

Sygn. akt: KIO 1628/13

**WYROK**  
z dnia 26 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2013 r. przez wykonawcę **J..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GALAXY-J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Izbę Skarbową we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "KONCEPT" Sp. z o.o., ORTI B..... Sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. j. z siedzibą w Brzegu** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GALAXY-J.....M.....z siedzibą w Zielonej Górze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GALAXY-J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

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

Zamawiający – Izba Skarbowa we Wrocławiu, ul. Pretficza 11, 50-983 Wrocław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Zakup sprzętu komputerowego dla jednostek Administracji Podatkowej w ramach projektów: e-podatki, e-Rejestracja, e-Deklaracje2 na potrzeby wdrożenia Systemu e- Podatki*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Zamawiający dnia 24 czerwca 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 4 lipca 2013 roku wykonawca J..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze, przy ul. Fabrycznej 13/1, 65-410 Zielona Góra (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu spółki „KONCEPT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz ORTI B..... spółka komandytowa do złożenia wyjaśnień treści oferty pomimo jej jednoznaczności w części dotyczącej oferowanego oprogramowania, co w rezultacie doprowadziło do zmiany oferty konsorcjum we wskazanym zakresie,
- 2) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na uznaniu, że oferta złożona w postępowaniu przez konsorcjum jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz w wyniku powyższego zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum, jako niezgodnej z s.i.w.z.,
- 3) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na uznaniu, że oferta złożona w postępowaniu przez spółkę PPHU PIOMAR spółka jawna S..... M....., S..... E..... z siedzibą w Brzegu jest zgodna ze s.i.w.z., oraz w wyniku powyższego zaniechaniu odrzucenia oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w trakcie przedmiotowego postępowania następujących przepisów:

1. art. 87 ust 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie od konsorcjum wyjaśnień zmierzających w istocie do niedopuszczalnej zmiany treści złożonej przez konsorcjum oferty,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum w postępowaniu, pomimo iż jest ona niezgodna z treścią s.i.w.z.,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PIOMAR w postępowaniu, pomimo iż jest ona niezgodna z treścią s.i.w.z.,
4. a w konsekwencji powyższego naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z powyższych względów odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
  - a) unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień przez konsorcjum,
  - b) unieważnienia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
  - c) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w jej konsekwencji:
    - odrzucenia oferty konsorcjum, jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.,
    - odrzucenia oferty PIOMAR, jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.,
    - wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący wskazał na swój interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz fakt, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a także interes w złożeniu odwołania, w tym, że w/w czynności i zaniechania zamawiającego doprowadziły do wyboru wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona oraz nieodrucenia oferty spółki PIOMAR. Powyższe może uniemożliwić odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp. Brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia narazi wykonawcę na wymierną szkodę majątkową.

Zamawiający dnia 5 lipca 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 8 lipca 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- 1) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „KONCEPT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz ORTI B..... spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie (zwani dalej „konsorcjum Koncept”),
- 2) PPHU PIOMAR spółka jawna M..... S....., E..... S..... z siedzibą w Brzegu (zwany dalej „Piomar”).

Zamawiający, dnia 22 lipca 2013 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z załącznikiem E - opis cech, parametrów, funkcjonalności, konfiguracji oraz dokumentacji technicznej i wyposażanie sprzętu zamawiający wymagał, aby zaoferowane przez wykonawcę komputery posiadały

system operacyjny dla procesorów 32 - bitowych. Zamawiający wymagał jednocześnie dostarczenia nośnika zawierającego wersję instalacyjną systemu operacyjnego. Podkreślenia wymaga, iż wskazany załącznik precyzuje te wymagania w taki sposób, iż nie dopuszcza odstępstw tj. wskazane cechy nie mają charakteru minimalnego. Zamawiający nie wprowadził bowiem zapisu „dla procesorów min. 32-bit” lub „system operacyjny dla procesorów 32-bit lub wyższych”. W załączniku brak jest również zapisów, które wskazywałyby na możliwość oferowania rozwiązania alternatywnego: „system operacyjny w wersji dla procesorów 32-bitowych lub procesorów 64- bitowych”. O takim sposobie interpretacji postanowień s.i.w.z. decyduje okoliczność, że zamawiający tam, gdzie dopuszczał parametry inne niż wskazywane w załączniku E wprost wskazywał na taką możliwość. Przykładowo zapisy dotyczące pamięci operacyjnej „minimum 4GB”, przy wymogu dotyczącym pamięci masowej: „min. 300GB”. Tym samym warunek zaoferowania systemu operacyjnego dla procesorów 32 - bitowych jest warunkiem „sztywnym” i sprecyzowanym w sposób jednoznaczny.

