oferuje oprogramowanie Microsoft Office Home and Student 2013 Polish + Microsoft Publisher 2013, zaś Zamawiający po dokonaniu badania i oceny oferty Odwołującego wskazał, iż oprogramowanie biurowe Office jest niezgodne z przedmiotem zamówienia, gdyż oprogramowanie to nie może być przekazane przez Zamawiającego osobie trzeciej, tj. beneficjentowi ostatecznemu. W związku z powyższym wskazał, że spór w przedmiotowym postępowaniu dotyczy oceny, czy standardowo oferowana licencja przez Microsoft, tj. licencja OEM, oferowana do pakietu Microsoft Office 2013, spełnia wymogi SIWZ, tj. umożliwia użyczenie systemu beneficjentowi ostatecznemu. Powołał się na umowę licencyjną dotyczącą oprogramowania Microsoft, zawartą na oficjalnej stronie internetowej producenta oprogramowania. W jego ocenie licencja OEM reguluje zasady korzystania z oprogramowania Microsoft Office 2013, w tym z wersji oprogramowania Home & Student 2013 i na podstawie tejże umowy licencjobiorca, tj. w niniejszym stanie faktycznym - Zamawiający, ma prawo do uruchomienia wyłącznie na jednym komputerze, z którym licencjobiorca uzyskał oprogramowanie, jednej kopii oprogramowania w celu korzystania z niej przez jedną osobę jednocześnie. Licencja na oprogramowanie nie zezwala na instalację oprogramowania na serwerze lub korzystanie z niego przez inne komputery lub urządzenia podłączone do serwera za pomocą sieci wewnętrznej lub zewnętrznej, a także nie zezwala na świadczenie komercyjnych usług hostingowych. Jednocześnie wskazał, że licencja OEM daje możliwość licencjobiorcy przekazania oprogramowania bezpośrednio osobie trzeciej wyłącznie w postaci oprogramowania zainstalowanego na licencjonowanym komputerze wraz z etykietą certyfikatu autentyczności oraz umową licencyjną. W szczególności niniejsza licencja nie przyznaje licencjobiorcy prawa i nie zezwala na: publikowanie, kopiowanie (z wyłączeniem kopii zapasowej dozwolonej na mocy niniejszej umowy), wypożyczenie, wynajmowanie lub wdzierżawianie oprogramowania, jego przenoszenie (poza dozwolonymi przypadkami opisanymi w niniejszej umowie), podejmowanie prób obejścia technicznych zabezpieczeń oprogramowania, odtwarzanie, dekompilowanie lub dezasemblowanie oprogramowania, chyba że mimo braku takiego zezwolenia ze strony Microsoft, jest to dozwolone na mocy przepisów prawa obowiązującego w miejscu zamieszkania licencjobiorcy. Jako dowód

