

Sygn. akt: KIO/2195/10

**WYROK**

**z dnia 25 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Towarzystwo Handlowe „ALPLAST” Spółka jawna A. Bąk i Spółka, 78-100 Kołobrzeg, ul. Obozowa 5** W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową 1906, 78-601 Wałcz, ul. Ciasna 7**

przy udziale **ZETO – RZESZÓW Sp. z o.o., 35-326 Rzeszów, ul. Rejtana 55** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

**2. Kosztami postępowania obciąża Towarzystwo Handlowe „ALPLAST” Spółka jawna A. Bąk i Spółka, 78-100 Kołobrzeg, ul. Obozowa 5 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Towarzystwo Handlowe „ALPLAST” Spółka jawna A. Bąk i Spółka, 78-100 Kołobrzeg, ul. Obozowa 5,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 900 zł 00 gr (słownie: dziewięćset złotych zero groszy) przez **Towarzystwo Handlowe „ALPLAST” Spółka jawna A. Bąk i Spółka, 78-100 Kołobrzeg, ul. Obozowa 5** na rzecz **Jednostki Wojskowej nr 1906, 78-601 Wałcz, ul. Ciasna 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu noclegu.

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

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 1906, ul. Ciasna 7, 78-601 Wałcz, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest dostawa sprzętu informatycznego oraz oprogramowania. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawę oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2010/S 143-220432 z dnia 27 lipca 2010 r.

W dniu 8 października 2010 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Towarzystwo Handlowe „ALPLAST” Spółka jawna A. Bąk i Spółka, 78-100 Kołobrzeg, ul. Obozowa 5, odwołanie w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Odwołujący kwestionował czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty z uwagi na niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe i tendencyjne zastosowanie i interpretację zapisów dotyczących spełnienia wymogów określonych w SIWZ,
- 2) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp na skutek wprowadzenia wymagań niezawartych w SIWZ,
- 3) art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,
- 4) art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ustawy Pzp,
- 5) przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i uregulowań TWE.

Odwołujący wskazywał na naruszenie jego interesu prawnego polegające na braku możliwości otrzymania zamówienia publicznego w następstwie niezgodnego z zasadami postępowania odrzucenia oferty oraz w wyniku dyskryminacji Odwołującego w toku badania i oceny ofert.

Odwołujący wnosił o uchylenie zaskarżonej decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty, a w konsekwencji o przywrócenie jego oferty w postępowaniu oraz powtórzenie czynności wyboru ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, że Zamawiający pismem z dnia 29 września 2010r. odrzucił ofertę Odwołującego jako nie spełniającą wymagań SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia, ponieważ Odwołujący zaproponował oprogramowanie Microsoft Office 2010 Standard PL OLP NL GOV zamiast wymaganego Microsoft Office 2007 Standard PL OLP NL GOV. Wskazywał, że w dodatkowym piśmie z dnia 4 października 2010r. Zamawiający przyznał, że zaproponowane przez Odwołującego oprogramowanie w wersji najnowszej jest lepsze niż starsza wersja opisana w SIWZ, jednak nie może jej nabyć, ponieważ nie znajduje się ona w obowiązującym go wykazie oprogramowania opisanym w dokumencie wewnętrznym o nazwie „Standardy sprzętu i informatyki do stosowania w resorcie obrony narodowej”. Odwołujący argumentował, że, powołując się na wewnętrzne dokumenty, Zamawiający wprowadził informacje, które były nieznane oferentom na etapie składania ofert. Nigdzie w treści SIWZ oraz w istotnych dla Zamawiającego postanowieniach umowy nie znalazł się bowiem zakaz proponowania produktów lepszych bądź równoważnych. Zdaniem Odwołującego wprowadzanie podczas oceny ofert wymogu, który nie został zawarty w SIWZ, narusza przepisy ustawy Pzp. Odwołujący podnosił dodatkowo, iż niezależnie od stwierdzenia zawartego w przedstawionych przez siebie zarzutach, ocena Zamawiającego jest błędna. Zaproponowany w ofercie Odwołującego sposób licencjonowania w oparciu o program Otwartej Licencji Microsoft (OLP) pozwala na bezpłatne użytkowanie poprzednich wersji pakietu Microsoft Office, zarówno w wersji kupowanej (2010), jak i starszej - tej zapisanej w SIWZ (Microsoft Office 2007 Standard PL OLP NL GOV). Wobec powyższego, może być on przyjęty zgodnie ze wszystkimi potrzebami i wymaganiami Zamawiającego. Oferowana licencja produktu Microsoft Office 2010 Standard PL OLP NL GOV w paragrafie „Uprawnienia Klienta wynikające z udzielonej licencji” zawiera następujący zapis „ (...) Klient może używać wcześniejszej wersji Produktu niż ta, na która ma Licencję”. W praktyce oznacza to, że Zamawiający razem z najnowszą edycją pakietu nabywa także wymaganą przez niego, zapisaną w SIWZ wersję Microsoft Office 2007 Standard PL OLP NL GOV. Podkreślał, że oprogramowanie MS Office w licencjach typu otwartego (SELECT i OLP) od czerwca 2010 r. nie jest dostępne handlowo we wszystkich wskazanych przez Zamawiającego formach licencjonowania w wersjach oznaczonych symbolem „2007”. Obecnie dostępne są wyłącznie produkty oznaczone wersją „2010”. Wersje te zawierają identyczne zapisy licencyjne co edycje poprzednie oraz zgodnie z powszechną zasadą Microsoft wspierają licencyjnie prawo do „obniżania wersji (downgrade)”, która umożliwia instalację i użytkowanie produktów poprzednich, w tym tych oznaczonych edycją „2007”. Odwołujący argumentował, że