Odwołujący podkreślił, że kwestia prawidłowości oferowanego systemu była na tyle istotna dla zamawiającego, iż odniesienia do ww. warunku znajdują się w innych częściach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W rozdziale XVI „Ocena ofert i kryteria oceny ofert” ust 2 s.i.w.z. zamawiający podkreśla: *„W Ministerstwie Finansów w Wydziale Urządzeń Mikrokomputerowych Departamentu Informatyki zostaną przeprowadzone testy potwierdzające spełnienie przez oferowany sprzęt parametrów wydajnościowych poprzez zastosowanie odpowiedniego procesu benchmarkowania, który odbędzie się w następujących krokach „1) zainstalowanie na oferowanym sprzęcie angielskiej wersji Windows 7 Professional 32-bit Sp 1”.* Odniesienie do systemu operacyjnego 32-bitowego znajduje się również w Formularzu do oferty „Opis oferowanego sprzętu”: wydajność obliczeniowa dla systemu operacyjnego Windows 7 Professional 32-bit oraz załączniku E do s.i.w.z., w rubryce „wydajność obliczeniowa” mamy wskazanie - „minimum 162 punkty osiągnięte w Sysmark 2007 Preview Raiting (wynik jest średnią notą ze wszystkich testów) dla systemu operacyjnego Windows 7 Professional 32-bit Sp 1”.

Powyższe, w ocenie odwołującego oznacza również, że zamawiający miał świadomość istnienia różnych wersji oprogramowania, a mianowicie 32-bitowych i 64 - bitowych. Poczynione przez zamawiającego wymaganie dotyczące oferowania

oprogramowania systemu operacyjnego dla procesorów 32-bitowych jest istotne ponieważ nie wszystkie programy funkcjonujące przy systemie operacyjnym dla procesorów 32-bitowych będą funkcjonowały przy systemie operacyjnym dla procesorów 64-bitowych. Na stronach producenta systemu operacyjnego Windows wprost znajduje się informacja, iż część aplikacji 32-bitowych nie będzie działała na 64-bitowym systemie operacyjnym. Producent wskazuje na problemy z programami antywirusowymi, sterownikami urządzeń zaprojektowanych dla 32-bitowej wersji systemu operacyjnego, drukarkami i innymi urządzeniami, dla których są dostępne tylko sterowniki 32-bitowe. Dodatkowo w wyjaśnieniach producenta zaznaczono: *„aby można było uruchomić 64-bitową wersję systemu Windows, komputer musi być wyposażony w procesor 64-bitowy”*.

W ofercie konsorcjum Koncept, w formularzu ofertowym - Opis oferowanego sprzętu - tabela oprogramowanie wykonawca zaoferował: Windows 8 Prof. 64-bit PL z downgrade dla Windows 7 i Windows Vista. Oznacza to, że konsorcjum Koncept zaoferowało wprost rodzaj oprogramowania dla systemów operacyjnych 64-bitowych, a nie tak jak wymagał zamawiający 32-bitowych.

Odwołujący zwrócił uwagę na informacje wynikające z umowy licencyjnej dotyczącej oprogramowania Microsoft - wyciąg warunków licencyjnych dla wersji preinstalowanych. Na stronie 3 Umowy - Postanowienia dodatkowe, Prawa licencyjne i możliwość korzystania z oprogramowania przez wielu użytkowników producent podkreśla, że są „różne wersje” oprogramowania tj. 32 i 64 bit.

Powyższe okoliczności zostały wskazane zamawiającemu w piśmie odwołującego z dnia 18 czerwca 2013 r. Na etapie badania ofert zamawiający mając wiedzę na temat ww. okoliczności zamiast odrzucić ofertę skoro jej treść nie opowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podjął nieuprawnione negocjacje z konsorcjum, a poprzez niedozwolone w świetle ustawy Pzp, a w szczególności art. 87 ust 1 ustawy Pzp czynności zamawiający dopuścił do zmiany oferty konsorcjum Koncept.