przedstawił umowę licencyjną dotyczącą oprogramowania Microsoft pobraną ze strony internetowej producenta. Według niego brak określenia przez Zamawiającego w postępowaniu, jakie obowiązkowo zapisy powinna posiadać licencja, aby móc ją uznać za zgodną z wymaganiami SIWZ i jakie postanowienia powinna zawierać licencja równoważna, wskazuje, iż zaoferowana przez Odwołującego licencja OEM spełnia wymagania Zamawiającego, gdyż umożliwia użyczenie oprogramowania beneficjentowi ostatecznemu wraz z komputerem. W świetle braku takich postanowień, według niego, należy brać pod uwagę cel niniejszego postępowania. Przedmiotem umowy jest bezpłatne użyczenie sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem oraz dostępem do internetu, zaś działalności Zamawiającego polegającej na zakupie sprzętu komputerowego wraz z niezbędnym oprogramowaniem i przekazaniu go beneficjentom ostatecznym, nie można w żaden sposób zakwalifikować jako najem, leasing, pożyczkę lub inną formę płatnego udostępniania sprzętu w celach komercyjnych. Według niego w sytuacji, gdyby Zamawiający w sposób wyraźny opisał w postępowaniu cel, jaki ma być realizowany dzięki licencji Rental Rights, wówczas oprogramowanie biurowe zaoferowane przez Odwołującego, nie mogłoby być uznane za równoważne. W związku z brakiem powyższych zapisów oraz faktu, iż licencja OEM umożliwia Zamawiającemu udostępnienie podmiotom trzecim, tj. beneficjentom ostatecznym, oferowanego sprzętu komputerowego, jego zdaniem, nie można stwierdzić, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Według Odwołującego powyższe znajduje również uzasadnienie w stanowisku Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji (dalej: „MAC”), będącym odpowiedzią na pytanie jednej z gmin prowadzących postępowanie w ramach Programu w zakresie dotyczącym licencji Rental Rights. MAC stwierdziło, iż konieczność ponoszenia kosztów licencji Rental Rights dotyczy wyłącznie sytuacji, w których nabywca jakiegokolwiek licencji firmy Microsoft w celach komercyjnych, umożliwia osobom trzecim korzystanie z nich, poszerzając liczbę użytkowników korzystających z licencji. W przypadku jednostek samorządu terytorialnego, które jedynie użyczają jednostki komputerowe wraz z oprogramowaniem do wyłącznego użytku prywatnego osób fizycznych - beneficjentów ostatecznych, nie można jego zdaniem mówić, iż takie udostępnienie komercyjne ma miejsce. Sytuacja przekazania tego sprzętu beneficjentom ostatecznym, w ocenie MAC, nie różni się niczym od sytuacji, w której z takiego oprogramowania korzystałyby inne osoby uprawnione przez taką jednostkę (np. jej pracownicy). W związku z powyższym według niego cel przedmiotowego zamówienia zostanie zrealizowany również przy pomocy licencji OEM, która umożliwia przekazywanie sprzętu przez licencjobiorcę, tj. Zamawiającego podmiotom trzecim, tj. beneficjentom ostatecznym. Przedłożył jako dowód w sprawie korespondencję mailową MAC w sprawie licencji Rental Rights. Podniósł też, że zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy

Pzp, a opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby Zamawiającego, umożliwi wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo. Wskazał, że o ile Zamawiający oczekiwał wskazania licencji Rental Right lub równoważnej w ofercie wykonawcy, winien był zamieścić w SIWZ opis warunków tej licencji, aby nie było wątpliwości co należy rozumieć pod pojęciem równoważności. Zamawiający zaś nie może obarczać Odwołującego negatywnymi konsekwencjami niejasności i nieścisłości SIWZ, a z powyższym - w jego ocenie - mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Jego zdaniem w związku z tym, iż zaoferował w postępowaniu oprogramowanie Office Home & Student 2013, które spełnia wszystkie warunki równoważności określone w załączniku nr 4 do SIWZ (w wersji zmodyfikowanej z dnia 5 marca 2015 r.) i odpowiedziach do SIWZ z dnia 6 marca 2014 r., a oferowana licencja umożliwia przekazanie oferowanego sprzętu beneficjentom ostatecznym w formie bezpłatnego użyczenia, spełniony zostaje cel postępowania. W jego ocenie zaoferowane przez niego oprogramowanie Office Home & Student 2013 oraz łącznie z nim - licencja OEM, spełnia wymagania Zamawiającego dotyczące równoważności oprogramowania określone w SIWZ oraz umożliwia przekazanie oprogramowania osobie trzeciej, tj. beneficjentom ostatecznym, zatem nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Co do kwestii formularza cenowego Odwołujący podkreślił, że formularz ten sporządził samodzielnie (do dnia 4 marca 2015 r. załączniki do SIWZ były zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w formacie *.pdf uniemożliwiającym ich edytowanie i wypełnianie). Formularz cenowy według niego został sporządzony zgodnie z treścią wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, stąd też odrzucenie oferty Odwołującego z powodu nie spełniania wskazanego wymogu - w jego ocenie - należy uznać za nieuzasadnione. Odwołujący wskazał, iż po analizie wersji edytowalnej Formularza cenowego, który załączył do oferty stwierdza, iż jest on w pełni zgodny z treścią załącznika nr 6 do SIWZ. W celu upewnienia się, iż Formularz cenowy zawiera wszystkie informacje zgodnie z wzorem, w tym wskazane powyżej w dniu 20 marca 2015 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o sporządzenie kopii i przesłanie w wersji elektronicznej Formularza cenowego stanowiącego część oferty Odwołującego. Podkreślił, że do dnia sporządzenia odwołania nie otrzymał odpowiedzi w powyższym zakresie. Niezależnie jednak od powyższego, podkreślił, iż brakująca informacja dotyczy sposobu wypełniania Formularza cenowego, tj. wskazuje w jaki sposób i jakie dane powinna zawierać pozycja „Opis rozwiązania” wskazana w kolumnie 3 tabeli tego formularza. Formularz cenowy zawiera wszelkie dane, które były wymagane zgodnie z tą instrukcją. Odwołujący podkreślił, że wskazał tam nazwę i parametry, numery części katalogowych sprzętu oraz szczegółowo opisał parametry