zastosowane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wymaganie nie jest zawarte w SIWZ, a ponadto jest sprzeczne z art. 7 ust.1 i ust. 2, art. 29 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 30 ustawy Pzp, z zasadami prowadzenia postępowania, a ponadto obraża zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz narusza art. 12 i 28 TWE. Odwołujący podnosił, że wytyczne dotyczące prowadzenia postępowania w sprawie zamówień publicznych wymagają, aby oferty konstruowane i wybierane były w oparciu o obiektywne kryteria, a postępowanie musi być prowadzone w sposób niedyskryminujący dostawców. Zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość, pochodzenie czy rodzaj producenta musi być respektowany w każdym postępowaniu, niezależnie od wartości zamówienia. Wprowadzanie niekonkurencyjnych sformułowań i wymogów jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, w szczególności art. 12 (ex 6) i 28 (ex 30) TWE. Prawodawstwo polskie i unijne wskazuje jednoznacznie, że udzielanie zamówień publicznych musi być zgodne z podstawowymi zasadami zachowania uczciwej konkurencji i niedyskryminowania wykonawców oraz musi być oceniane w kontekście zasady swobody przepływu towarów (art. 28 (30) TWE). Opis przedmiotu zamówienia oraz wszystkie działania Zamawiającego nie mogą ani bezpośrednio, ani pośrednio uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców i towarów. W ocenie Odwołującego dokonana przez Zamawiającego ocena bez poparcia w zapisach SIWZ jest prawnie ułomna, wobec czego, czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie znajduje umocowania prawnego. Zaproponowany w ofercie Odwołującego sposób licencjonowania spełnia wszystkie zapisy SIWZ. Natomiast zadaniem Zamawiającego, gospodarującego pieniędzmi publicznymi, jest zakup możliwie najtańszych rozwiązań realizujących stawiane zadania. Na dowód swych twierdzeń Odwołujący załączył do odwołania następujące dokumenty: 1) informację z Microsoft Polska potwierdzającą prawo do używania starszych wersji oprogramowania (wydruk korespondencji), 2) oficjalną informację ze strony Microsoft dotyczącą Otwartej Licencji Microsoft, 3) wydruk postanowień umowy Otwartej Licencji Microsoft. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 8 października 2010 r.

W dniu 11 października 2010 r. Zamawiający w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 14 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez ZETO-Rzeszów sp. z o.o., ul. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje, ponieważ jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie części

7, a utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego z dnia 29 września 2010 r. zapewni przystępującemu udział w realizacji zamówienia w części 7.

W dniu 21 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła faxem (przekazana w oryginale na posiedzeniu Izby w dniu 22 października 2010r.) odpowiedź na odwołanie z dnia 20 października 2010 r., w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania. Zamawiający podnosił, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym art. 91 ust 1 i 2, art. 7 ust 1 i 2, art. 29 ust. 1, 2, 3 oraz art. 30 ustawy Pzp, nie precyzując jednakże, które unormowania zawarte w SIWZ upoważniają do twierdzenia, że Zamawiający działał z obrazą wskazanych wyżej przepisów. Brak konkretnych zarzutów uniemożliwia rzeczowe ich odparcie. Zamawiający wskazywał, że w SIWZ w sposób jednoznaczny opisał przedmiot zamówienia na zadanie 7, stanowiąc, w załączniku nr 3 do SIWZ, iż Wykonawca ma dostarczyć Microsoft Office 2007 Standard PL MVL - 398 licencji + 398 nośników. Dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający działał zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert, czyli wybrał oferty firm, które zaoferowały żądany sprzęt za najniższą cenę. Działanie Zamawiającego było zgodne z przepisami art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Oferenci ZETO-Rzeszów Sp. z o.o. oraz Comarch S.A. biorący udział w postępowaniu przetargowym na zadanie 7 właśnie takie oprogramowania zaproponowali w swoich ofertach. Zaprzecza to tezie Odwołującego, że oprogramowanie to „od czerwca bieżącego roku nie jest dostępne handlowo (...) w wersjach oznaczonych symbolem „2007”. Zdaniem Zamawiającego, nie jest też prawdą, że Zamawiający przyznał w piśmie z dnia 4 października 2010 r., że zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie jest wersją lepszą od oprogramowania opisanego w SIWZ. Takiego stwierdzenia w piśmie Zamawiającego brak. W omawianym piśmie napisano jedynie, że *„nie kwestionuje się, iż oprogramowania Microsoft Office 2010 być może jest lepsze niż to, które żąda Zamawiający”*. Zamawiający argumentował, że rezerwa Zamawiającego w tym wypadku podyktowana była tym, iż oprogramowanie Microsoft Office 2010 jest z całą pewnością nowocześniejsze niż Microsoft Office 2007, nie jest jednak „lepsze” w rozumieniu potrzeb Zamawiającego. Zamawiający zakupuje sprzęt informatyczny i jego oprogramowanie dla potrzeb sił zbrojnych na terenie RP i misji pokojowych (nie na potrzeby własne). Oprogramowanie dostarczone jest do systemów informatycznych przetwarzających informacje jawne i niejawne (do tajnych włącznie). Jedną z najważniejszych cech, którą powinien posiadać zintegrowany system informatyczny w wojsku jest możliwość przesyłania informacji niezakłóconych, niezmienionych i nie stwarzających problemów dla użytkowników. Zadań tych nie spełnia Microsoft Office 2010 z powodów, które Zamawiający wskazał w treści odpowiedzi na odwołanie. Podnosił, że w