Odnosząc się do oferty PIOMAR odwołujący wskazał, co następuje:

1. W wierszu „Wsparcie techniczne” tabeli załącznika Opis oferowanego sprzętu jest wymóg: „Dostęp do aktualnych sterowników zainstalowanych w komputerze urządzeń, realizowany poprzez podanie modelu lub numeru seryjnego na stronie

internetowej producenta urządzenia - Wykonawca zobowiązany będzie do podania adresu strony oraz sposobu realizacji wymagania (opis uzyskania w/w informacji).

Zdaniem odwołującego, pod adresem internetowym podanym przez spółkę PIOMAR w formularzu ofertowym nie są udostępnione sterowniki dla urządzeń oferowanych z systemem systemu Windows 8 Pro w wersji 32-bitowej. Na stronie widnieje jedynie oprogramowanie/firmware dla Intel(R) Management Engine. Tym samym treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z. we wskazanym punkcie.

2. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą „dokumentu zawierającego wyniki benchmarkowania dla oferowanego przez wykonawcę sprzętu (udostępnione na stronie producenta benchmarku <http://bapco.com/> lub innej niezależnej od producenta lub wykonawcy stronie prezentującej wyniki pomiarów wydajności sprzętu przy wykorzystaniu tego benchmarku lub wykonane przez Wykonawcę przy wykorzystaniu tego benchmarku). Jeżeli wykonawca nie dysponuje takim dokumentem (nie zostanie on złożony) zamawiający zastosuje procedurę określoną w rozdziale XVI ust. 1 SIWZ.”

Oferowane komputer zgodnie z wymaganiami zamawiającego miały osiągnąć wynik minimum 162 punkty w Sysmark 2007 Preview Rating.

Zdaniem odwołującego, zamiast wydruku z oprogramowania testującego wykonawca Piomar załączył do oferty rzut ekranu ukrywając szczegóły przeprowadzanego testu, między innymi model i wielkość dysku twardego. Zamawiający tym samym nie miał możliwości weryfikacji, czy przeprowadzone testy zostały wykonane na oferowanym komputerze. Również i w tym punkcie wykonawca nie potwierdził, że treść oferty odpowiada treści s.i.w.z.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oferty konsorcjum Koncept, Izba stwierdziła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostawa wraz z rozładunkiem i rozmieszczeniem przez wykonawcę do miejsc dostawy i pomieszczeń wskazanych przez zamawiającego 6 539 sztuk komputerów PC (4671 sztuk zakup podstawowy oraz do 1868 sztuk prawo opcji) wraz z oprogramowaniem i dokumentami licencyjnymi zwanego dalej „Sprzętem”.

Zamawiający wyjaśnił, że szczegółowy opis cech, parametrów, funkcjonalności, konfiguracji oraz dokumentacji technicznej i wyposażenia sprzętu oraz szczegółowy



opis cech, parametrów, funkcjonalności oprogramowania określa załącznik E do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający zaproponował wykorzystanie przez wykonawców wzoru formularza ofertowego (stanowiącego załącznik do s.i.w.z.) wraz z załącznikiem określającym markę i model oferowanego sprzętu i zainstalowanego oprogramowania. Jeśli wykonawca zastosował się do zaleceń zamawiającego w tym zakresie, winien był prócz formularza oferty wypełnić i załączyć do niego załącznik do formularza oferty - opis oferowanego sprzętu.

W treści tego formularza zostało zamieszczone oświadczenie o treści: „*Oświadczam, że oferowane urządzenia spełniają wymagania określone w załączniku E do SIWZ - Opis cech, parametrów.*” W załączniku E do s.i.w.z. - opis cech, parametrów, funkcjonalności, konfiguracji oraz dokumentacji technicznej i wyposażenia sprzętu w rubryce dotyczącej wymogów oprogramowania zamawiający wskazał „system operacyjny w wersji dla procesorów 32-bitowych”, przy czym jednocześnie wymagał, by wykonawca wersję instalacyjną systemu operacyjnego dostarczył na nośniku. Ponadto w rubryce pn. „Typ i zastosowanie” załącznika E do s.i.w.z. zamawiający doprecyzował, że chodzi o „*komputer All In One wykorzystywany do aplikacji biurowych, pakietu biurowego, obsługi e-mail, obsługi maszyn wirtualnych*”.