techniczne sposób, z którego jednoznacznie wynika, jaki sprzęt komputerowy wraz z oprogramowaniem został zaoferowany w postępowaniu. W związku z powyższym w jego ocenie brak takiej informacji, która ma charakter instrukcji dotyczącej wypełniania dokumentu, jest uchybieniem formalnym, które nie ma wpływu na treść oświadczenia woli wykonawcy, a zatem na merytoryczną treść oferty. Podkreślił, że o niezgodności formalnej możemy mówić wówczas, gdy oferta nie odpowiada przyjętemu przez Zamawiającego szablonowi, np. nie jest sporządzona na przygotowanym przez Zamawiającego formularzu ofertowym, niemniej jednak zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy. Tym samym podkreślił, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może być rozpatrywana jedynie w zakresie merytorycznej zawartości oferty, gdyż dyspozycja powyższego przepisu nie obejmuje sytuacji, gdy forma oferty nie jest zgodna z wzorcami określonymi w SIWZ. Odwołujący stwierdził, iż ewentualny brak niniejszej informacji jest niedopatrzeniem i na tej postawie Zamawiający nie mógł stwierdzić, iż oferta Odwołującego złożona w postępowaniu nie odpowiada treści SIWZ, zwłaszcza, iż szczegółowa analiza treści tego formularza cenowego wskazuje, iż zawarte w nim zostały wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego.

Co do naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Odwołujący podkreślił, że konsekwencją ww. uchybień Zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, dodatkowo przedkładając jako dowód w sprawie korespondencję mailową z Zamawiającym. Wskazał w tym zakresie, iż zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie Odwołującemu fragmentu jego oferty, tj. wydruku wymaganego testu i Zamawiający przesłał mu skan tego dokumentu, który jest czytelny i potwierdza datę testu na dzień 4 marca 2015 r. Jednocześnie też Odwołujący wskazał, że Zamawiający, szacując wartość przedmiotu zamówienia nie uwzględnił w tym zakresie kosztów licencji i na tę okoliczność przedstawił korespondencję mailową z Zamawiającym, który przedstawił mu na jego wniosek dokumenty związane z szacowaniem zamówienia, tj. dwie oferty cenowe od dwóch firm, gdzie w pozycjach szóstych obydwu ofert wskazuje się jedynie na koszt związany z oprogramowaniem MS Office 2013 w wersji podstawowej. Powyższe w ocenie Odwołującego wskazuje, że Zamawiający od początku nie przewidywał rozszerzenia licencji, gdyż taka licencja wiązałaby się z odpłatnością i powinna być uwzględniona w szacunku Zamawiającego, jeśli miałyby wchodzić w jego zakres. Odwołujący w efekcie wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów

postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku przedkładanego do akt sprawy.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Podkreślił tam, że poruszane przez Odwołującego w treści odwołania kwestie nie mają znaczenia dla sprawy, bowiem istotne jest w tym zakresie tylko to, jakie wymaganie ostateczne Zamawiający ustanowił. Nie są zatem istotne cele, dla których przetarg został zorganizowany i czy będzie nieodpłatnie użyczany czy wynajmowany za odpłatnością przedmiot zamówienia. Podkreślił, iż skoro Zamawiający wskazał, że zamierza zakupić w ramach postępowania Microsoft Office Standard z licencją Rental Rights, wykonawca winien sporządzić ofertę i kalkulację dla tego typu oprogramowania. Zamawiający podniósł, iż w toku postępowania powziął na skutek zapytań wykonawców informację, że dla danego projektu wymagane jest posiadanie Microsoft Office Standard z licencją Rental Rights. Jego zdaniem Odwołujący o tym wiedział, a mimo to celowo złożył ofertę z innym, znacznie tańszym oprogramowaniem nie odpowiadającym wymogom SIWZ. Podkreślił, że zawarcie umowy na niniejszy przedmiot zamówienia z Odwołującym spowodowałoby naruszenie praw innych oferentów, albowiem różnica w cenie oprogramowania to ok. 38 500 zł netto. Podniósł, że umowa użyczenia, na którą powołuje się Odwołujący, nie stanowiła dokumentacji przetargowej i nie może być dowodem w sprawie, tym bardziej, że jest to tylko wzór umowy, który Zamawiający zamierza zmodyfikować, również w zakresie związanym z formą przekazania sprzętu komputerowego uczestnikom programu. W związku z powyższym Odwołujący, według Zamawiającego, domniemał, zapoznając się ze wskazanym wzorem umowy, że Zamawiający przekaże sprzęt komputerowy uczestnikom programu nieodpłatnie. Podkreślił, że nawet jeśli tak będzie, to projekt jest przewidziany na dany czas określony, po którym sprzęt wraca do Zamawiającego, który może go przeznaczyć dla własnych celów niezwiązanych z projektem. W związku z tym - w ocenie Zamawiającego - zasadnym było żądanie licencji Standard z Rental Rights zamiast Home & Student. Podkreślił, że sprzęt komputerowy, który nieodpłatnie przekazany (użyczony) zostałby osobie fizycznej nie prowadzącej działalności gospodarczej i nie czerpiącej zysków z posiadanego sprzętu po 5 latach trwania projektu wróci do urzędu gminy i może być wykorzystywany na miejscu, stąd też wymagana jest licencja Standard, natomiast licencja Rental Rights wymagana jest również na okres trwania projektu, ponieważ Zamawiający użycza / wynajmuje sprzęt na jakiś czas. Według Zamawiającego zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie nie spełnia warunków równoważności, gdyż w jego ocenie z odpowiedzi na pytania i zmiany SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wynikało jednoznacznie, że wykonawca miał możliwość i czas

na przygotowanie oferty spełniającej wymogi SIWZ. Zamawiający wniósł też o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy wraz z odpowiedzią na odwołanie.

W toku rozprawy Zamawiający wniósł o oddalenie odwołanie i podtrzymał swoją argumentację, jednocześnie wskazując, iż co do kwestii związanej z brakiem aktualnej daty w treści CPU Passmarc w ofercie Odwołującego faktycznie data ta była wskazana, zatem w tym zakresie zarzut odwołania jest zasadny. Co do pozostałych dwóch podstaw odrzucenia oferty Odwołującego podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w informacji o wynikach postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, która została odrzucona. Wskazana czynność w sposób bezpośredni pozbawiała Odwołującego szansy na uzyskanie zamówienia i poniesienia przez niego w tym względzie wymiernej szkody związanej z udzieleniem niniejszego zamówienia innemu wykonawcy.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zamieszczenie ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień

Publicznych oraz jego zamieszczenie na tablicy ogłoszeń i stronie internetowej w dniu 26 lutego 2015 r. (pkt 5 protokołu z postępowania Druk ZP-PN).