przypadku zakupu oprogramowania Microsoft Office 2010 już po otwarciu dokumentu trzeba zapisać go w nowym formacie, choćby po to by skorzystać ze wszystkich nowych funkcji programu. Dokumentów utworzonych w nowej wersji nie da się bezproblemowo edytować w starszej wersji pakietu. Wszyscy ci, którzy pracują na nowym Microsoft Office 2010, chcący udostępnić dokumenty użytkownikom starszych wersji, muszą je dodatkowo zapisać w nowym formacie. W takiej sytuacji niektóre nowe elementy mogą zostać z dokumentu wycięte. Z oczywistych względów może to doprowadzić do dezinformacji np. w składanych meldunkach do wyższych przełożonych. Ponadto przeprowadzone testy wskazują, że podmiot korzystający z Microsoft Office 2010 winien posiadać konfigurację komputera biurowego nie starszą niż dwa lata. Microsoft Office 2010 działa bowiem lepiej na sprzęcie posiadającym przynajmniej 2GB pamięci RAM. W przeciwnym razie program nie działa płynnie i zawiesza się. Wojsko obecnie dysponuje w 90 % ukompletowanymi komputerami zakupionymi przed dwoma laty. Zasadą jest, że przejście na oprogramowanie nowsze może nastąpić tylko wówczas gdy najstarszy (o gorszych parametrach) sprzęt zostanie wycofany z użytkowania. Taka sytuacja nie ma miejsca choćby z powodów finansowych, które to dotyczą MON. Zamawiający podnosił, że jednym z najważniejszych powodów braku możliwości uznania, że z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego „lepszy” jest Microsoft Office 2007 a nie 2010 jest fakt, iż Nowy Outlook 2010 (będący częścią pakietu Microsoft Office 2010) nie działa pod Windows XP, który jest podstawową platformą w zintegrowanym systemie informatycznym obejmujący tysiące użytkowników w wojsku. Niezależnie od powyżej przedstawionych argumentów oprogramowanie Microsoft Office 2010 nie widnieje w „Wykazie oprogramowania dopuszczonego do przewożenia informacji jawnych w sieci MIL - WAN” jak również nie jest dopuszczony do przetwarzania informacji niejawnych. Dla wyjaśnienia należy podać, że każde oprogramowanie musi być przebadane przez służby kontrwywiadu wojskowego (w przypadku przetwarzania informacji niejawnych) zgodnie z art. 60 ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych, a także przez gestora spraw informatyki i oprogramowania - Departament Informatyki i Telekomunikacji MON. W przypadku przetwarzania informacji jawnych Gestor ten ma obowiązek wynikający z decyzji Nr 97/MON z dnia 27 marca 2009 r. w sprawie prowadzenia gospodarki (...) systemu informatyki i oprogramowania, wprowadzania i aktualizowania wykazu obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania w resorcie obrony narodowej. Zgodnie z art. 75 „instrukcji” wprowadzonej decyzją 97/MON w rozległych sieciach komputerowych resortu obrony narodowej dozwolone jest użytkowanie oprogramowania wdrożonego przez organizatora sieci. Wykaz takiego oprogramowania jest opublikowany na stronie internetowej MON. Na stronie 5 tego wykazu widnieje oprogramowanie Microsoft Office 2007. Odnosząc powyższe rozważania do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów regulujących sposób opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający podnosił, że w