Konsorcjum Koncept, w załączniku do formularza oferty - opis oferowanego sprzętu w rubryce:

- „producent oferowanego sprzętu” wskazało „Lenovo”,
- „Model oferowanego sprzętu” wskazało „Lenovo C440 All-in-One”,
- „Oprogramowanie” podało: „Windows 8 Prof. 64-bit PL z downgrade do Windows 7, Windows Vista”.

Jednocześnie konsorcjum Koncept oświadczyło, że oferowane urządzenia spełniają wymagania określone w załączniku E do s.i.w.z. - opis cech, parametrów.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż - wbrew twierdzeniom Odwołującego – zamawiający nie określił swych wymagań, jako dostarczenie sprzętu, tu komputerów z zainstalowanym już systemem operacyjnym dla procesorów 32 bitowych. Wręcz odwrotnie, zamawiający nie zamierzał ograniczać wykonawców koniecznością instalacji w komputerach systemu operacyjnego, lecz dopuścił przekazanie nośników instalacyjnych z systemem operacyjnym w wersji 32 bitowej - obok komputerów. Zamiaru tego jasno wyrażonego dowodzi treść załącznika E do s.i.w.z. Tym samym odwołujący pozostaje w błędzie twierdząc, że zamawiający domagał się dostawy

komputerów z zainstalowanym od razu systemem operacyjnym w wersji 32 bitowej, warunek specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełniłyby bowiem i oferty dotyczące tzw. „nagich komputerów”, pod warunkiem dołączenia przez wykonawcę nośnika instalacyjnego systemu operacyjnego w wersji dla 32 bitowego procesora. Twierdzenie odwołującego stoi zatem w sprzeczności z treścią s.i.w.z.

Izba wskazuje, że wszyscy wykonawcy, w przedmiotowym postępowaniu, zaoferowali procesory 64 bitowe (w tym odwołujący), choć zamawiający nie postawił w s.i.w.z., w tym zakresie, żadnych wymagań. Zgodnie z s.i.w.z. wersja instalacyjna systemu operacyjnego winna być przekazana zamawiającemu na nośniku. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, zaoferowali również - system operacyjny Windows, którego twórcą i właścicielem praw autorskich (w tym praw do udzielania licencji) jest - Microsoft Corp.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z podstawową wiedzą informatyczną i technologiczną na komputerach z takimi procesorami można zainstalować system operacyjny Windows 8 Pro zarówno w wersji 32-bitowej jak i 64-bitowej. Ponadto w systemie operacyjnym Windows 8 Pro w wersji 64-bitowej można zainstalować sterowniki i programy użytkowe wersjach 32-bitowych i 64-bitowych.

Konsorcjum Koncept, w załączniku do formularza oferty w rubryce pn. „Oprogramowanie” podało: „Windows 8 Prof. 64-bit PL z downgrade do Windows 7, Windows Vista. Jednocześnie wykonawca oświadczył, że oferowane urządzenia spełniają wymagania określone w załączniku E do s.i.w.z. - opis cech, parametrów.

Zamawiający, badając ofertę uznał, że zaistniała potrzeba wyjaśnienia ewentualnej wewnętrznej sprzeczności oferty. Z jednej bowiem strony konsorcjum Koncept podało, że oferuje system operacyjny w wersji 64 bit, z drugiej zaś oświadczyło, że oferta spełnia wymagania załącznika E do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem zobowiązało się dostarczyć na nośniku 32 bitową wersję instalacyjną systemu operacyjnego.

Zamawiający w celu wyjaśnienia wątpliwości w zakresie wersji oprogramowania w dniu

21 czerwca 2013r. postanowił skorzystać z uprawnienia, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwał konsorcjum Koncept do złożenia wyjaśnień w zakresie powstałych rozbieżności, co do wersji oferowanego oprogramowania na nośnikach instalacyjnych.

Pismem z dnia 21 czerwca 2013 r. zamawiający wezwał konsorcjum Koncept do złożenia wyjaśnień, czy złożona oferta obejmuje nośniki instalacyjne z systemem operacyjnym Windows 8 Pro w wersji dla procesorów 32 bit.

W dniu 24 czerwca 2013 r. konsorcjum Koncept oświadczyło, że oferta jest w pełni zgodna z wymaganiami s.i.w.z. i obejmuje nośniki instalacyjne z systemem operacyjnym Windows 8 Pro w wersji dla procesorów 32 bit.

Zamawiający przyjął wyjaśnienia konsorcjum Koncept za wystarczające, uzasadnione

i nieskutkujące zmianą oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jak wskazał zamawiający, producent komputerów osobistych Lenovo standardowo wyposaża komputery w system operacyjny Windows w wersji dla procesorów 64 bit oraz 32 bit.

Reasumując, zamawiający przyjął, że oferta konsorcjum Koncept obejmuje obie wersje systemu operacyjnego Windows 8 Pro i na ten fakt nie ma żadnego wpływu (w tym sensie, że nie jest w stanie ograniczyć tej oferty do jednej z wersji oprogramowania tzn. 32 bitowej lub 64 bitowej). Jest to obiektywna okoliczność wynikająca z cech systemu operacyjnego (założone przez twórcę Microsoft swobodne przejście z jednej wersji oprogramowania na drugą), zasad udzielania licencji przez Microsoft użytkownikowi końcowemu w ramach modelu OEM, wykorzystywanego standardowo przez producenta komputerów PC - Lenovo.

W konsekwencji, zdaniem zamawiającego, oferta konsorcjum Koncept spełnia warunki s.i.w.z. w kwestionowanym zakresie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba wskazuje, że odwołujący podniósł, wobec zamawiającego dwa zarzuty dotyczące oferty konsorcjum Koncept, a mianowicie zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Koncept z uwagi na okoliczność, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie niedopuszczalnej zmiany treści oferty w wyniku wezwania konsorcjum Koncept do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wskazując na naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z., z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, w treści odwołania nie podnosi argumentacji dotyczącej zastrzeżenia wynikającego z

omawianego przepisu, które to zastrzeżenie, w ocenie Izby ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Pominięcie tak istotnej kwestii i skupienie się wyłącznie na wykazaniu zaistnienia niezgodności treści oferty konsorcjum Koncept z treścią s.i.w.z. oraz argumentowaniu o niemożności usunięcia tej niezgodności przez wezwanie do złożenia wyjaśnień, nie może w konsekwencji powodować uznania słuszności zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, za zasadny.

Izba stoi na stanowisku, iż zamawiający w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie był uprawniony do wprowadzenia zmian w treści oferty konsorcjum Koncept. Omawiany przepis stanowi bowiem, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jak wynika z treści wskazanego przepisu legitymacja dla zamawiającego w zakresie możliwości wprowadzenia zmian w treści oferty została udzielona w trybie przepisu art. 87 ust. 1a oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Oznacza to, że o ile zamawiający w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, może wyjaśniać niejasną dla niego treść oferty, to zakazane jest wykonanie czynności poprawienia treści oferty w tym trybie.

Jak wynika z okoliczności przedmiotowego postępowania zamawiający wyjaśniając treść oferty konsorcjum Koncept, *de facto* w wyniku udzielonych wyjaśnień zmienił treść oferty tego wykonawcy w niedozwolony przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych – sposób. Izba wskazuje, że nie kwestionuje prawa do dokonania takiej zmiany, jednakże zwraca uwagę na niewłaściwy tryb dokonania tych zmian. Jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (w powyższym zakresie) pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Kluczowe znaczenie z tego punktu widzenia ma bowiem ocena, czy zaistniała niezgodność miała taki charakter, że nie podlegała usunięciu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który to przepis nakłada na zamawiającego usunięcie innych niż oczywiste omyłek, które nie powodują istotnej zmiany treści złożonej oferty. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że poprawienie oferty konsorcjum Koncept w zakresie niezgodności wskazania 64-bitowej zamiast 32-bitowej wersji systemu Windows 8 Pro nie ma charakteru omyłkowego.

Zgromadzony materiał dowodowy wskazuje wręcz na nieistotność takiej zmiany w odniesieniu do oferty, której zasadniczą treścią jest dostawa kilkuset komputerów konkretnego typu produkowanych przez Lenovo wraz z licencją do korzystania na nich

z systemu operacyjnego Windows 8 Pro. W szczególności Izba wskazuje na oświadczenie producenta Lenovo, który oświadczył, że licencja, którą dysponuje obejmuje uprawnienie do każdej wersji bitowej Windows 8 Pro, a zatem na każdym z komputerów można na jej podstawie zainstalować zarówno wersję 64-bitową jak i 32-bitową, z tym że nie jednocześnie, przy czym użytkownik końcowy będzie miał możliwość w każdym czasie zmiany jednej wersji na drugą.

Powyższe potwierdzają również warunki licencyjne załączone przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie.

Izba zwraca uwagę, że odwołujący przedstawiając na rozprawie dowód z kserokopii opakowań zawierających płyty instalacyjne oprogramowania Win Pro 8 Win 32 oraz Win Pro 8 64Bit wraz z kserokopią płyt nie zaprzeczył, że opakowania powyższe dotyczą wersji standardowych, pochodzących ze sprzedaży detalicznej, i że dla sprzedaży hurtowej (tak jak w przypadku przedmiotowego postępowania) opakowania znacznie się różnią.

Odnosnie oświadczeń złożonych przez przedstawicieli firm Komputronik Biznes (z dnia 29 maja 2013 roku) oraz Dell sp. z o.o. (z dnia 22 lipca 2013 roku) zgłoszonych jako dowód w sprawie przez odwołującego, Izba wskazuje, że z treści tych oświadczeń wynika jedynie konieczność uruchomienia w procesach produkcyjnych specjalnej procedury dostosowującej konfigurację komputerów do niestandardowych potrzeb zamawiającego. Dowody powyższe nie potwierdzają okoliczności wynikającej bezpośrednio z oświadczenia producenta komputerów Lenovo, dlatego też dowody te uznać należało, jako nieistotne dla rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego.

Jednocześnie z oświadczenia Lenovo Technology B.V. sp. z o.o. Oddział w Polsce (z dnia 11 lipca 2013 roku) wynika, że *powszechnie znaną, standardową praktyką największych producentów komputerów, do których należy również Lenovo, jest sprzedaż komputerów z preinstalowanym systemem w konkretnej wersji (zwykle w najwyższej dostępnej wersji, czyli obecnie Windows 8 Pro 64-bit). Standardowo do sprzętu nie są*

*dodawane żadne nośniki, natomiast każdy klient może bez dodatkowych opłat otrzymać nośniki systemu Windows 8 Pro zarówno w wersji 64-bit, jaki 32-bit.*

W ocenie Izby, powyższe stanowi przyczynek do ustalenia dlaczego w formularzu oferty konsorcjum Koncept określono właśnie w ten sposób oferowane wraz z komputerem oprogramowanie. W konsekwencji zamawiający był nie tyle uprawniony, a wręcz zobowiązany do zmiany treści oferty konsorcjum Koncept. Tyle tylko, że jak to już wcześniej zostało wskazane, nie powinno to nastąpić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, lub nie tylko polegać na jego zastosowaniu, lecz na formalnym zawiadomieniu przez zamawiającego konsorcjum Koncept o poprawieniu w jego ofercie stwierdzonej w toku jej badania omyłki.

Izba stoi na stanowisku, iż tryb dokonania poprawy oferty konsorcjum Koncept może budzić wątpliwości, niemniej skutek, jaki został osiągnięty nie zmienia *de facto* ostatecznej treści oferty (po poprawie). Powyższe wywieść można przez pozytywną odpowiedź na pytanie zadane przez zamawiającego, iż złożone wyjaśnienia potwierdzają objęcie ofertą nie tylko 64-bitowej wersji systemu Windows 8 Pro. W ocenie Izby oznacza to, że nie można stwierdzić, że oferta przystępującego konsorcjum Koncept została wybrana nieprawidłowo, gdyż nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią s.i.w.z.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Piomar, Izba wskazuje, co następuje.

W rubryce pn. „Wsparcie techniczne” załącznika E do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że w celu spełnienia wymogu dostępu do aktualnych sterowników zainstalowanych w komputerze urządzeń, realizowanego poprzez podanie modelu lub numeru seryjnego na stronie internetowej producenta urządzenia - wykonawca zobowiązany będzie do podania adresu strony oraz sposobu realizacji wymagania (opis uzyskania w/w informacji).

Przystępujący Piomar złożył ofertę, w której zobowiązał się do dostawy komputerów marki MSI, model MS-AC78 (nazwa marketingowa: MS-AE2282), a na stronie 27 oferty podał adresy dwóch stron internetowych:

<http://pl.msi.com/product/aio/Wind-Top-AE2282.html#/?div=Driver&os=Win8%2064>

oraz

<http://www.msi.com/product/aio/Wind-Top-AB2282.html#/?div=Driver&os=Win8%2064>

wraz z instrukcją, w jaki sposób należy postępować w celu pozyskania żądanych informacji.

Odwołujący zarzucił, że pod wskazanymi wyżej adresami internetowymi nie są udostępnione sterowniki dla oferowanych urządzeń. W ocenie odwołującego - oferta wykonawcy Piomar, z tej przyczyny, nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Izba wskazuje, że zamiarem zamawiającego było pozyskanie informacji, w jaki sposób zamawiający będzie mógł uzyskać dostęp do aktualnych (czyli najnowszych) sterowników do urządzeń (podzespołów) zainstalowanych w oferowanym komputerze, np. poprzez stronę internetową producenta komputera lub producenta (producentów) urządzeń zainstalowanych w komputerze. Wykonawca zobowiązany był do podania adresu strony (stron) internetowych i sposobu realizacji dostępu do sterowników, czyli informacji, jakie dane będzie musiał podać, aby mógł pobrać to oprogramowanie. I to żądanie wykonawca Piomar zrealizował prawidłowo. Fakt, że obecnie na wskazanych stronach internetowych znajduje się jedynie: dla systemu operacyjnego Windows 8 32-bit sterownik MEI (Management Engine Interface) Driver nie oznacza, że wykonawca Piomar złożył ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią s.i.w.z. Ponadto zwrócić należy uwagę, że w przypadku Windows 8 w wersji 64-bit, jak Windows 7 w wersji 32-bit i wersji 64-bit, producent udostępnił sterowniki do różnych podzespołów komputera (AHCI Driver, USB 3.0 Driver, USB 3.0 Driver ,CIR Driver, TV Tuner Driver, Card Reader Driver, VGA Driver, WLAN Driver, Wifi Driver, LAN (NC) Driver, Chipset Driver). Strony internetowe są opracowane przez producenta komputera. Tym samym wykonawca nie ma bezpośredniego wpływu na ich zawartość. Powyższe potwierdza również dowód zgłoszony przez przystępującego Piomar, tj. oświadczenie producenta komputerów, który wskazał, że od dnia 29 maja 2013 roku MSI umieszcza sterowniki przeznaczone dla komputera model: MS-AC7B, nazwa marketingowa: MS-AE2282 (stanowiące przedmiot oferty) pod adresem internetowym wskazanym w ofercie przystępującego Piomar.

Dlatego też Izba, zarzut powyższy uznała za niezasadny.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wyników benchmarku, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest niezasadny.

Zamawiający sformułował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymóg złożenia dokumentu zawierającego wyniki benchmarkowania dla oferowanego przez wykonawcę sprzętu (udostępnione na stronie producenta benchmarku <http://bapco.com/lub> innej niezależnej od producenta lub wykonawcy stronie prezentującej wyniki pomiarów wydajności sprzętu przy wykorzystaniu tego benchmarku lub wykonane przez wykonawcę przy wykorzystaniu tego benchmarku). Jednocześnie zamawiający przewidział alternatywę w przypadku, gdy wykonawca nie złoży dokumentu z wynikami benchmarkowania.

Odwołujący zarzucił, że oferta wykonawcy Piomar jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia również z tej przyczyny, że wyniki benchmarkowania nie zostały przedstawione przez wykonawcę Piomar w formie wydruku z oprogramowania testującego, lecz przyjęły postać tzw. „zrzutu ekranu”, ukrywając w ten sposób szczegóły przeprowadzonego testu wydajności sprzętu.

Z powyższym stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić.

Izba wskazuje, że zagadnienie benchmarku zostało określone w załączniku E do s.i.w.z.

w rubryce pn. „Wydajność obliczeniowa”: *Minimum 162 punktów osiągniętych w Sysmark 2007 Preview Rating (wynik jest średnią notą ze wszystkich testów) dla systemu operacyjnego Windows 7 Professional 32-bit Spl.*

Ponadto zamawiający w s.i.w.z. zastrzegł: *Wskazane jest złożenie dokumentu zawierającego wyniki benchmarkowania dla oferowanego przez Wykonawcę Sprzętu (udostępnione na stronie producenta benchmarku <http://bapco.com/lub> innej niezależnej od producenta lub wykonawcy stronie prezentującej wyniki pomiarów wydajności sprzętu przy wykorzystaniu tego benchmarku lub wykonane przez Wykonawcę przy wykorzystaniu tego benchmarku). Jeżeli Wykonawca nie dysponuje takim dokumentem (nie zostanie on złożony) Zamawiający zastosuje procedurę określoną w Rozdziale XVI ust. 1 SIWZ.*

Wykonawca w załączniku do formularza oferty, w wierszu wydajność obliczeniowa, zobowiązany był podać wynik SYSmark® 2007 Preyiew Rating.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą dokumentu zawierającego wyniki benchmarkowania dla oferowanego przez wykonawcę sprzętu. Wynik te mogły pochodzić ze strony producenta benchmarku (<http://bapco.com>) lub innej niezależnej od producenta lub wykonawcy stronie prezentującej wyniki pomiarów wydajności



sprzętu przy wykorzystaniu tego benchmarku lub wykonane przez wykonawcę przy wykorzystaniu tego benchmarku.

Zamawiający nie określił ani postaci tego dokumentu, ani jego szczegółowej zawartości. Mógł to być wydruk pliku \*.xml wygenerowany przez program SYSmark® 2007 Preview, wydruk wyniku testu umieszczony na stronie internetowej <http://bapco.com>, wydruk innej strony prezentującej wyniki pomiarów wydajności itp. Dokument ten mógł, ale nie musiał zawierać szczegółowych informacji o testowanym komputerze. Istotne, aby dokument przedstawiał wartość wyniku Sysmark 2007 Preview® Rating dla oferowanego komputera.

Przystępujący Piomar załączył do oferty (strona 25) jednostronicowy dokument, który zawierał „zrzut ekranu” z programu SYSmark 2007 Preview oraz „zrzuty ekranu” programów Control Panel i System Information systemu operacyjnego Windows7 Professional.

„Zrzut ekranu” z programu SYSmark 2007 Preview zawiera rezultaty (Scores) testu SYSmark 2007 Preview (Viewing Test Results), w tym wynik SYSmark 2007 Preview Rating o wartości 173. „Zrzut ekranu” nie przedstawia rozwiniętej wersji, czyli informacji zawartych pod pozycjami Operating System Summary i Hardware Summary. Wskazać należy, że zamawiający nie żądał, aby informacje te były zawarte w dokumencie załączonym do oferty.

„Zrzuty ekranu” programów Control Panel i System Information systemu operacyjnego Windows7 Professional przedstawiają informacje o komputerze i systemie operacyjnym. W ten sposób uwiarygodniają, że test SYSmark 2007 Preview został przeprowadzony na komputerze MSI MS-AE2282.

Przedstawiony przez przystępującego Piomar dokument zawiera wyniki benchmarkowania programem SYSmark® 2007 Preview 1.06.1109. W ocenie Izby informacja powyższa została przedstawiona przez wykonawcę Piomar w jeden z dopuszczonych przez zamawiającego sposób, a zamawiający prawidłowo uznał, że informacja przedstawiona przez tego wykonawcę jest zgodna z wymaganiem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nadto wskazać należy, że odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że przystępujący Piomar celowo ukrył szczegóły przeprowadzonego testu i miało to wpływ na wynik oceny oferty wykonawcy Piomar. Odwołujący nie udowodnił również, że wynik punktacji uzyskanej przez oferowany przez Piomar model komputera nie

odpowiada rzeczywistości i został zafałszowany. W ocenie Izby przystępujący Piomar prawidłowo, zgodnie z wymaganiami zamawiającego załączył do oferty wynik przeprowadzonego testu benchmarkowania, korzystając z możliwości dopuszczonej przez zamawiającego, tj. przeprowadzenia testu przez wykonawcę przy użyciu benchmarku.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....