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 11 marca 2015 r., do Zamawiającego w postępowaniu wpłynęły cztery oferty, w tym ofertę z najniższą ceną złożył Odwołujący.

Zamawiający w dniu 17 marca 2015 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy Alletech S.J. Z. P., A. P. z siedzibą w Płocku, jednocześnie informując o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzecznej z treścią SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał na trzy niezgodności tej oferty z treścią SIWZ:

- 1) brak aktualnej daty w teście CPU PASSMARK,
- 2) oprogramowanie biurowe Office jest niezgodne z przedmiotem zamówienia, gdyż Zamawiający zmienił wymagania poprzez dołączenie nowego opisu [przedmiotu zamówienia z dnia 5 marca 2015 r. i zaproponowane przez Odwołującego oprogramowanie Office Home & Student 2013 nie może być przekazane przez Zamawiającego osobie trzeciej, tj. uczestnikowi programu, pn. *„Z komputerem na TY - przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Pilchowice”*. Prawidłowa licencja zgodna ze zmienionym opisem przedmiotu zamówienia to minimum Microsoft Office Standard 2013 z licencją Rental Rights
- 3) załączony do oferty Odwołującego załącznik nr 6 do SIWZ - formularz ofertowy nie jest zgodny z zamieszczonym przez Zamawiającego wzorem, brakuje w nim zapisu *„*podać nazwę i parametry, numery części katalogowych sprzętu oraz szczegółowo opisać parametry techniczne w taki sposób; aby jednoznacznie wskazywały jeden model oferowanego sprzętu ze wszystkimi niezbędnymi opcjami”*.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego stała się podstawą zarzutów podniesionych przez Odwołującego w aktualnie rozpoznawanym przez Izbę odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutów odrzucenia oferty Odwołującego z powodu braku aktualnej daty w teście CPU PASSMARK, Izba uznała zarzut za zasadny.

W tym zakresie zresztą sam Zamawiający w toku rozprawy złożył oświadczenie do protokołu o zasadności tego zarzutu. Niemniej jednak, odnosząc się do niego, Izba stwierdziła, że zgodnie z wymogami SIWZ opisanymi w pkt 9.5 Zamawiający wymagał dołączenia do oferty przez wykonawców aktualnego wydruku ze strony potwierdzającego