sytuacji Zamawiającego nie można przyjąć, iż istnieją jakiegokolwiek rozwiązania równoważne w przypadku zakupu oprogramowania dla komputerów użytkowanych w wojsku. Konieczność zakupu oprogramowania opisanego w SIWZ wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, a w szczególności związana jest z koniecznością zapewnienia możliwości efektywnego przekazywania informacji z uwzględnieniem oprogramowania sprawdzonego i dopuszczonego przez stosowne procedury wojskowe. Art. 29 ustawy Pzp nie daje wykonawcy prawa do współdecydowania o tym, co jest Zamawiającemu potrzebne. Takie stanowisko zajął Urząd Zamówień Publicznych - Departament Kontroli Doraźnej w piśmie z dnia 18 maja 2010 r., gdzie Urząd stwierdził, iż *„za uzasadnione potrzebami Zamawiającego można uznać wymaganie, aby nowe dokupowane przez niego jednostki były wyposażone w taki sam system operacyjny jaki jest już użytkowany w posiadanym sprzęcie”*. Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 lutego 2009 r. w dwóch sprawach: KIOUZP/91/09 oraz KIO/UZP/92/09 - odnosząc swoje uzasadnienie do wyposażenia komputerów biurowych w systemy operacyjne firmy Microsoft. Zamawiający podnosił nadto, iż nie jest uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp. Stosowanie zasady równej konkurencji w sposób absolutny, poprzez narzucanie Zamawiającemu zakupów nieodpowiadających jego potrzebom, a przez to zbędnych - nie daje się pogodzić z zasadą racjonalności ustawodawcy. Zamawiający podkreślał, że jest oczywiste, że każda powtórna ocena ofert, której żąda Odwołujący, musiałaby doprowadzić do wyboru tej samej oferty, która została w niniejszym postępowaniu uznana za najkorzystniejszą (ZETO-Rzeszów Sp. z o. o). SIWZ bowiem zawiera obowiązek zaoferowania systemu oprogramowania Microsoft Office 2007, a to oprogramowanie zaoferował za najkorzystniejszą cenę właśnie ten wykonawca. Natomiast w toku postępowania Odwołujący nie skorzystał z możliwości odwołania się od postanowień SIWZ.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, jak również wyjaśnienia i dokumenty złożone przez strony na rozprawie, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący spełnił również wymogi warunkujące wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. ma lub miał interes w uzyskaniu



zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ potwierdzenie się zarzutów podnoszonych w odwołaniu daje Odwołującemu potencjalną możliwość uzyskania zamówienia. Równocześnie w dacie wnoszenia odwołania nie jest możliwe przesądzenie ani dalszych czynności Zamawiającego względem oferty spółki Senetic sp. z o.o. skutecznie odrzuconej z tych samych względów co oferta Odwołującego (wykonawca nie odwołał się od czynności odrzucenia i nie przystąpił do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie), ani stanowiska tego wykonawcy, tj. czy podtrzyma zainteresowanie zawarciem umowy. Tym samym należy uznać, iż Odwołujący może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

- 1) akta postępowania,
- 2) odwołanie,
- 3) odpowiedź na odwołanie z dnia 20 października 2010 r.,
- 4) przystąpienie do postępowania odwoławczego,
- 5) decyzję Nr 46/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 27 stycznia 2007 r. w sprawie określenia funkcji gestorów i centralnych organów logistycznych uzbrojenia i sprzętu wojskowego w resorcie obrony narodowej (Dz.Urz. MON z 2007 r., Nr 3, z późn. zm.),
- 6) wyciąg z dokumentu: Bezpieczeństwo systemów i sieci teleinformatycznych. Wskazówki i zalecenia. DBBT-801 A),
- 7) wykaz oprogramowania dopuszczonego do przetwarzania informacji jawnych w sieci MIL-LAN”
- 8) zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę urządzeń komputerowych, multimedialnych, sieciowych i telekomunikacyjnych oraz oprogramowania do Jednostki Wojskowej 1123 w Grudziądzu,
- 9) korespondencję mailową z dnia 18 i 19 października 2010 r. z przedstawicielem Microsoft w sprawie możliwości zakupu oprogramowania Microsoft Office w wersji 2007 w ramach umów grupowych,
- 10) Instrukcję prowadzenia gospodarki materiałowo technicznej sprzętem i oprogramowaniem w resorcie obrony narodowej wprowadzoną na podstawie decyzji Nr 97/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 27 marca 2009 r. w sprawie wprowadzenia do użytku „Instrukcji prowadzenia gospodarki materiałowo technicznej sprzętem i oprogramowaniem w resorcie obrony narodowej” (Dz.Urz. MON Nr 6, poz. 74).

W ocenie Izby odwołanie podlega oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie wymagań niezawartych w SIWZ, które następnie stały się podstawą oceny prawidłowości oferty Odwołującego, Izba uznaje, że nie zasługuje on na uwzględnienie. Odwołujący jako uzasadnienie tego zarzutu wskazywał, że Zamawiający w piśmie z dnia 4 października 2010r. przyznał, iż oprogramowanie zaoferowane przez Odwołującego jest lepsze niż starsza wersja określona w SIWZ, podnosił jednak, iż jest zobowiązany do stosowania „Standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej”, w którym oprogramowanie w wersji zaoferowanej przez Odwołującego nie jest ujęte. Odwołujący uznał zatem, iż, powołując się na dokument wewnętrzny, Zamawiający wprowadził informacje, które nie były znane oferentom na etapie składania ofert. Ponadto w jego opinii ani w SIWZ ani istotnych postanowieniach umowy nie było zakazu oferowania rozwiązań lepszych ani równoważnych.