wynik testu wydajności Passmark CPU Mark dla komputera stacjonarnego opisanego w załączniku nr 4 do SIWZ. W treści załącznika nr 4 do SIWZ, w wymogach dotyczących procesora, Zamawiający dookreślił wymogi dotyczące wskazanego testu, w tym wskazał co rozumie przez aktualność wydruku. Wskazał, że do oferty należy dołączyć aktualny wydruk ze strony potwierdzający wyniki testu, tj. nie starszy niż 3 miesiące, licząc od daty składania ofert, na którym to wydruku musi znajdować się data z przeglądarki. Odwołujący w swojej ofercie złożył wskazany wynik testu, na którym widnieje data z przeglądarki: 4 marca 2015 r.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Izby, niewątpliwym jest, że wskazany wymóg SIWZ odnoszący się do żądanego przez Zamawiającego w postępowaniu dokumentu przedmiotowego spełnia wymogi SIWZ co do aktualności. Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu ustalony został na dzień 11 marca 2015 r. Skoro zatem przedłożony wynik testu nosi datę: 4 marca 2015 r., wyniki testu potwierdzone zostały dokumentem nie starszym niż 3 miesiące od terminu składania ofert, ustalonym w niniejszym postępowaniu. Niezasadnie zatem Zamawiający uznał w tym zakresie, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z powodu zaoferowanego oprogramowania biurowego Office Home & Student 2013 jako sprzecznego z przedmiotem zamówienia z uwagi na to, iż nie może być przekazane przez Zamawiającego osobie trzeciej, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zamawiający w pierwotnych wymaganiach co do oprogramowania biurowego zawartych w załączniku nr 4 do SIWZ wskazał na pakiet biurowy Microsoft Office Home and Student 2013PL lub równoważny, wskazując jednocześnie, że równoważny tzn. zapewniający pełną funkcjonalność oraz wgląd dokumentów stworzonych przez Microsoft Office 2013, 2010, 2007, 2003, 2000 identycznie jak w Microsoft Office 2013, zapewniający poprawną obsługę nakładek systemowych w ramach aplikacji, które oferuje wiele aplikacji. Podkreślił, że dokument stworzony w równoważnym pakiecie biurowym powinny posiadać identyczny wygląd oraz funkcjonalność w pakietach biurowych Microsoft Office. Na skutek zapytania jednego z wykonawców odnoszącego się do treści SIWZ Zamawiający, udzielając na nie odpowiedzi (pytanie nr 21) w piśmie z dnia 5 marca 2015 r. wskazał, że w związku z zapytaniami dotyczącymi licencji Microsoft Office Home & Student informuje, że wersja ta została wpisana omyłkowo. W związku z powyższym Zamawiający zmienił opisu przedmiotu zamówienia odnośnie oprogramowania biurowego i opis ten brzmi: „Pakiet biurowy Microsoft Office 2013 Standard PL – Rental Rights lub równoważny.” Zamawiający też określił w sposób konkretny co uzna za oprogramowanie równoważne do Microsoft Office 2013 Standard, wskazując szczegółowe wymagania techniczne

i funkcjonalne oprogramowania równoważnego poprzez wbudowanie mechanizmów bez użycia dodatkowych aplikacji. Wśród tych wymogów dotyczących równoważności Zamawiający nie określił żadnego wymogu dotyczącego licencji na oprogramowanie.

Odwołujący w swojej ofercie wskazał że oferuje oprogramowanie Microsoft Office Home & Student 2013 Polish+Microsoft Publisher 2013 Polish (czyli „Narzędzie do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych” – Microsoft Publisher).

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że Zamawiający niezasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, uznając jej sprzeczność z wymogami SIWZ we wskazanym zakresie. Stwierdzić należy, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty nie wskazał żadnego merytorycznego postanowienia SIWZ, z którym oferta Odwołującego przy zaferowaniu oprogramowania Microsoft Office Home & Student 2013 jest sprzeczna. W toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na wniosek Izby, Zamawiający także nie był w stanie sprecyzować takiego postanowienia SIWZ, z którym oferta Odwołującego byłaby sprzeczna. Zgodnie z ostatecznymi postanowieniami SIWZ określonymi przez Zamawiającego w SIWZ po udzieleniu odpowiedzi na pytanie nr 21 do SIWZ Zamawiający oczekiwał oprogramowania Microsoft Office 2013 Standard PL – Rental Rights lub równoważnego. Określone przez niego w sposób ścisły wymogi dotyczące równoważności w żaden sposób nie odnosiły się kwestii licencji i udostępniania oprogramowania osobie trzeciej, na co Zamawiający powoływał się w informacji o wynikach postępowania. Skoro zatem Zamawiający w wymaganiach SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia dopuścił rozwiązania równoważne do oczekiwanego oprogramowania Microsoft Office 2013 Standard PL – Rental Rights i określił te wymagania dotyczące równoważności, aktualnie powinien wykazać, który ze ściśle określonych przez niego wymogów SIWZ dotyczących równoważności nie jest spełniony. Zamawiający tego nie uczynił, a jedynie wskazał, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ, ponieważ wykonawca ten nie oferuje oczekiwanego w SIWZ oprogramowania Microsoft Office 2013 Standard PL – Rental Rights. W tym zakresie Zamawiający zdaje się nie rozumieć zasad równoważności oferowanego produktu, czy rozwiązania. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp) Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia ze wskazaniem konkretnych znaków towarowych patentów czy pochodzenia, a jeśli to czyni, powinien dopuścić możliwość oferowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych. Co stanowi rozwiązanie równoważne na etapie oceny ofert dokonywane jest przez pryzmat opisu równoważności dokonanego przez Zamawiającego w SIWZ. W niniejszej sprawie Zamawiający w sposób szczegółowy i konkretny określił warunki równoważności, nie precyzując w tym zakresie wymagań co do licencji i udostępniania bezpłatnego czy odpłatnego określonego oprogramowania. Oczekując od wykonawców na etapie oceny ofert, że oferowane w tym