Izba wskazuje, że powyższe stanowisko Odwołującego jest nieuzasadnione. Przede wszystkim należy podkreślić, że art. 91 ustawy Pzp dotyczy kryteriów oceny ofert, statuując w ust. 1 nakaz wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w ust. 2 wskazując dopuszczalne kryteria oceny ofert. W przedmiotowym postępowaniu kryterium oceny ofert była w 100% cena i w oparciu o to kryterium Zamawiający dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert wykonawców, którzy nie podlegali wykluczeniu lub których oferty nie zostały odrzucone. Odwołujący niesłusznie pojęcie kryterium oceny ofert interpretuje rozszerzająco, obejmując nim ocenę oferty z uwzględnieniem wszelkich warunków wynikających z SIWZ. Powyższej oceny dokonuje się, badając zgodność oferty z treścią SIWZ, a ewentualne uchybienia w tym zakresie polegające na weryfikacji oferty z uwzględnieniem okoliczności, które nie wynikają z SIWZ, związane będą z naruszeniem innych przepisów, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 czy art. 7 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, Izba stwierdza, że Odwołujący dokonał nieprawidłowej interpretacji pisma Zamawiającego z dnia 4 października 2010r. i wywiódł z niego wnioski, które w rzeczywistości nie były tam zawarte. Z treści tego pisma, stanowiącego odpowiedź na wystąpienie Odwołującego z dnia 29 września 2010 r. w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, wynika bowiem, że Zamawiający uznał, iż ponowna analiza prawidłowości decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jako sprzecznej z SIWZ z powodów zawartych w jej uzasadnieniu nie doprowadziłaby do zmiany stanowiska Zamawiającego. Podtrzymał zatem swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego jako sprzecznej z SIWZ z dnia 29 września 2010 r., gdzie uzasadnił odrzucenie oferty okolicznością, iż Odwołujący zaproponował oprogramowanie Microsoft Office 2010 Standard PL OLP NL GOV, zamiast wymaganego

przez Zamawiającego oprogramowania Microsoft Office 2007 Standard PL OLP NL GOV, co wynikało ze „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” dla zadania nr 7 (Rozdział XIII SIWZ). Podobnie ze sformułowania, iż zaofferowany produkt „być może jest lepszy niż ten, którego żąda Zamawiający”, lecz nie znajduje się w wykazie dopuszczalnego oprogramowania zgodnego ze „Standardami sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej”, nie można wnioskować, iż Zamawiający ustanowił dodatkową przesłankę oceny zgodności oferty z treścią SIWZ. Poprzez odwołanie do „Standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej” Zamawiający jedynie wyjaśniał, dlaczego nie może przyjąć produktu zaofferowanego przez Odwołującego (oprogramowania w wersji wyższej) i uznać go za produkt spełniający jego wymagania, co nie zmienia faktu, iż SIWZ w swej treści wyraźnie wskazywała, że żądanym przez Zamawiającego oprogramowaniem jest Microsoft Office Standard PL (MVL) w wersji 2007, a nie 2010.

Odwołujący zarzucał również naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 29 ust. 1-3, art. 30 ustawy Pzp oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 12 i 28 TWE, przy czym ani w samym odwołaniu ani na rozprawie nie zawarł odrębnego uzasadnienia dla naruszenia poszczególnych wskazanych przez siebie przepisów. Z treści odwołania można jednak wywieść, iż wymienione naruszenia uzasadniają następujące okoliczności. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego pomimo, iż SIWZ nie zawierała zakazu proponowania produktów równoważnych lub lepszych, a za taki produkt Odwołujący uznaje oprogramowanie w wersji 2010r. Ponadto zaproponowany w ofercie sposób licencjonowania w oparciu o program Otwartej Licencji Microsoft (OLP) pozwala na używanie poprzednich wersji pakietu Office, w tym tej wymaganej w SIWZ. Zdaniem Odwołującego w praktyce oznacza to, że Zamawiający razem z najnowszą wersją pakietu wymaganą przez niego w SIWZ nabywa także wersję Microsoft Office 2007 Standard PL OLP NL GOV. Podkreślał, że oprogramowanie Microsoft Office w licencjach typu otwartego (SELECT i OLP) od czerwca 2010 r. nie jest dostępne handlowo we wszystkich wskazanych przez Zamawiającego formach licencjonowania w wersjach oznaczonych „2007”. Obecnie dostępne są wyłącznie produkty oznaczone „2010”. Wersje te zawierają identyczne zapisy licencyjne co edycje poprzednie oraz zawierają uprawnienie do instalacji i korzystania ze starszych wersji produktu, w tym oznaczonej „2007”. Uwzględniając powyższe uzasadnienie oraz wskazane przepisy ustawy Pzp Izba podnosi, iż w jej ocenie uznać należy, iż Odwołujący kwestionuje nie tylko prawidłowość oceny własnej oferty, ale także postanowienia SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Na obecnym etapie postępowania zarzuty te są jednak spóźnione. Wykonawca dysponuje w tym zakresie prawem do wnoszenia środków ochrony prawnej, przy czym winien wnieść je w terminach przewidzianych ustawą Pzp. Wykonawca może

również korzystać z procedury wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy podkreślić, iż okoliczności, na które Odwołujący powołuje się w odwołaniu były mu znane już w dacie ogłoszenia postępowania i upublicznienia SIWZ, nie wniósł jednak ani odwołania wobec treści SIWZ ani też nie zwracał się w tym zakresie o udzielenie wyjaśnień. Ponadto z treści dokumentacji wynika, że na skutek zapytania jednego z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu opis przedmiotu zamówienia uległ zmianie właśnie w zakresie równoważności, przy czym jako produkt równoważny uznano oprogramowanie firmy Microsoft w innej formie licencjonowania np. Microsoft Open License Program (MOPL) pod warunkiem zachowania ukompletowania – 1 kpl. oprogramowania = 1 kpl. nośników + 1 licencja. Zamawiający określił zatem zasadę równoważności, a wykonawcy w stosownych wynikających z ustawy Pzp terminach nie kwestionowali sposobu, w jaki to uczynił. Żaden z wykonawców nie kwestionował natomiast wskazania jako przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 7 oprogramowania Microsoft Office w wersji 2007, ani nie wnosił o dopuszczenie jako spełniającego warunki SIWZ oprogramowania w wersji Microsoft Office 2010. Wykonawcy zaakceptowali zatem brzmienie SIWZ w takim kształcie, w jakim opracował je Zamawiający, w tym odnośnie sposobu opisu przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 7.

Natomiast co do zarzutu braku zakazu w SIWZ proponowania produktów lepszych i równoważnych, Izba podkreśla, iż oceny w tym zakresie należy dokonywać przede wszystkim z uwzględnieniem postanowień SIWZ oraz potrzeb Zamawiającego. Izba wskazuje, że w SIWZ Zamawiający przedstawił warunki równoważności. Równoważność dopuścił jedynie w sposobie licencjonowania, natomiast nie wskazał, że za równoważne uzna także wyższe wersje oprogramowania wskazanego w SIWZ. Nie dopuścił także oprogramowania Microsoft Office 2010 jako spełniającego warunki SIWZ. Tym samym Odwołujący nie był uprawniony do samodzielnej oceny, że proponowany przez niego produkt spełnia wymogi Zamawiającego, pomimo, iż nie jest produktem równoważnym w rozumieniu SIWZ ani nie odpowiada produktowi jednoznacznie tam wskazanemu. Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, iż oprogramowanie w wersji 2010 nie jest produktem równoważnym do wersji 2007 ani nie może być uznane za „lepsze”. Pojęcie „lepsze” należy bowiem przede wszystkim oceniać w kontekście zgodności z SIWZ, tj. za produkt lepszy można by uznać taki, który spełnia wszystkie wymogi postawione w SIWZ, a dodatkowo ma cechy, których Zamawiający nie określił, a które produkt wzbogacają, nie wpływając na ograniczenie jego funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego. Nie dotyczy to przedmiotowego przypadku. Zaproponowane oprogramowanie nie tylko bowiem nie spełnia warunków równoważności określonych w SIWZ, ale, jak wykazywał Zamawiający, nie jest kompatybilne ze sprzętem posiadanym

przez Zamawiającego. Przeprowadzone testy wskazują bowiem, że podmiot korzystający z Microsoft Office 2010 winien posiadać konfigurację komputera biurowego nie starszą niż dwa lata. Microsoft Office 2010 działa bowiem lepiej na sprzęcie posiadającym przynajmniej 2GB pamięci RAM. W przeciwnym razie program nie działa poprawnie i zawiesza się. Natomiast wojsko, na potrzeby którego oprogramowanie ma zostać zakupione, dysponuje ukompletowanymi komputerami zakupionymi przed ponad 2 laty. Zasadą natomiast jest, że przejście na oprogramowanie nowsze może nastąpić tylko wówczas, gdy najstarszy (o gorszych parametrach) sprzęt zostanie wycofany z użytkowania, a taka sytuacja nie ma obecnie miejsca. Ponadto Nowy Outlook 2010 będący częścią pakietu Microsoft Office 2010 nie działa pod Windows XP, który jest podstawową platformą w zintegrowanym systemie informatycznym obejmującym tysiące użytkowników w wojsku. Ponadto dokumentów w nowej wersji pakietu nie da się bezproblemowo edytować w starszej jego wersji, a przy konieczności zapisywania dokumentów przez użytkowników Microsoft 2010 w starszym formacie istnieje niebezpieczeństwo zmian w dokumencie skutkujących dezinformacją czy nieprawidłowościami np. w meldunkach. Odwołujący w żaden sposób nie zaprzeczył powyższym twierdzeniom ani nie przedstawił dowodów przeciwnych. Ponadto oprogramowanie to nie jest ujęte w wykazie oprogramowania dopuszczonego do przetwarzania informacji jawnych w sieci MIL-LAN, jak również nie jest dopuszczone do przetwarzania informacji niejawnych, gdzie każde oprogramowanie musi zostać przebadane przez służby kontrwywiadu wojskowego i uzyskać akredytację (art. 60 ust. 1 ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U.05.196.1631 j.t., z późn. zm. przewiduje, że systemy i sieci teleinformatyczne, w których mają być wytwarzane, przetwarzane, przechowywane lub przekazywane informacje niejawne, podlegają akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego przez służby ochrony państwa). Ponadto Zamawiający wskazywał, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem na potrzeby sił zbrojnych na terenie RP oraz misji pokojowych poza granicami RP dokonywanym na zlecenie Gestora, którym jest Ministerstwo Obrony Narodowej – Departament Informatyki i Telekomunikacji (zatem nie na potrzeby własne) i zgodnie z przedstawionymi przez niego warunkami. Uwzględniając powyższe, Izba stwierdza, iż nie można zatem uznać, iż Zamawiający dokonał w tym zakresie oceny niezgodnej z SIWZ, naruszył zasady określone w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp czy zastosował dyskryminacyjne przesłanki oceny oferty. Dokonał bowiem oceny ofert z uwzględnieniem wymagań wynikających z SIWZ.

Powyżej opisana kwestia równoważności czy też dopuszczalności zaoferowania wersji 2010 ściśle łączy się z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z treścią SIWZ. Odwołujący argumentował bowiem, że zaproponowany przez niego sposób licencjonowania pozwala na korzystanie ze starszych

wersji oprogramowania, w tym wersji 2007, przy czym warunki licencji pozostają niezmienione. Na rozprawie podnosił, że to licencja ma kluczowe znaczenie, zaś to, jaka wersja zostanie umieszczona na nośniku przekazywanym Zamawiającemu jest kwestią techniczną. Oświadczył, że w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego o wyjaśnienie rozbieżności oferty, tj. wskazanie jakie oprogramowanie dostarczy, podał oznaczenie licencji, a nie programu, który znajdzie się na nośniku. Izba pragnie podkreślić, że Odwołujący w powyższej argumentacji pomija jednak brzmienie SIWZ w odniesieniu do „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” dla zadania nr 7, zgodnie z którym Zamawiający wymagał „Microsoft Office 2007 Standard PL MVL (dopuszczając inne formy licencjonowania pod warunkiem zachowania ukompletowania – 1 kpl. oprogramowania = 1 kpl. nośników + licencja) – 398 licencji i 398 nośnik”. Jak wyjaśniał Zamawiający podczas rozprawy, co potwierdza także ww treść SIWZ, przedmiotem zamówienia nie było tylko dostarczenie licencji, lecz wymaganego przez Zamawiającego oprogramowania Microsoft Office Standard 2007 PL MVL (lub w innej formie licencjonowania) na nośnikach wraz z licencjami potwierdzającymi uprawnienie do korzystania z zaproponowanej wersji oprogramowania. Zamawiający rozdzielał zatem pojęcie określonego oprogramowania (dopuszczał tylko wersję 2007) oraz licencji (w tym zakresie wykonawca, w opinii Zamawiającego, mógłby zaproponować także licencję na oprogramowanie w wersji 2010, ponieważ daje ona prawo do korzystania z wersji starszych tego oprogramowania). Zamawiający wskazywał, że istotnym dla niego było, aby na nośniku znalazła się wymagana przez niego wersja oprogramowania, ponieważ nośniki te będą przekazywane do podmiotów, na potrzeby których zamówienie jest realizowane, np. na misje poza granicami kraju. Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawionych na rozprawie potwierdził, że jest możliwa taka forma realizacji zamówienia. Wskazał, że na nośniku mogła znaleźć się dowolna wersja oprogramowania wedle wyboru Zamawiającego. Podnosił, że zaproponował wersję 2010, ponieważ w ramach umów grupowych nie jest możliwe uzyskanie licencji bezpośrednio na wersję 2007, a zarazem regulacje podatkowe i karno-skarbowe nie pozwalają na wystawienie faktury obejmującej inne oprogramowanie niż wskazane w treści licencji. Poskreślał, że zawarta w formularzu ofertowym tabela stanowiąca podstawę dla późniejszych rozliczeń stron, w której wzorze Zamawiający wskazał jako oferowane oprogramowanie zgodne z treścią SIWZ, nie umożliwia prawidłowego rozliczenia zamówienia. Należy jednak podkreślić, że w treści swojej oferty Odwołujący powielił w formularzu ofertowym treść tejże tabeli i wskazał jako oferowane oprogramowanie Microsoft Office 2007, a następnie w Załączniku nr 3 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” dodał zdanie, iż oferuje oprogramowanie Microsoft Office 2010. Taki sposób sformułowania oferty stał się podstawą do wystosowania do Odwołującego zapytania odnośnie wskazania, jakie oprogramowanie oferuje, w którym to zapytaniu Zamawiający wskazał, że przedmiotem

zamówienia jest dostawa MS Office 2007 Standard PL MVL. W piśmie z dnia 23 września 2010r. Odwołujący określił, iż oferuje oprogramowanie w wersji 2010, zatem niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego, nie uzasadniając w żaden sposób swojego stanowiska ani nie wskazując, że powyższe wyjaśnienie dotyczy oferowanej licencji. Ponadto ani w tabeli ani w żadnej innej części formularza ofertowego w odniesieniu do zadania nr 7 nie wskazano, iż należy podać dane oferowanej licencji. W tabeli znalazło się sformułowanie „nazwa towaru” wraz z określeniem oprogramowania Microsoft Office 2007 zamieszczonym przez Zamawiającego. Z uwagi na okoliczność, że przedmiotem zamówienia było oprogramowanie na nośnikach wraz licencjami, a Zamawiający narzucił niejako sposób określenia oferowanego produktu, Odwołujący, który uważał, że takie określenie jest nieprawidłowe lub niezgodne z przepisami prawa podatkowego lub istniejącymi w dacie postępowania warunkami handlowymi, winien był okoliczność tę podnieść. W przeciwnym razie narażał się na skutki nieprawidłowej interpretacji SIWZ i ponoszenie ryzyka sporządzenia oferty niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter sformalizowany, a treść wyjaśnień do oferty nie może prowadzić do jej zmiany. Postępowanie ma również charakter pisemny, a ocena prawidłowości ofert dokonywana jest na podstawie dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie. Odwołujący, pomimo znajomości treści SIWZ, w ofercie oświadczył, iż oferuje oprogramowanie Microsoft Office 2010, potwierdził to w piśmie z dnia 23 września 2010 r., w którym nie zawarł jakiegokolwiek zastrzeżenia, iż w treści swej oferty odniósł się tym samym Zamawiający, który na tym etapie nie był poinformowany o jakichkolwiek wątpliwościach co do sposobu interpretacji SIWZ, nie był ani zobowiązany ani uprawniony do prowadzenia dalszych wyjaśnień, co w rzeczywistości oferuje Odwołujący będący profesjonalnym wykonawcą, ponieważ ten oświadczył mu to w sposób wyraźny. Zamawiający nie może natomiast dookreślać warunków oferty na etapie realizacji zamówienia, w tym poprzez wskazanie, jaka wersja oprogramowania winna znaleźć się na nośniku, a tego de facto wymagałoby zaakceptowanie oferty Odwołującego. Izba wskazuje, iż nie uznała za miarodajne odwołanie się do postępowania prowadzonego przez inną jednostkę wojskową (Jednostka Wojskowa w Grudziądzu), gdzie dopuszczono oprogramowanie Microsoft Office 2010. Potrzeby tego zamawiającego mogą różnić się od potrzeb Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Ponadto dokument ten dotyczy innego etapu postępowania – treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Warto też podkreślić, iż załączona do pisma z wyjaśnieniami modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie wskazuje, iż przedmiotem zamówienia są licencje, a Odwołujący nie przedstawił poprzedniej wersji modyfikowanego postanowienia specyfikacji. Izba nie przeczy, iż SIWZ w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 7 mogłaby zostać sformułowana w sposób bardziej

precyzyjny czy korzystniejszy dla Zamawiającego, wykonawcy jednak nie sygnalizowali, w przeciwieństwie do postępowania powoływanego przez Odwołującego, iż jest ona dla nich niezrozumiała czy zawiera postanowienia, które nie mogą być prawidłowo zrealizowane w świetle przepisów prawa lub okoliczności rynkowych. Izba zaś nie jest organem uprawnionym do kontroli prawidłowości wydatkowania środków publicznych. Powyższe nie wpływa jednak na ocenę, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a Zamawiający weryfikacji tej okoliczności dokonywać mógł jedynie w oparciu o treść oferty, a nie domniemane intencje oferenta. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia ani art. 89 ust. 1 pkt 2 ani art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w odniesieniu do oceny oferty Odwołującego.

Powoływane przez Odwołującego naruszenia postanowień traktatowych oraz ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) Izba uznaje za chybione. Art. 12 TWE dotyczy bowiem zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zaś art. 28 TWE ograniczania swobody przepływu towarów (zakaz ograniczeń ilościowych w przywozie i środków o skutku równoważnym). Odwołujący nie wykazał, jak w kontekście przedmiotowego zamówienia, postanowienia powyższe zostały przez Zamawiającego naruszone. Podobnie Odwołujący nie wykazał, jakiego czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dopuścił się Zamawiający.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust.1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty noclegu w kwocie 900 zł zgodnie ze złożoną fakturą.

**Przewodniczący:**

.....