zakresie przez wykonawców oprogramowania będą miały wszystkie zasady działania, funkcjonalności, sprawności itp. identyczne jak wskazane poprzez pochodzenie od konkretnego producenta oprogramowanie Microsoft Office 2013 Standard PL – Rental Rights, Zamawiający narusza określone przez siebie warunki równoważności. Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że Odwołujący wykazał, że oferowane przez niego oprogramowanie daje możliwość przekazania oprogramowania osobie trzeciej wyłącznie w postaci oprogramowania zainstalowanego na licencjonowanym komputerze wraz z etykietą certyfikatu autentyczności oraz umową licencyjną. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający niesłusznie uznał, że oferta Odwołującego w tym zakresie jest sprzeczna z wymogami SIWZ.

Odnosząc się do zarzutów odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu, iż załączony do oferty Odwołującego załącznik nr 6 do SIWZ - formularz ofertowy nie jest zgodny z zamieszczonym przez Zamawiającego wzorem, Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający ustalił w SIWZ wzór formularza nr 6, tj. formularza cenowego, w którym określił w formie tabelarycznej zestawienie komponentów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, które podlegały wycenieniu przez wykonawców. W opisie kolumny nr 3 „Opis rozwiązania” zamieścił znak gwiazdki z opisem, iż w tym zakresie należy podać nazwę i parametry, numery części katalogowych sprzętu oraz szczegółowo opisać parametry techniczne w taki sposób; aby jednoznacznie wskazywały jeden model oferowanego sprzętu ze wszystkimi niezbędnymi opcjami. Odwołujący złożył w swojej ofercie wskazany załącznik wypełniając wszystkie jego rubryki. Wskazany załącznik pod wymaganym zestawieniem tabelarycznym nie zawiera – zawartego we wzorze dokumentu określonego w SIWZ – wskazanego pouczenia, jak należy wypełnić kolumnę trzecią załącznika.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że wskazany brak w ofercie Odwołującego w żadnej mierze nie może być uznany za merytoryczną niegodność treści oferty z treścią SIWZ, a tylko taka niegodność powinna skutkować odrzuceniem oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Brak zamieszczenia w formularzu cenowym treści postanowienia SIWZ stanowiącego wyłącznie instrukcją techniczną Zamawiającego dla wykonawców co do sposobu wypełnienia formularza cenowego, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Ani bowiem wymóg SIWZ (pouczenie w treści formularza cenowego), ani jego brak w treści oferty nie stanowi oświadczenia woli wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia czy jego zakresu. Tym samym Zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego ze wskazanego powodu, tym bardziej, że nie wykazał jakoby w treści formularza cenowego Odwołującego znalazły się niezgodności, które miałyby być

ewentualnym skutkiem niezachowania się przez wykonawcę do postanowień technicznej instrukcji zawartej we wskazanym formularzu.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 7 500,00 zł oraz
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: