

sygn. akt: **KIO 2496/17, KIO 2513/17, KIO 2526/17**

WYROK
z dnia 4 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk
Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach: 14, 15 i 28 grudnia 2017 r., w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 27 listopada 2017 roku, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. S.A., (...), M. sp. z o.o. S.K.A., S. sp. z o. o. (KIO 2496/17),**
- B) w dniu 27 listopada 2017 roku, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. D. S. S.A. z siedzibą w G., (...), A. P. S.A. z siedzibą w R. (KIO 2513/17),**
- C) w dniu 27 listopada 2017 roku, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **I. S. sp. z o.o., (...), O. P. S.A. (KIO 2526/17),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa, (...),**

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.P.N.P. S.A., K. Sp. o.o., (...),** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2496/17, KIO 2513/17 i KIO 2526/17 – po stronie zamawiającego,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. D. S. S.A., A. P.S.A., (...),** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2496/17 i KIO 2526/17 po stronie zamawiającego,

- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **I. S. Sp. z o.o., O. P. S.A., (...)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2496/17 - po stronie zamawiającego,
- 4) wykonawcy **W. S.A., (...)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2496/17, KIO 2513/17 i KIO 2526/17 - po stronie zamawiającego,
- 5) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. S.A., M. Sp. z o.o. S.K.A., S. Sp. z o.o., (...)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2513/17 i KIO 2526/17 - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, odrzucenie ofert:
1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.P.N.P. S.A., K. Sp. o.o.**, 2) wykonawcy **W. S.A.**, 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. S.A., M. sp. z o.o. S.K.A., S. sp. z o.o.**, 4) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. D. S. S.A., A. P.S.A.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. S.A., M. sp. z o.o. S.K.A., S. sp. z o. o. (KIO 2496/17)**, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. D. S. S.A. z siedzibą w G., A. P.S.A. z siedzibą w R. (KIO 2513/17)**, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **I. S. sp. z o.o., O. P. S.A. (KIO 2526/17)**, tytułem wpisu od odwołań,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D. S.A., M. sp. z o.o. S.K.A., S. sp. z o.o.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.3. zasądza od zamawiającego **Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. D. S. S.A., A. P.S.A.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 2.4. zasądza od zamawiającego **Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **I. S. sp. z o.o., O. P. S.A.** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Zakup komputerów stacjonarnych, drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych oraz dostawa produktów, zaprojektowanie i wdrożenie podsystemów technicznych tworzących Centralne Usługi Infrastrukturalne w ramach projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2017 roku, pod numerem 2017/S 124-253146.

Dnia 16 listopada 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

KIO 2496/17

Dnia 27 listopada 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: D. S.A., M. sp. z o.o. S.K.A., S. sp. z o. o. (dalej „*odwołujący*” lub „*konsorcjum DMS*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum A.P.N.P. S.A., „K.” Sp. z o.o. (dalej: „*konsorcjum APN*”),
- zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum APN,
- zaniechaniu odrzucenia oferty W. S.A.,
- zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum I. S. Sp. z o.o., O. P. S.A. (dalej: „*konsorcjum IS*”),
- zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum A. D. S. S.A., A. P.S.A. (dalej: „*konsorcjum A.*”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia ofert: konsorcjum APN, W., konsorcjum IS oraz konsorcjum A. pomimo, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 89 ust 1 pkt 7b oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum APN i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą pomimo, że wykonawca ten wbrew przepisom prawa oraz postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia *de facto* nie wniósł skutecznie wadium, a przynajmniej nie wniósł go w sposób prawidłowy tj. gwarantujący zamawiającemu

zabezpieczenie jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie, w szczególności w art. 46 ustawy Pzp;

- 3) art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum A. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty;
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum APN, konsorcjum A., konsorcjum IS do uzupełnienia dokumentów;
- 5) art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum APN do uzupełnienia pełnomocnictw;
- 6) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum APN i konsorcjum A. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów;
- 7) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych przez konsorcjum APN informacji zawartych w postaci wykazu dostaw/usług i dokumentów potwierdzających należytą ich realizację;
- 8) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert konsorcjum APN, W., konsorcjum IS i konsorcjum A.,
4. nakazanie zamawiającemu odrzucenie ofert konsorcjum APN, W., konsorcjum IS i konsorcjum A.,
5. nakazanie zamawiającemu wezwanie konsorcjum A. do złożenia wyjaśnień,
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz pozostałych dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę oraz zajmuje 2 miejsce w rankingu ofert. Uwzględnienie odwołania spowoduje odrzucenie oferty konsorcjum APN oraz pozostałych ofert, a w konsekwencji wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej (po wezwaniu do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp). Kwestionowanie ofert znajdujących się na dalszych pozycjach zwiększa szanse odwołującego na pozyskanie zamówienia. Odwołujący podniósł, że w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia

zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Pisma procesowe złożyli również wykonawcy przystępujący do postępowania odwoławczego, tj. konsorcjum APN oraz wykonawca W..

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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 stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia 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 w części, zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 – dotyczący konsorcjum APN i sposobu licencjonowania.

Odwołujący podniósł, iż konsorcjum APN w złożonej w postępowaniu ofercie, wypełniając formularz ofertowy nie określiło sposobu licencjonowania, czego wymagał zamawiający. Powyższe świadczy o konieczności odrzucenia oferty konsorcjum APN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu sprzeczności jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ponadto oferta konsorcjum APN jest także sprzeczna z rozdz. IX pkt 14 s.i.w.z. o treści: „*Oferta powinna być złożona na Formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ*”.

Zamawiający w załączniku nr 3 do s.i.w.z. - formularz ofertowy do pkt 2 dotyczącego dostawy oprogramowania gotowego poczynił uwagę o następującej treści: „*W pkt 2*

Wykonawca wskazuje tylko te licencje, które są samodzielnym przedmiotem obrotu - ich wartość nie została skalkulowana w cenie Sprzętu, określonego w pkt 1, lub innego Oprogramowania Gotowego, określonego w pkt 2. Jeśli wartość określonej licencji została skalkulowana w cenie Sprzętu i jest z nim powiązana (licencja OEM) lub wartość została skalkulowana w cenie innego Oprogramowania Gotowego Wykonawca wskazuje to w punkcie dotyczącym określonej kategorii licencji np. licencje oprogramowania systemu operacyjnego komputerów stacjonarnych zostały ujęte w cenie Sprzętu wskazanego w pkt 1 a) i b) formularza ofertowego. Określając oferowane licencje Wykonawca określa również sposób licencjonowania (licencje nieograniczone, licencje na urządzenie, licencje na rdzeń, licencje na użytkownika itp.).”.

W ocenie Izby zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty konsorcjum APN, co było czynnością wadliwą i mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez odwołującego konsorcjum DMS. Z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego sprawy wynika bowiem, iż wykonawca konsorcjum APN w treści swojej oferty nie określił sposobu licencjonowania oferowanych przez siebie produktów, co w sposób bezpośredni stanowi jej sprzeczność (oferty) z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zamawiający żądał podania tej informacji w treści opracowanej przez siebie dokumentacji. Okolicznością bezsporną jest, że wymaganie to zostało postawione we wzorze formularza oferty. Zamawiający twierdził, iż wymaganie to należy traktować jedynie jako instrukcję i tylko w odniesieniu do zaoferowania przez wykonawców rozwiązania równoważnego. Ze stanowiskiem tym nie sposób się zgodzić, albowiem należy zauważyć, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z jej wszystkimi załącznikami stanowi jej nierozdzielalną całość, a treść należy odczytywać łącznie. Nadto zamawiający w żadnej części swojej dokumentacji nie podał, że ww. wymagane dane żądane są tylko informacyjnie i tylko w odniesieniu do rozwiązań równoważnych, co oznacza, że każdy z wykonawców miał obowiązek podania sposobu licencjonowania oferowanych produktów. Dane takie stanowiąc będą *essentialia negotii* przyszłej umowy, a brak ich zdefiniowania wywołuje skutek w postaci negocjowania treści oferty w odniesieniu do elementów, które mają znaleźć się w umowie. Negocjacje takie są zaś wprost zakazane treścią przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła również stanowiska konsorcjum APN, że samo podanie ilości licencji, samo w sobie potwierdza sposób licencjonowania. Wskazać bowiem należy, iż z żadnej części oferty konsorcjum APN nie wynika jaki sposób licencjonowania wykonawca ten zaoferował, a możliwości jest przynajmniej kilka. Tym samym wada oferty konsorcjum APN wprost wpisuje się w dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a to oznacza, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty konsorcjum APN, na podstawie tego przepisu.

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut ten Izba uznała za zasadny.

Zarzut nr 2 – dotyczący konsorcjum APN i wadium.

Odwołujący podniósł, iż gwarancja wadialna została wystawiona tylko na jednego z członków konsorcjum APN, tj. A.P.N.P. S.A., (...), tymczasem wykonawcą składającym ofertę w postępowaniu jest konsorcjum, a nie pojedynczy wykonawca. W treści gwarancji APN jednoznacznie zdefiniowano „Wykonawcę” - A.P.N.P. S.A. Z treści tej gwarancji wynika, że gwarancja zabezpiecza ofertę złożoną przez „Wykonawcę” - A.P.N.P. S.A. Istotny jest fakt, że w treści gwarancji APN nie wskazano przy zdefiniowanym „Wykonawcy”, że działa on jako lider, pełnomocnik czy w imieniu własnym i na rzecz innego podmiotu. Nadto pełnomocnictwo konsorcjalne załączone do oferty APN zostało udzielone później, niż data wystawienia gwarancji APN. Także z treści tego pełnomocnictwa nie wynika, aby lider miał uzyskać wadium, lecz wynika z niego jedynie, że lider miał je wnieść zamawiającemu. Zdaniem odwołującego wykonawca zarówno w treści oferty, jak i w treści gwarancji wadialnej tę ofertę zabezpieczającej powinien być ten sam. Jeśli więc nie jest to ten sam wykonawca, nie można przypisać danej gwarancji do danej oferty - tym samym z jednej strony nie ma więc oferty zabezpieczonej gwarancją wadialną, a z drugiej - gwarancją nie została zabezpieczona złożona oferta. W takiej sytuacji oferta konsorcjum APN powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7b oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca ten wbrew przepisom prawa *de facto* nie wniósł skutecznie wadium, a przynajmniej nie wniósł go w sposób prawidłowy tj. gwarantujący zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie, w szczególności w art. 46 ustawy Pzp, a zaniechanie jej odrzucenia stanowi naruszenie wskazanych przepisów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest zasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie opisał w jakiś szczególny sposób treści gwarancji wadialnej składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. nie zawarł dodatkowych wymogów formalnych w przypadku, gdy ofertę wspólną będą składali wykonawcy, więcej niż jeden, powszechnie nazywani konsorcjum. Zamawiający w treści s.i.w.z. podał jedynie ogólne informacje, co do wysokości kwoty wadium, terminu jej wniesienia oraz formy. Dodatkowo zamawiający podał jedynie, że cyt. *„Wadium wnoszone w formach określonych w ust. 3 pkt 2)-5) musi zawierać oprócz sygnatury postępowania PK XF 261.11.2017 zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela z tytułu wystąpienia zdarzeń, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, przy czym: dokumenty te będą zawierały klauzule zapłaty sumy wadialnej na rzecz Zamawiającego bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, dokumenty te zostaną złożone w oryginale.”*. Innych wymogów zamawiający nie określił.

Nie mniej, w ocenie Izby takie dodatkowe informacje czy wymagania w zakresie informacji mających znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści gwarancji wadialnej nie muszą być przez zamawiającego wskazane, albowiem z ogólnie obowiązujących przepisów wprost wynika, że jeżeli wykonawcy składają swoją ofertę wspólnie, to gwarancja wadialna winna wskazywać wszystkich wykonawców lub jeżeli wykonawcy ustanowili pełnomocnika, który będzie działał i wykonywał wszystkie bądź określone czynności w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to taka informacja winna znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści takiej gwarancji. Wymóg takiego wypełnienia treści gwarancji zabezpiecza bowiem zamawiającego, w przypadku uruchomienia procedury zatrzymania wadium. Abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej powoduje, że powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. Nawet gdyby członkowie konsorcjum byli zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to byłaby to cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy) niewpływająca na treść stosunku gwarancji. Przede wszystkim zaś roszczenie o zawarcie umowy powstaje dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, tymczasem wadium powinno zabezpieczać ofertę wykonawcy już od momentu jej złożenia. Zatem nawet jeśli powstaje solidarna odpowiedzialność, to powstaje ona dopiero później, a wadium ma zabezpieczać ofertę przez cały okres jej związania — także kiedy nie ma solidarnej odpowiedzialności. Izba nie uwzględniła dowodu zgłoszonego przez konsorcjum APN, tj. złożonych dwóch pierwszych zaparafowanych stron umowy o współpracy, albowiem nie świadczą one wcale o jej zawarciu, lecz co najwyżej o parafowaniu dokumentu, co przecież nie ma żadnej doniosłości prawnej. Nadto nie jest pewne, konsorcjum APN tego nie udowodniło, że pozostałe postanowienia umowy nie wyłączają jakiegось szczególnej procedury związanej z powstaniem konsorcjum. Jak słusznie wskazał odwołujący, konsorcjum nie jest osobnym podmiotem prawnym, lecz grupą podmiotów ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Konsorcjum nie jest uważane z mocy prawa za podmiot prawa, mogący we własnym imieniu zaciągać prawa i obowiązki. Wobec powyższego istotne znaczenie może mieć okoliczność, który z członków konsorcjum np. odmówił zawarcia umowy, co powinno skutkować zatrzymaniem wadium. W samym dokumencie gwarancji APN wskazano, że *„Złożenie żądania zapłaty oraz Oświadczenia Beneficjenta niezgodnie z postanowieniami Gwarancji albo brak potwierdzenia banku Beneficjenta, o których mowa powyżej, stanowią podstawę do odmowy przez Gwaranta wypłaty żądanej przez Beneficjenta kwoty”*. Zatem oświadczenie złożone przez zamawiającego zawierające wskazanie, że jest ono składane w związku z udziałem w A.P.N.P. S.A. w postępowaniu w ramach konsorcjum lub w związku z działaniem innego wykonawcy wchodzącego w skład konsorcjum APN dawałoby wystawcy gwarancji możliwość uchylenia się od zapłaty. Takie oświadczenie byłoby bowiem sprzeczne

z treścią gwarancji APN, która jako wykonawcę definiuje wyłącznie A.P.N.P. S.A., a jak zważył Sąd Najwyższy w wyroku z 25 stycznia 1995 r., sygn. akt III CRN 70/94, dotyczącym odpowiedzialności gwaranta z gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie, odpowiedzialność ta nie jest nieograniczona i nie może być traktowana w sposób bezwzględny. Zgodnie z tym rozstrzygnięciem pomimo wystawienia gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie jej wystawca może się uchylić od zapłaty, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 353¹ k.c.) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.). Sąd Najwyższy także w wyroku z dnia 20 września 2013 r., sygn. akt II CSK 670/12 stwierdził, że gwarancja występująca we współczesnym obrocie prawnym, w tym także gwarancja bankowa, jest umową. Dlatego też umowa winna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji. Gwarancja APN tych wymagań nie spełnia, dlatego też Izba stwierdziła, że oferta konsorcjum APN podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W przedmiotowej sprawie wystąpiła okoliczność wyrażająca się stwierdzeniem, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Zarzut nr 3 – dotyczący konsorcjum APN i pełnomocnictwa.

Odwołujący podniósł, że konsorcjum APN załączyło w złożonej ofercie pełnomocnictwo konsorcjalne upoważniające lidera do działania w imieniu tego konsorcjum, które zostało udzielone w dacie 30 sierpnia 2017 roku (str. 58-59 oferty). Jednocześnie lider konsorcjum APN upoważnił p. J.P. do reprezentowania go w postępowaniu w dniu 7 sierpnia 2017 r. (str. 65 oferty). Pełnomocnictwo udzielone p. J.P. jest wadliwe, ponieważ: nie wynika z niego upoważnienie do reprezentowania konsorcjum, lecz jedynie upoważnienie do reprezentowania spółki A.P.N.P. S.A., w dniu udzielenia pełnomocnictwa p. J.P. lider konsorcjum APN nie był upoważniony do udzielenia dalszych pełnomocnictw w imieniu „K.” Sp. z o.o. - członka konsorcjum APN. P. J.P. powinna reprezentować w postępowaniu wszystkich członków konsorcjum APN, a nie tylko jego lidera. W związku z faktem, że osoba ta podpisała samodzielnie szereg dokumentów wchodzących w skład oferty, powinna posiadać umocowanie do reprezentowania wykonawcy - wszystkich członków konsorcjum, a nie tylko jednego z nich. Wobec powyższego, zamawiający powinien wezwać konsorcjum APN do uzupełnienia pełnomocnictw, ze względów wskazanych powyżej. Zaniechanie wezwania do ich uzupełnienia stanowi naruszenie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp.

Zdaniem Izby zarzut jest zasadny. Zasadą jest bowiem, która znajduje również swoje odzwierciedlenie w przepisach kodeksu cywilnego, iż nie można przenosić więcej praw niż się samemu posiada, z łac. *Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Izba w zakresie tego zarzutu nie podziela stanowiska prezentowanego przez zamawiającego, który twierdził, że działanie takiego pełnomocnika należy interpretować podobnie jak do działania za spółkę zarządu lub prokurenta i tym samym nie jest istotna data udzielenia pełnomocnictwa dla J.P. Dodatkowo należy podnieść, iż czynność prawna w postaci udzielenia pełnomocnictwa głównego nie może być dokonana później niż udzielenie pełnomocnictwa dalszego. Podstawą pełnomocnictwa dalszego jest bowiem pełnomocnictwo główne, a zatem chronologia dokonanych czynności winna być następująca: w pierwszej kolejności udziela się pełnomocnictwa głównego, a dopiero potem pełnomocnictwa dalszego. Jednocześnie należy podkreślić, że specyfika i formalizm cechujący postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie pozwalają na zastosowanie rozwiązań zawartych w art. 103 i 104 do działań pełnomocnika/substytutu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 335/13). Żaden z dokumentów wchodzących w skład oferty konsorcjum APN nie wskazuje na upoważnienie lidera tego konsorcjum do udzielenia pełnomocnictwa J.P., w dniu jego udzielenia.

Izba uznała zarzut powyższy za zasadny, jednakże z uwagi na okoliczność, iż oferta konsorcjum APN, w ocenie podlega odrzuceniu, Izba nie nakazywała zamawiającemu wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa.

Zarzut nr 4 – konsorcjum APN – komputery stacjonarne typ 1 i 2 – system operacyjny, Microsoft Office.

Odwołujący podniósł, iż konsorcjum APN jako komputer stacjonarny TYP 1 i TYP 2 zaoferowało komputer F. model (...). Na podstawie przeprowadzonego badania próbki odwołujący wskazał, że urządzenie zaoferowane jako komputer stacjonarny TYP 1 jest niezgodne z ww. wymaganiami zamawiającego, ponieważ zaoferowane urządzenie:

1) posiada zainstalowany system operacyjny Microsoft Windows 10 Professional 64 bit wymagający aktywacji, a zamawiający żądał niewymagającego aktywacji,

2) posiada Microsoft Office 2016 Standard wersja językowa PL 64 wymagający aktywacji, a zamawiający żądał niewymagającego aktywacji.

Zaś urządzenie zaoferowane jako komputer stacjonarny TYP 2 jest niezgodne z ww. wymaganiami zamawiającego, ponieważ, zaoferowane urządzenie posiada Microsoft Office 2016 Standard wersja językowa PL 64 wymagający aktywacji, a zamawiający żądał niewymagającego aktywacji.

Na dowód powyższych twierdzeń odwołujący na rozprawie przedłożył dowód, tj. oświadczenia producentów D.(2) i H. oraz zdjęcia, gdzie na zdjęciu 1 i 2 wskazuje, jak powinno być aktywowane oprogramowanie, a zdjęcia 3 i 4, to zdjęcia z próbki konsorcjum APN, z których wynika, że takie oprogramowanie nie zostało aktywowane.

Przystępujący konsorcjum APN, jako dowód przedłożyło wydruk z korespondencji e-mail, z której wynika jedynie, że produkty są licencjonowane „Per Device”.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że elementem próbki jest wskazane oprogramowanie. Jest ono częścią komputerów, zostało opisane przez zamawiającego w wymaganiach dla komputerów, ale co najważniejsze zamawiający wprost wskazał, że próbka ma zawierać oprogramowanie zgodne z ofertą wykonawcy. Oferta natomiast powinna być zgodna z załącznikiem nr 8 do s.i.w.z. - specyfikacja techniczna komputerów stacjonarnych, w tym zgodna z wymaganiem dla komputera stacjonarnego TYP 1 nr wymagania: P2-STA-SP-15 PKT 1 i 2 (str. 4 załącznika nr 8 do s.i.w.z.) i TYP 2 w wymaganiu nr P2-STA-SP-37 w pkt 1 i 2 (str. 17 załącznika nr 8 do s.i.w.z.). Bez znaczenia, w ocenie Izby jest fakt, iż odwołujący na etapie oceny próbek dokonywanej przez zamawiającego na prezentacji, nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń czy uwag do protokołu. Liczy się bowiem końcowy efekt tej oceny – czynność zamawiającego. Istotna jest również okoliczność, związana ze stanem próbek. Próbka, jako część oferty winna wskazywać jednolity stan na każdym etapie jej badania czy oceny. Zatem próbka, która wpływa do zamawiającego wraz z ofertą winna wykazywać spełnienie wymagań opisanych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami niezmiennie, przez cały okres związania ofertą. Tym samym nie jest istotne, kiedy odwołujący stwierdzi niezgodność treści oferty (próbki) z s.i.w.z., ważne jest aby była ona stwierdzona w terminie związania ofertą, jednocześnie w terminach umożliwiających wniesienie odwołania od wadliwej czynności zamawiającego. Nadto podnieść należy, że sam zamawiający w piśmie procesowym stanowiącym odpowiedź na odwołanie oświadczył, że cyt. *„Oprogramowanie zostało zainstalowane ponownie po zakończeniu testu. Również po zakończeniu testu został zidentyfikowany brak aktywacji oprogramowania Microsoft Office zainstalowanego na komputerze Wykonawcy.”*. Dalsze wyjaśnienia zamawiającego, że *„(...) nie można wykluczyć, że na komputerze dostarczonym z ofertą oprogramowanie Microsoft Office zostało zainstalowane poprawnie (było aktywowane) a w wyniku wadliwej ponownej instalacji nie zostało aktywowane po przeprowadzeniu testu.”*, nie mogą być uznane za wiarygodne, albowiem, tak jak to już wcześniej Izba wskazała, każda próbka ma potwierdzać zgodność z s.i.w.z. w całym okresie związania ofertą. Skoro zatem próbka nie spełnia wymagań treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to cała oferta konsorcjum APN podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe

potwierdzają zatem dowody złożone przez odwołującego. Zarzut powyższy Izba uznała za zasadny.

Zarzut nr 5 – konsorcjum APN – myszka, system diagnostyczny.

Odwołujący podniósł, iż przeprowadzone badanie próbki wskazało, że zaoferowane przez konsorcjum APN komputery stacjonarne TYP 1 i 2 posiadają myszki z oznaczeniem W47/16, co wskazuje na rok produkcji 2016. Przedmiotowe oznaczenie, nie oznacza np. daty wprowadzenia do obrotu, lecz właśnie rok produkcji. Oferta konsorcjum APN powinna zostać odrzucona z tego powodu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – *„Zestaw komputerowy musi być fabrycznie nowy, zakupiony w oficjalnym kanale sprzedaży producenta i posiadać pakiet usług gwarancyjnych kierowanych do użytkowników z obszaru Rzeczypospolitej Polskiej. Dostarczany sprzęt musi być fabrycznie nowy, wyprodukowany nie wcześniej niż w 2017 r.”*.

Ponadto odwołujący podniósł, iż oferta Konsorcjum APN powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu sprzeczności jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ zaoferowane przez konsorcjum APN komputery stacjonarne TYP 1 i 2, wbrew wyjaśnieniom tego wykonawcy, nie spełniają wymagań:

1) nr P2-STA-SP-19 pkt 2 (str. 10 załącznika nr 8 do s.i.w.z.) oraz P2-STA-SP-41 pkt 2 (str. 21 załącznika nr 8 do s.i.w.z.) *„Zaimplementowany w BIOS system diagnostyczny z graficznym interfejsem użytkownika”*,

2) nr P2-STA-SP-18 pkt 2 (str. 7 załącznika nr 8 do s.i.w.z.) oraz P2-STA-SP-40 pkt 2 (str. 19 załącznika nr 8 do s.i.w.z.): *„Pełna obsługa BIOS za pomocą klawiatury i myszy”*,
co ujawniło badanie próbki konsorcjum APN.

W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił, iż oznaczenie podane na myszy komputerowej, jest oznaczeniem daty produkcji. W zakresie tego zarzutu Izba przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia złożone przez przystępującego konsorcjum APN, uznając jednocześnie, że decydującym dowodem w tej sprawie jest oświadczenie złożone przez producenta sprzętu, który potwierdził, że oznaczenie kwestionowane przez odwołującego to jedynie data modelowa produktu, a nie data jego produkcji.

Co do zarzutu dotyczącego wymogu graficznego interfejsu użytkownika zaimplementowanego w BIOS systemu diagnostycznego Izba stwierdziła, iż wobec rozbieżności definicyjnej rozumienia sformułowania *„graficzny interfejs”* oraz braku zdefiniowania tego wymagania przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzut odwołującego uznać należało za bezzasadny, albowiem oparty został on jedynie o własną (odwołującego) interpretację tego wymagania, a zgodnie z przyjętą już i jednolitą linią orzeczniczą wszelkie wątpliwości i niejasności nie mogą

obciążać strony, co do której stawiane są zarzuty, mogące być różnie interpretowane przez strony i nie zostały jednoznacznie opisane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego pełnej obsługi BIOS za pomocą myszy i klawiatury, to stwierdzić należało, że konsorcjum APN rzeczzone wymaganie spełniło, albowiem w trakcie rozprawy zamawiający wskazał, że pewną czynność, tj. zainicjowanie programu odbywa się za pomocą myszy komputerowej, natomiast dalsza praca wymaga korzystania z klawiatury komputerowej. Podobnie jak wyżej, Izba wskazuje, że brak zdefiniowania przez zamawiającego zakresu wykorzystania myszy czy klawiatury komputerowej przy przyjęciu, że system wykorzystuje jeden i drugi osprzęt – czemu odwołujący nie zaprzeczył, oznacza spełnienie tego wymagania przez przystępującego konsorcjum APN.

Zarzuty powyższe Izba uznała za bezzasadne.

Zarzut nr 6 – konsorcjum APN – obudowa.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z wymaganiami załącznika nr 8 do s.i.w.z. nr P2-STA-SP-13 pkt 2 (str. 3 załącznika nr 8 do s.i.w.z.) zamawiający wymagał dla komputera stacjonarnego TYP 1: *„Obudowa fabrycznie przystosowana do pracy w orientacji pionowej i poziomej. Wyposażona w dystanse gumowe zapobiegające poślizgom obudowy i zarysowaniu lakieru [...]”*. Analogiczne wymaganie postawił zamawiający dla komputerów TYP 2 - nr P2-STA-SP-35 pkt 2 (str. 15 załącznika nr 8 do s.i.w.z.). Zdaniem odwołującego, konsorcjum APN zaoferowało rozwiązanie niefabryczne, własnego wykonania, polegające na naklejeniu pasków taśmy gumowej na blachę. W ofercie W. oferującej to samo urządzenie takie nóżki nie występują. Zapewne taka ingerencja miała na celu dążenie do spełnienia punktów nr 5 wymagań przywołanych powyżej *„Obudowa w jednostce centralnej musi być otwierana bez konieczności użycia narzędzi (wyklucza się użycie standardowych wkrętów, śrub motylkowych, śrub radełkowych)”*. Fabryczne rozwiązanie służące przystosowaniu komputera do pracy w pozycji pionowej przewiduje przymocowanie do boku obudowy komputera plastikowych podstawek, wyposażonych w gumowe podkładki. Zdaniem odwołującego naklejenie pasków gumowych przez konsorcjum APN stanowi rozwiązanie niefabryczne.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny, albowiem konsorcjum APN przedstawiło dowód w postaci oświadczenia producenta, który jednoznacznie oświadczył, że *„dystanse te (fabrycznie montowane gumowe dystanse) mocowane (naklejane) są na bocznej ścianie komputera, zarówno w układzie poziomym (...), jaki w pionowym (...). W rezultacie komputer jest wyposażony w dwa zestawy dystansów, z których każdy jest montowany (naklejany) na innej bocznej ścianie komputera.”*

Ponadto, dowody zgłoszone przez odwołującego potwierdzają jedynie, iż na rynku w standardowych komputerach znajdują się określone rozwiązania. Dowody nie potwierdzają, że rozwiązanie oferowane przez konsorcjum APN, nie jest fabryczne. Trudno również Izbie uwierzyć, że naklejanie podkładek dystansowych samodzielnie „w garażu” przez konsorcjum APN byłoby możliwe, albowiem przedmiotowe zamówienie obejmuje dostawę ok. 6 300 komputerów, i trudno sobie wyobrazić jaki nakład sił, kosztów i czasu potrzebny byłby wykonawcy na samodzielne dostosowanie obudowy komputera do wymagań zamawiającego. Nadto wskazać należy na obowiązek dostarczenia fabrycznych komputerów w fabrycznych, oryginalnych opakowaniach.

Zarzut nr 7 – konsorcjum APN – niefabryczny system diagnostyczny.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z wymaganiem P2-STA-SP-13 pkt 8 (str. 4 załącznika nr 8 do s.i.w.z.) dla komputera stacjonarnego TYP 1 oraz wymaganiem P2-STA-SP-35 pkt 8 (str. 16 załącznika nr 8 do s.i.w.z.) dla komputera stacjonarnego TYP 2: *„Oferowany system diagnostyczny nie może wykorzystywać minimalnej ilości wolnych slotów na płycie głównej, wymaganych w specyfikacji wnęk zewnętrznych oraz nie może być uzyskany przez konwertowanie, przerabianie innych złączy na płycie głównej, nie wymienionych w specyfikacji, a które nie są dedykowane dla systemu diagnostycznego.”*.

Odwołujący podniósł, iż płytką zawiadująca panelem „diagnostycznym” w komputerze stacjonarnym TYP 1 i 2 zaoferowanym przez konsorcjum APN wpięta jest w złącze opisane na płycie głównej jako TPM, a więc nie „dedykowane dla systemu diagnostycznego”, co wiązało się z konwertowaniem/przerobieniem złącza. Odwołujący przedłożył jako dowód dokumentację producenta F., gdzie wskazano, że płyta główna posiada wlutowany moduł TPM oraz dodatkowy slot TPM, który jednakże jest przeznaczony do podłączenia modułu TPM dedykowanego na rynek chiński.

Konsorcjum APN przedłożyło szereg dokumentów/oświadczeń przedstawiciela producenta F. w Polsce, który oświadczył, że: *„(...) dokumentacja dotycząca ww. komputerów, dostępna na stronach internetowych producenta F., dotyczy standardowej konfiguracji ww. komputerów, która różni się od konfiguracji ww. komputerów zaoferowanej w ww. postępowaniu (...), jest konfiguracją fabryczną oferowaną przez producenta F.”*, *„(...) zostaną zakupione w oficjalnym kanale sprzedaży producenta”*, *„(...) wskaźnik zasilania (dioda LED zasilania) nie jest systemem diagnostycznym, a w szczególności nie jest systemem diagnostycznym wymaganym w ww. postępowaniu”*, *„(...) przy produkcji komputerów stacjonarnych korzysta z wielu dostawców podzespołów/komponentów komputerowych i oprogramowania (...).”*

Wszystkie te oświadczenia Izba uznała za wiarygodne, co nie oznacza, że odwołujący postawił niezasadny zarzut. Wskazać bowiem należy, że płytką zawiadująca panelem

„diagnostycznym” w komputerze stacjonarnym TYP 1 i 2 zaoferowanym przez konsorcjum APN jest efektem modyfikacji dokonanych w fabrycznym komputerze producenta F.. Nadto w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wyraźnie postawił wymóg, że oferowany system diagnostyczny nie może wykorzystywać minimalnej ilości wolnych slotów na płycie głównej, wymaganych w specyfikacji wnek zewnętrznych oraz nie może być uzyskany przez konwertowanie, przerabianie innych złączy na płycie głównej, nie wymienionych w specyfikacji, a które nie są dedykowane dla systemu diagnostycznego. Konsorcjum APN, zaoferowało rozwiązanie, w którym moduł diagnostyczny został podłączony do slotu TPM, który nie jest dedykowany do systemu diagnostycznego. Sama definicja TPM wskazuje, że jest to moduł odpowiedzialny za szyfrowanie np. dysków czy generowanie liczb pseudolosowych, a jak to wynika z instrukcji oraz wyjaśnień odwołującego, czemu zamawiający i przystępujący konsorcjum APN nie zaprzeczyli, wolny slot TPM może być wykorzystany jako opcja, ale tylko na rynek chiński. Tym samym wykorzystanie wolnego slotu na module TPM, który służy do szyfrowania i przerobienie go w celu podłączenia modułu diagnostycznego, stanowi w ocenie Izby, niedozwoloną treścią s.i.w.z. modyfikację płyty głównej, co z kolei powoduje stwierdzenie, że oferta konsorcjum APN jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba uznała zarzut za zasadny.

Zarzut nr 8 - konsorcjum APN – BIOS, Testy BAPCO.

Odwołujący podniósł, że konsorcjum APN dokonało niedozwolonych modyfikacji BIOS, aby zapewnić poprawne działanie komputerów w związku z dokonanymi ingerencjami w zakresie systemu diagnostycznego, o których mowa powyżej. Taka ingerencja jest sprzeczna z § 6 załącznika nr 7 do s.i.w.z. Zasady przeprowadzenia prezentacji oferowanych zestawów komputerowych, który stanowi, że „[...] *Nie dopuszcza się stosowania ooclockingu, oprogramowania wspomagającego pochodzącego z innego źródła niż fabrycznie zainstalowane oprogramowanie przez producenta, ingerowania w ustawieniach BIOS (tzn. wyłączanie urządzeń stanowiących pełną konfigurację), jak również w samym środowisku systemu (tzn. zmniejszanie rozdzielczości, jasności i kontrastu itp.)*”. Zdaniem odwołującego, w związku z faktem, że ewentualna modyfikacja wersji BIOS może spowodować uzyskanie innej liczby punktów w tym teście, a zatem uzyskane podczas badania próbki wyniki należy uznać za niemiarodajne, a w konsekwencji nie można uznać, że oferta konsorcjum APN spełnia te wymagania.

Co do zarzutu dotyczącego BIOS, Izba stwierdziła, że konsorcjum APN w swoim komputerze zastosowało system BIOS, który wg. oświadczenia przedstawiciela producenta F. „(...) *w szczególności oświadczamy, że wersja BIOS R1.9.0.SR.5 dedykowana do*

oferowanych komputerów (...) będzie obowiązywać przez cały okres eksploatacji komputerów. Opcja tzw. „zamrożenia wersji BIOS” w ofercie F. dla konsorcjum APN została uwzględniona i wyceniona jako dodatkowa pozycja (...).”. Zdaniem Izby oferowana wersja BIOS, możliwa do opracowania i udostępnienia przez producenta, nie spełnia jednak wymagania zamawiającego, co do możliwości jej aktualizacji do najnowszych dostępnych wersji, albowiem jest wersją „zamrożoną”. Oznacza to, że zamawiający otrzyma wersję BIOS, która nie będzie mogła być aktualizowana albowiem poprzez aktualizację utraci wiele funkcji, których wymagał zamawiający w s.i.w.z. Zamawiający żądał dostarczenia oprogramowania umożliwiającego upgrade i instalację m.in. BIOS-u z certyfikatem zgodności producenta do najnowszej dostępnej wersji. Zamrożenie wersji BIOS powoduje to, że zamawiający nie będzie miał dostępu do najnowszych wersji BIOS. Taka sytuacja pozwala sądzić że ww. wersja BIOS została stworzona tylko pod to przedmiotowe postępowanie i nigdy nie będzie rozwijana ani nie będą „łatanie” tzw. luki bezpieczeństwa. Izba uznała zarzut za zasadny.

Odnosnie testów Babco, odwołujący nie udowodnił w żaden sposób, że ewentualna modyfikacja wersji BIOS spowodowała uzyskanie innej liczby punktów w tym teście. Zarzut bezzasadny.

Zarzut nr 9 – konsorcjum APN – urządzenia wielofunkcyjne.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z rozdz. III pkt 5 s.i.w.z.: „Na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą wypełnionych i podpisanych przez Wykonawcę formularzy specyfikacji technicznych, zgodnie z wymaganiami technicznymi zawartymi w ...”. Wśród formularzy, które należało złożyć wymagany był również załącznik Nr 13 do OPZ Specyfikacja techniczna urządzeń wielofunkcyjnych. Konsorcjum APN nie wypełniło przedmiotowego załącznika - nie wpisało parametrów technicznych oferowanego sprzętu.

Zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, że oferta konsorcjum APN nie została sporządzona w sposób wymagany przez zamawiającego i uchybienie to, w ocenie Izby dyskwalifikuje tę ofertę z oceny, a w konsekwencji oferta podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako sprzeczna z treścią s.i.w.z. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że zamawiający znając symbol urządzenia może samodzielnie ustalić, czy spełnia ono ustalone przez niego parametry. Oczywistym jest bowiem i powszechnie znanym, że każde urządzenie można konfigurować w różny sposób. Skoro zatem wykonawca nie wypełnił wymaganej przez zamawiającego tabeli to *de facto* zamawiający nie może być pewny, co w istocie zawiera oferta złożona przez takiego wykonawcę. Wady tej nie

sposób konwalidować, albowiem prowadziłyby to do niedopuszczonych negocjacji treści oferty. Zarzut zasadny.

Zarzut nr 10 – konsorcjum APN – warunek doświadczenia.

W zakresie w jakim odwołujący zarzut powyższy wycofał, Izba pozostawiła go bez rozpoznania, tj. w zakresie pkt 1 i 2 z odwołania (strona 16 i 17).

Odwołujący podtrzymał zarzut w zakresie pkt 3. Zdaniem odwołującego, z dokumentów złożonych przez konsorcjum APN wynika, że wykonawca ten nie złożył dowodów określających czy wszystkie dostawy/usługi wskazane przez tego wykonawcę w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dotyczy to zamówień umieszczonych w wykazie w pozycji 6, 7, 10 i 11. Jeśli jednak dowody te zostały złożone, to należy podkreślić, że w sposób bezzasadny zamawiający zaniechał ich odtajnienia. Samo zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było bardzo ogólne i odwoływało się do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa innych informacji (str. 66-70 oferty). Należy jednak wskazać, że istota zastrzeżenia pozostałych informacji jest inna, wobec czego już z tego względu dokonane zastrzeżenie jest wątpliwe. Ponadto, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazano, że utajnieniu podlegają m.in. dokumenty w pkt 6 - wykaz dostaw/usług, oprócz tych wykonanych przez K. Sp. z o.o., a w pkt 5 zastrzeżono m.in. wszystkie referencje wystawione dla A.P.N.P. S.A. Przede wszystkim, dokonane zastrzeżenie opiera się na utajnieniu tożsamości kontrahentów, to tożsamość kontrahenta jest zgodnie z treścią wyjaśnień tą informacją, którą konsorcjum APN chce chronić. Należy tutaj podkreślić, że w części tajnej oferty znalazły się także niektóre referencje wystawione dla A.P.N.P. S.A., co świadczy o niekonsekwencji podejmowanych działań i przeczy tezm dokonanego zastrzeżenia, skoro tego samego typu informacje są traktowane w różny sposób. Zaniechanie odtajnienia dokumentów poświadczających należyte wykonanie dla pozycji 6,7,10 i 11 wykazu jest zupełnie bezzasadne, ponieważ tożsamość kontrahentów została ujawniona przez samo konsorcjum APN w złożonym wykazie dostaw/usług, który został zawarty w jawnej części dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem interes, który miałby być chroniony tym zastrzeżeniem odpadł. Co więcej, poszczególne zamówienia zostały wykonane dla podmiotów udzielających zamówień publicznych, co dodatkowo wskazuje na bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, bowiem umowy te korzystają z przymiotu jawności. Jedynym wymiernym skutkiem dokonanego zastrzeżenia jest uniemożliwienie konkurencji weryfikacji oferty konsorcjum APN w tym zakresie. Z ostrożności odwołujący wskazał, że utajnione dokumenty nie zawierały w całości informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (choć konsorcjum APN wskazywało tylko na tożsamość kontrahentów), zatem powinny być odtajnione w pozostałym zakresie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący nie udowodnił, iż zastrzeżenia poczynione przez konsorcjum APN w zakresie ochrony informacji tajemnicą przedsiębiorstwa nie zasługują na uwzględnienie. W szczególności wskazać należy, iż odwołujący posługuje się ogólnymi twierdzeniami, nie popartymi żadnymi dowodami. Odwołujący nie wskazał jakie to podmioty faktycznie zostały wskazane w dokumentach przedłożonych przez konsorcjum APN, ani nawet nie próbuje ich zidentyfikować. Tym samym uznać należało, że procedury, czynności i zobowiązania, na które powołuje się w swoim piśmie konsorcjum APN znajdują swoje zastosowanie i faktycznie dają realny skutek, który z kolei może dawać temu wykonawcy realną szansę na pozyskanie korzystniejszych warunków współpracy z firmami, w odniesieniu do których istnieje obowiązek zachowania poufności informacji. Zarzut Izba uznała za bezzasadny.

Zarzut nr 11 – wykonawca W. – sposób licencjonowania.

Odwołujący podniósł tożsame zarzuty oraz uzasadnienie jak w odniesieniu do konsorcjum APN. Zarzut powyższy Izba uznała za zasadny z argumentacją jak przy konsorcjum APN.

Zarzut nr 12 – wykonawca W. – komputery stacjonarne typ 1 i 2 – system operacyjny, Microsoft Office.

Odwołujący podniósł tożsame zarzuty oraz uzasadnienie jak w odniesieniu do konsorcjum APN. Zarzut powyższy Izba uznała za nieudowodniony, a tym samym za bezzasadny. Izba zwraca uwagę, iż co prawda komputery oferowane przez wykonawcę W., są komputerami, które posiadają oznaczenie tożsame z oznaczeniami komputerów konsorcjum APN, jednakże nie oznacza to, że w tym przypadku nie zastosowano rozwiązań innych niż w komputerach oferowanych przez konsorcjum APN. Odwołujący w odniesieniu do oferty wykonawcy W. nie przedstawił żadnego dowodu dotyczącego stawianego zarzutu odmiennie niż to poczynił w odniesieniu do konsorcjum APN, gdzie w ramach środków dowodowych przedstawił zdjęcia z próbek przedłożonych przez tego wykonawcę. Dlatego też Izba stwierdziła jw.

Zarzut nr 13 – wykonawca W. – myszka, monitory, system diagnostyczny.

Odwołujący podniósł tożsame zarzuty oraz uzasadnienie jak w odniesieniu do konsorcjum APN, za wyjątkiem monitorów.

W odniesieniu do myszki oraz systemu diagnostycznego, Izba podtrzymuje argumentację jak przy tożsamych zarzutach dotyczących konsorcjum APN.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego monitorów, odwołujący podniósł, że monitory tego wykonawcy złożone w ramach próbki zostały wyprodukowane przed 2017 roku. Okoliczność powyższa jest bezsporna, natomiast odwołujący błędnie wywodzi w tym zakresie

sprzeczność treści oferty wykonawcy W. z s.i.w.z. Podnieść bowiem należy, że w załączniku nr 8 do OPZ Specyfikacja techniczna komputerów stacjonarnych znajdują się wymagania (P2-STA-SP-21 i P2-STA-SP-43) dotyczące produkcji komputerów nie wcześniej niż w 2017 roku. To wymaganie nie dotyczy jednak monitorów. Wymagania dotyczące monitorów znajdują się w załączniku nr 9 do OPZ Specyfikacja techniczna monitorów komputerowych, który nie zawiera wymagań w zakresie daty produkcji. Dlatego też Izba zarzut powyższy uznała za bezzasadny.

Zarzut nr 14 – wykonawca W. – obudowa.

Odwołujący podniósł, że wykonawca W. zaoferował rozwiązanie nie spełniające wymagania, że *„Obudowa w jednostce centralnej musi być otwierana bez konieczności użycia narzędzi (wyklucza się użycie standardowych wkrętów, śrub motylkowych, śrub radełkowych) - pkt 5 powyższych wymagań. Fabryczne rozwiązanie służące przystosowaniu komputera do pracy w pozycji pionowej przewiduje przymocowanie do boku obudowy komputera plastikowych podstawek, wyposażonych w gumowe podkładki. Próbką złożoną przez W. rzeczywiście takie otwory posiada w celu przykręcenia oryginalnych podstawek. Próbką W. takie oryginalne podstawki zawiera, jednak ich zamontowanie uniemożliwia beznarzędziowe otwarcie obudowy komputera.*

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny, albowiem wykonawca W. przedstawił dowód w postaci oświadczenia producenta, który oświadczył, że *„Oferowane w niniejszym postępowaniu komputery F. (...) posiadają fabrycznie dostarczane gumowe dystanse zapobiegające poślizgom obudowy i zarysowaniu lakieru. Dystanse te przeznaczone są do zamocowania (naklejania) na bocznej ścianie komputera. Komputery wyposażone są również w alternatywne rozwiązanie, tj. plastikowe nóżki z gumowymi podkładkami, które są przeznaczone do samodzielnego, beznarzędziowego montażu (śruba radełkowa) przez użytkownika w zależności od jego potrzeb.”.* Wobec powyższego zarzut odwołującego uznać należało za bezzasadny.

Zarzut nr 15 – wykonawca W. – niefabryczny system diagnostyczny.

Odwołujący podniósł tożsame zarzuty oraz uzasadnienie jak w odniesieniu do konsorcjum APN. Izba podtrzymuje argumentację jak przy zarzutach dotyczących konsorcjum APN.

Zarzut nr 16 – wykonawca W. – BIOS, testy Babco.

Odwołujący podniósł tożsame zarzuty oraz uzasadnienie jak w odniesieniu do konsorcjum APN. Izba podtrzymuje argumentację jak przy zarzutach dotyczących konsorcjum APN.

Zarzut nr 17 – konsorcjum IS – system operacyjny, Microsoft Office.

Odwołujący w zakresie tego zarzutu, poza pisemnym stanowiskiem, nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby zasadność stawianych zarzutów. Dlatego też Izba uznała zarzut odwołującego za bezzasadny.

Zarzut nr 18 – konsorcjum IS – oprogramowanie.

Z uwagi na okoliczność, iż odwołujący wycofał ten zarzut, Izba pozostawiła go bez rozpoznania.

Zarzut nr 19 – konsorcjum A. – oprogramowanie antywirusowe.

Odwołujący podniósł, iż konsorcjum A. zaoferowało w postępowaniu oprogramowanie antywirusowe producenta K.(2) model: (...). W stosunku do tego oprogramowania podnoszone są bardzo istotne zarzuty jakoby wspierało ono działalność służb obcego państwa.

W zakresie przedmiotowego zarzutu, Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego złożonym na rozprawie, gdzie zamawiający podał, iż w związku z doniesieniami prasowymi, na które m.in. powołuje się odwołujący, zwrócił się do odpowiednich służb z wnioskiem o stanowisko, czy w zakresie ww. oprogramowania zachodzi podstawa do ew. odrzucenia oferty. Zamawiający uzyskał odpowiedź, jednakże z uwagi, iż objęta została ona określoną procedurą poufności, nie mógł jej okazać Izbie, w której odpowiednie służby nie stwierdziły okoliczności dotyczących zagrożenia bezpieczeństwa państwa, a tym samym nie ziściła podstawa do odrzucenia oferty. Nadto wskazać należy, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczności podnoszone w tym zarzucie. Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Zarzut nr 20 – konsorcjum A. – oprogramowanie podsystemu HelpDesk oraz wsparcia eksploatacji.

Odwołujący wycofał ten zarzut, w konsekwencji Izba pozostawiła go bez rozpoznania.

Zarzut nr 21 – konsorcjum A. – oprogramowanie systemu zarządzania tożsamością.

Odwołujący podniósł, iż konsorcjum A. zaoferowało dla Systemu Zarządzania Tożsamością oprogramowanie (...) wersja 7 - załącznik nr 1 do OPZ. Oprogramowanie to nie spełnia wielu wymagań zamawiającego. W szczególności, zamawiający w punkcie P2-SZT-SP1 załącznika nr 1 do OPZ zdefiniował Centralne Repozytorium Informacji: *„Centralne Repozytorium Informacji. Jest to centralna baza informacji o zarządzanych tożsamościach użytkowników do której synchronizowane są informacje z różnych podłączonych systemów.*

Zwane dalej *Centralne Repozytorium lub CRI*". W punkcie P2-SZT-SP2 nr 1 do OPZ wskazał, że system zarządzania tożsamością musi posiadać wbudowane Centralne Repozytorium Informacji o użytkownikach i zasobach oparte na katalogu LDAP zgodnym z LDAP v3. Zaoferowane przez konsorcjum A. oprogramowanie nie spełnia tego wymagania. Oprogramowanie (...) wersja 7 nie wykorzystuje katalogu LDAP jako centralną bazę informacji o zarządzanych tożsamościach użytkowników do której synchronizowane są informacje z różnych podłączonych systemów. Wykorzystuje ono natomiast relacyjną bazę danych jako centralną bazę informacji o zarządzanych tożsamościach użytkowników do której synchronizowane są informacje z różnych podłączonych systemów. Wynika to wprost z dostępnej publicznie informacji oraz wymagań instalacyjnych dla tego systemu do Zarządzania Tożsamością: [http://www.iamidm.com/2016/06/S.\(2\)-identity-iq-70-supported-os.html](http://www.iamidm.com/2016/06/S.(2)-identity-iq-70-supported-os.html).

Ponadto spełnienie szeregu wymagań załącznika nr 1 do OPZ, tj.: P2-SZT-SP-82, P2-SZT-SP-83, P2-SZT-SP-84, P2-SZT-SP-85, P2-SZT-SP-86 wymaga zastosowania modułów monitorujących, które nie są dostarczane przez wskazanego producenta (...) i zaoferowany przez konsorcjum A. system ich nie zawiera.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny. W zakresie tego zarzutu podnieść należy, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, w przeciwieństwie do przystępującego konsorcjum A., które przedłożyło jako dowód korespondencję e-mail, tj. tłumaczenie oświadczenia producenta – firmy S.(2) wraz z oryginalnym oświadczeniem oraz drugie oświadczenie tego samego producenta, który potwierdził, że spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisanym przez zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp (Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia), orzeczono jak w sentencji. Izba uwzględniła odwołanie stwierdzając, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, miało wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.).

Dnia 27 listopada 2017 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. D. S. S.A., A. P.S.A. (dalej „odwołujący” lub „konsorcjum A.”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, tj.:

1. wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu złożonej przez konsorcjum APN;
2. zaniechanie odrzucenia oferty APN w sytuacji, gdy wypełniona jest dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż oferta jest niezgodna z treścią s.i.w.z. oraz w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp;
3. zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum DMS w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 ustawy Pzp;
4. zaniechanie odrzucenia oferty W. S.A. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.;
5. dokonanie poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wartości prawa opcji;
6. ewentualnie, o ile nie zostaną uwzględnione zarzuty w zakresie czynności z pkt 5. powyżej, na zaniechanie dokonanie poprawki w trybie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp stawki roboczogodziny podanej przez APN, w oparciu o którą wyliczono wartość prawa opcji, w sytuacji poprawienia wartości prawa opcji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

I. w zakresie oferty APN:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp *a contrario* poprzez dokonanie poprawki w ofercie APN w zakresie wyliczenia wartości prawa opcji i w konsekwencji brak odrzucenia oferty APN, podczas gdy niezgodność w treści oferty APN z treścią s.i.w.z. powinna skutkować odrzuceniem tej oferty, a poprawka dokonana przez zamawiającego prowadzi do niedozwolonej zmiany oferty w sposób wykraczający ponad art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp; Ponadto zachodzi też podstawa do zastosowania art. 89 ust 1 pkt 6, jako że oferta APN zawiera błąd w obliczeniu ceny;
2. ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu z pkt I.1. - art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak poprawienia stawki za roboczogodzinę podaną przez APN, którą ten wyliczył w oparciu o wartość prawa opcji stanowiącej w jego ofercie 15 885 328,97 zł brutto, a która to została na skutek działania zamawiającego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprawiona na kwotę 25 097 094,17 zł, co tym samym winno skutkować odpowiednim podniesieniem wysokości ww. stawki, stosunkowo do dokonanej poprawki w taki sposób, aby zakładana przez APN ilość godzin pozostała taka sama;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty APN, podczas gdy ta nie spełnia wymagań s.i.w.z. w następującym zakresie :
 - 1) zaoferowany przez APN komputer Typ 1 i Typ 2 F./(...) nie spełnia wymagania identyfikatora P2-STA-SP-13 (typ 1) i P2-STA-SP-35 (typ 2) punkt 8, oraz identyfikatora

- P2-STA-SP-13 i P2- STA-SP-35 punkt 1 (Wymagania zamieszczone w Załączniku nr 8 do OPZ);
- 2) zaoferowany komputer Typ 1 i Typ 2 F./(...) nie spełnia wymagania identyfikatora P2-STA-SP-19 (typ 1) i P2-STA-SP-41 (typ 2) punkt 2.;
 - 3) zaoferowany komputer Typ 1 i Typ 2 F./(...) nie spełnia wymagania identyfikatora P2-STA-SP-15 (typ 1) i P2-STA-SP-37 (typ 2);
 - 4) zaoferowany komputer nie spełnia wymagania identyfikatora P2-STA-SP- 15 (typ 1) i P2-STA-SP-37 (typ 2);
 - 5) dostarczone przez APN na prezentację myszki komputerowe będące elementem zestawu komputerowego Typ 1 i Typ 2 nie spełniają wymagania identyfikatora P2-STA-SP-21 i P2-STA-SP-43 punkt 8;
 - 6) oferta APN jest niezgodna z regulaminem zasad przeprowadzenia prezentacji ofertowanych zestawów komputerowych w zakresie określonym w § 4;
 - 7) oferta APN jest niezgodna z regulaminem zasad przeprowadzenia prezentacji ofertowanych zestawów komputerowych w zakresie określonym w § 5;
 - 8) oferta APN jest niezgodna w wymaganiach identyfikatora P2-STA-SP-15 (typ I) i P2-STA-SP-37 (typ II);
 - 9) oferta APN nie zawiera dodatkowych materiałów eksploatacyjnych do drukarek do personalizacji kart mikroprocesorowych (pkt 1 ppkt 1) lit i) oferty – (...);
 - 10) oferta APN jest niezgodna z wymaganiem identyfikatora P2-KRM-SP-36 - karta (...) nie występuje na publicznie dostępnych listach kart posiadających certyfikowany układ elektroniczny;
 - 11) oferta APN jest niezgodna z wymaganiem określonym w Załączniku nr 4 do OPZ, gdzie należało podać nazwę oprogramowania dostarczanego wraz z kartami służącego do zarządzania częścią elektroniczną blankietu karty;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty w sytuacji, gdy stawka za roboczogodzinę w wysokości 50 zł netto jest rażąco niskim kosztem, której zasadności APN nie wykazał jak też poprzez brak pokrycia kosztów eksploatacyjnych do drukarki do personalizacji kart mikroprocesorowych;
 5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK”), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty APN, z uwagi na jego zamiar świadczenia usługi poniżej kosztów jej wytworzenia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
 6. art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu, tj. oferty APN.

II. w zakresie oferty DMS

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty , podczas gdy oferta ta jest niezgodna z s.i.w.z., a dokładnie z pkt 4.1 ppkt 10) Opisu Przedmiotu Zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty DMS w sytuacji, gdy na skutek jej niezgodności z s.i.w.z., wskazanym w pkt II.1. powyżej, podana cena zawiera błędy w obliczeniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty w sytuacji, gdy stawka za roboczogodzinę w wysokości 60 zł netto jest rażąco niskim kosztem, a DMS nie wykazał, iż nie jest rażąco niskim kosztem;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DMS, z uwagi na jego zamiar świadczenia usługi poniżej kosztów jej wytworzenia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

III. w zakresie oferty W. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty W., w sytuacji gdy ta nie spełnia s.i.w.z., tj.:

1. zaoferowany przez W. komputer Typ 1 i Typ 2 F. /(…) nie spełnia wymagania identyfikatora P2-STA-SP-13 (typ 1) i P2- STA-SP-35 (typ 2) punkt 8 oraz wymagania identyfikatora P2-STA-SP-13 i P2- STA-SP-35 punkt 1;
2. zaoferowany komputer Typ 1 i Typ 2 F. / (….) nie spełnia wymagania identyfikatora P2-STA-SP-19 (typ 1) i P2-STA-SP-41 (typ 2) punkt 2;
3. zaoferowany komputer Typ 1 i Typ 2 F. / (….) nie spełnia wymagania identyfikatora P2-STA-SP-15 (typ 1) i P2-STA-SP-37 (typ 2);
4. zaoferowany komputer Typ 1 i Typ 2 F. / (….) nie spełnia wymagania identyfikatora P2-STA-SP-15 (typ 1) i P2-STA-SP-37 (typ 2);
5. dostarczone przez W. na prezentację monitory będące elementem zestawu komputerowego Typ 1 i Typ 2, nie spełniają wymagania identyfikatora P2-STA- SP-21 i P2-STA-SP-43 punkt 8 Załącznika nr 8;
6. dostarczone na prezentację myszki komputerowe będące elementem zestawu komputerowego Typ 1 i Typ 2, nie spełniają wymagania identyfikatora P2-STA- SP-21 i P2-STA-SP-43 punkt 8;
7. dostarczone na prezentację zestawy komputerowe nie spełniają wymagania identyfikatora P2-STA-SP-15 (typ I) i P2-STA-SP-37 (typ II).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- I. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- II. odrzucenie ofert APN, DMS oraz W. w oparciu o podstawy z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp;
- III. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, jak też dokonania ponownej punktacji;
- IV. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania tj.:

1. wyjaśnień wykonawców w zakresie rażąco niskiego kosztu, w części jawnej i objętej tajemnicą przedsiębiorstwa;
 2. wezwań zamawiającego w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
 3. ofert wykonawców, złożonych w postępowaniu;
 4. protokołów prezentacji z oferowanych zestawów komputerowych przeprowadzonych w dniach 27-29 września 2017 r.;
 5. protokołu z postępowania;
 6. procedury przeprowadzania testów;
 7. wyników testów;
 8. protokołów weryfikacji zgodności;
 9. wyjaśnień wykonawców w zakresie treści oferty;
- na okoliczność ich treści.

Odwołujący wskazał, iż interes prawny odwołującego został naruszony przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ czynności zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia. Odwołujący złożył ważną ofertę i zajął 4 miejsce pod względem ilości uzyskanych punktów w kryterium oceny ofert. Jednakże, wobec tego, iż zamawiający zaniechał swoich powinności, oferta odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza. W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów PZP odwołujący może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie odwołującemu. Powyższe dowodzi, iż złożenie niniejszego odwołania czyni zadość wymaganiom postawionym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP. Nadto, odwołujący ma interes prawny w kwestionowaniu wszystkich ww. trzech ofert, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania wobec APN, nastąpi zmiana punktacji ofert dalszych, co ma w szczególności znaczenia wobec wykonawców sklasyfikowanych na miejscach 3 i 4 (odwołującego).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Na posiedzeniu zamawiający oświadczył, iż uwzględnia zarzut odwołującego w zakresie oferty złożonej przez konsorcjum DMS, tj. w zakresie dotyczącym niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. oraz błędu w obliczeniu ceny dot. kwoty za szkolenia (str. 15 odwołania).

Konsorcjum DMS wniosło sprzeciw, co do uwzględnionego przez zamawiającego zarzutu odwołania.

Pozostali wykonawcy zgłaszający przystąpienie – po stronie zamawiającego, sprzeciwu nie zgłosili.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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 stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia 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 w części zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 - 2 – konsorcjum APN - zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) PZP w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2) oraz ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 2) PZP.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i poprawienia oferty APN.

W rozdziale III pkt 12-13 s.i.w.z. zamawiający zastrzegł możliwość korzystania z prawa opcji. Zamawiający określił, że wartość usług i dostaw zleczanych w ramach opcji nie może przekroczyć 40% wynagrodzenia wykonawcy. Konsekwentnie zamawiający określił sposób obliczenia ceny oferty w Formularzu oferty (załącznik nr 3 do s.i.w.z.), w którym wskazał, że wartość opcji powinna stanowić 40% wartości zamówienia podstawowego bez opcji. Konsorcjum APN podał w ofercie wartość zamówienia objętego opcją, która nie stanowi 40% wartości zamówienia podstawowego. Kwota stanowiąca 40% z kwoty 64 742 735,42 zł brutto wynosi nie 15 885 328,97 zł, a 25 097 094,17 zł. Z kolei kwota 15 885 328,97 stanowi 24,54% kwoty zamówienia podstawowego. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia przewidywała zaś wprost, iż kwota zamówienia objętego ma być wyliczona w oparciu

o określony procent wartości zamówienia podstawowego. Odwołujący wskazał, że wymóg s.i.w.z. dotyczący opisu sposobu wyliczenia cen w ofercie był wymogiem obligatoryjnym i bezwarunkowym, koniecznym do spełnienia przez wykonawców. Jego niespełnienie winno skutkować odrzuceniem takiej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podobnie uznała KIO w wyroku z 11 sierpnia 2010 r. (KIO/1591/10). W przywołanym orzeczeniu KIO wskazała, że wartości podane w ofercie nie były zgodne z wartościami procentowymi za poszczególne części, czyli były niezgodne ze specyfikacją, co uzasadniało odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wartości procentowe były bezwzględnie wymagane. Dodatkowo, analogiczne stanowisko znajduje się w wyroku KIO z 3 sierpnia 2017 r. (KIO 1521/17), gdzie KIO uznała, że niezgodność w obliczeniu ceny oferty ze stawką procentową, stanowi również podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wyliczenie zatem nawet części wartości oferty w postaci ceny zamówienia objętego opcją, w sposób niezgodny z narzuconą stawką procentową, skutkuje niezgodnością z s.i.w.z. takiej oferty, jak też cena oferty zawiera błędy w obliczeniu, które w trybie art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie mogą być przez zamawiającego poprawione. Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższej argumentacji, odwołujący wskazał, iż poprzez modyfikację wartości zamówienia objętego opcją, należało też poprawić stawki za roboczogodzinę w sposób analogiczny, czyli w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Konsorcjum APN wyliczyło wartość roboczogodziny w oparciu o ww. wartość opcji. Tym samym, zamawiający dokonując poprawki w zakresie wartości opcji tj. podnosząc ją do kwoty 25 097 094,17 zł brutto, winien to samo uczynić w zakresie stawki za roboczogodzinę, przy zachowaniu takiej samej ilości godzin APN. Wobec powyższego, zamawiający winien dokonać poprawki w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i zmienić stawkę APN z 50 zł netto (61,50 zł brutto) na stawkę 78,99 zł netto (97,16 zł brutto). Powyższe miałyby istotny wpływ na punkty przyznane w kryterium oceny ofert w zakresie liczby punktów w kryterium Koszt usług związanych z rozwojem podsystemów technicznych.

Zarzut powyższy, Izba uznała za bezzasadny, albowiem jak to wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy mieli obowiązek przeliczenia prawa opcji wg. określonego przez zamawiającego wzoru, tym samym błąd, który popełniło konsorcjum APN dało się konwalidować w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Podnieść bowiem należy, że w tym przypadku chodziło o proste wyliczenia matematyczne wg. wzoru podanego przez zamawiającego. Brak jest w tym przypadku jakichkolwiek wątpliwości, co do właściwej treści oferty, nie występuje tutaj jakakolwiek możliwość niedozwolonych negocjacji. W tym miejscu, wskazać należy na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 18 grudnia 2014 roku, o sygn. akt X Ga 522/14, gdzie Sąd podniósł, iż *„Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawki oczywistej omyłki rachunkowej jest odniesienie dokonanej poprawki do całości oferowanego przez Wykonawcę*

świadczenia. *Poprawienia oferty Zamawiający jest zobowiązany dokonać w szczególności wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana poprawa wynika z elementów składających się na ofertę. Celem bowiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia- oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.*”.

Biorąc pod uwagę powyższe, w tej części zarzut odwołującego uznać należało za bezzasadny.

W odniesieniu do zarzut ewentualnego, dotyczącego zaniechania zamawiającego poprawienia stawek za roboczo godzinę, Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego w tym zakresie jest niezasadne, albowiem w zakres prawa opcji nie wchodziły jedynie czynności serwisowe (usługi) ale też dostawa sprzętu oraz oprogramowania. Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział III ust. 12) wskazał bowiem, że *„W okresie obowiązywania Umowy, do dnia zakończenia obowiązywania gwarancji Zamawiający może w ramach Prawa Opcji: a) zlecać Wykonawcy Usługi rozwoju Podsystemów Technicznych, b) zlecać Wykonawcy dostarczenie jednostek Sprzętu lub licencji Oprogramowania nabywanych w ramach Zamówienia Podstawowego. Zamawiający może dokonywać zleceń realizacji usług lub dostaw, objętych Prawem Opcji wielokrotnie w okresie wskazanym w zdaniu pierwszym do momentu wykorzystania limitu środków, określonych w ppkt 2).”*. Tym samym, Izba uznała zarzut odwołującego za bezzasadny.

Zarzut nr 3 – konsorcjum APN - dotyczący niezgodności zaoferowanych produktów z wymaganiami s.i.w.z. – system diagnostyczny slot TPM.

Odwołujący podniósł, iż w zaoferowanym przez konsorcjum APN komputerze, system diagnostyczny był zamontowany w zewnętrznej wnęcie 3,5", podpięty do płyty głównej przez port opisany na laminacie płyty głównej jako TPM. To oznacza, że został on uzyskany przez konwertowanie i przerabianie innych złączy na płycie głównej. Zgodnie z dokumentacją płyty głównej F. D3532 <http://support.ts.fuiitsu.com/IndexDownload.asp?SoftwareGuid=B4DDF78C-9A41-411C-AA9C-32798231CA96> (jest to płyta główna komputera F. (...)) istnieje możliwość zrealizowania funkcjonalności TPM w dwojaki sposób: poprzez TPM wbudowany w płytę główną bądź poprzez wyjmowany moduł TPM (sekcja TPM / TPM Module support). Na stronie 5 tej dokumentacji wskazano, że piny zajęte przez system diagnostyczny służą do instalacji modułu TPM w drugi wspomniany wcześniej sposób. Odwołujący przedłożył w celu wykazania zarzutu dowody. Dowodem nr 1 był fragment dokumentacji płyty głównej wraz tłumaczeniem - strona 1, 5, 8. Na schemacie płyty głównej na czerwono został zakreślony slot w którym został umieszczony moduł diagnostyczny, a wg opisu jest przeznaczony na moduł TPM. Kolejnym dowodem (dowód 2) było pismo wysłane

do F. z prośbą o odpowiedź na pytanie czy złącze opisane jako TPM Module jest dedykowane dla modułu systemu diagnostycznego (pismo bez odpowiedzi). Trzecim dowodem były zdjęcia przedstawiające wnętrze komputera stacjonarnego Typ 1, pod nazwą F. (...), dostarczonego i oferowanego przez APN, wykonane w dniu 2017/11/23, w siedzibie zamawiającego, podczas wglądu do próbek. Na zdjęciach widać, że moduł diagnostyczny podłączony szarym kablem jest osadzony w slocie przeznaczonym dla modułu TPM. Czwartym dowodem (dowód 4) były także zdjęcia, przedstawiające wnętrze komputera stacjonarnego Typ 2, pod nazwą F. (...), dostarczonego i oferowanego przez APN, zdjęcie wykonane w dniu 2017/11/23, w siedzibie zamawiającego, podczas wglądu do próbek. Na zdjęciach widać, że moduł diagnostyczny podłączony szarym kablem jest osadzony w slocie przeznaczonym dla modułu TPM.

Izba dopuściła dowody złożone przez odwołującego i uznała, że potwierdzają one okoliczności podnoszone jako zarzuty odwołania. W ocenie Izby zarzut odwołującego jest zasadny. W powyższym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w odniesieniu do zarzutów do konsorcjum APN podniesionych w odwołaniu konsorcjum DMS (KIO 2496/17).

Zarzut nr 4 – konsorcjum APN – graficzny interfejs.

Odwołujący podniósł, iż w zaoferowanym przez konsorcjum APN komputerze D957/E90+ jest dostępny system diagnostyczny ale nie w postaci graficznej tylko tekstowej, albowiem system diagnostyczny nie posiada menu, symboli (ikonek), okien wyświetlanych na całym ekranie lub jego części.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny. W powyższym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w odniesieniu do zarzutów do konsorcjum APN podniesionych w odwołaniu konsorcjum DMS (KIO 2496/17).

Zarzut nr 5 – konsorcjum APN – upgrade BIOS

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w ramach wymagania identyfikatora P2-STA-SP-15 (typ 1) i P2- STA-SP-37 (typ 2) odnośnie komputerów stacjonarnych zażądał dostarczenia oprogramowania umożliwiającego upgrade i instalację m.in. BIOS-u z certyfikatem zgodności producenta do najnowszej dostępnej wersji. Nawiązując do punktu 5b wymagania występującego pod podanymi identyfikatorami, przed instalacją BIOS-u powinna istnieć możliwość sprawdzenia przy użyciu połączenia internetowego z automatycznym przekierowaniem informacji o danej aktualizacji. Świadczy to o tym, że aktualizacja BIOS-u z użyciem tego oprogramowania zawsze będzie tożsama z aktualizacją BIOS-u dokonaną samodzielnie po pobraniu aktualizacji ze strony producenta. Po dokonaniu aktualizacji BIOS-u (którymkolwiek sposobem), ten straci część funkcji wymaganych w ramach wymagania identyfikator P2-STA-SP-18 (typ 1) i P2-STA-SP-40 (typ 2).

Na poparcie swej argumentacji odwołujący złożył m.in. dowód w postaci filmu (dowód 1) nagrany w dniu 28 listopada 2017 roku, w Kancelarii Notarialnej I. M. podczas aktualizacji BIOS. W filmie przedstawione są funkcjonalności dostępne na komputerach takich samych jak dostarczonych na demonstrację rozwiązania w siedzibie zamawiającego. Na komputerach tych jest BIOS w wersji 5.0.0.12 R1.9.0.SR.5. Podczas nagrania filmu została wykonana aktualizacja BIOS do wersji dostępnej na stronie producenta. Po wykonaniu aktualizacji BIOS do ww. wersji komputer utracił niektóre funkcje wymagane w OPZ. Izba dopuściła ww. dowody stwierdzając, iż potwierdzają ona zasadność stawianych zarzutów.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest zasadny. Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w odniesieniu do zarzutów do konsorcjum APN podniesionych w odwołaniu konsorcjum DMS (KIO 2496/17), stwierdzając, iż zamawiający nie ma możliwości wykonania aktualizacji BIOS bez utraty wymaganych funkcjonalności w OPZ.

Zarzut nr 6 – konsorcjum APN – brak podania proponowanego rozwiązania.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający w ramach wymagania identyfikatora P2-STA-SP-15 (typ 1) i P2- STA-SP-37 (typ 2) odnośnie komputerów stacjonarnych wymagał - oprócz podania, czy komputer spełnia podane wymagania - podania proponowanego rozwiązania. Tymczasem w ofercie konsorcjum APN podano, że komputer F. (...) jest wyposażony w system operacyjny i oprogramowanie biurowe w odpowiednich wersjach i/lub konfiguracjach, natomiast w przypadku pozostałego oprogramowania potwierdzono wyłącznie jego zgodność z minimalnymi wymaganiami postawionymi w s.i.w.z.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest zasadny, albowiem zgodnie z wymaganiem zamawiającego wykonawcy mieli obowiązek podania w ofercie proponowanego rozwiązania, a konsorcjum APN takiego rozwiązania nie podało. W dowodzie nr 1 do ww. zarzutu, wprost wskazano na załącznik nr 8 do OPZ - strona 5 z 24. Dla pozostałego oprogramowania nie zostały bowiem podane szczegóły proponowanego oprogramowania, co było wymagane, a czego oferta APN nie spełnia. Brak jest zatem możliwości ustalenia prawidłowej treści oferty, co w konsekwencji prowadzi do uznania, że wada ta stanowi o niezgodności treści oferty z s.i.w.z. Oferta powinna zatem podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut nr 7 – konsorcjum APN – drukarki bez materiałów eksploatacyjnych.

Odwołujący podniósł, iż konsorcjum APN zaoferowało w sposób wadliwy drukarki do personalizacji kart mikroprocesorowych (...) poprzez brak zaoferowania materiałów eksploatacyjnych, co wynika wprost z ceny podanej w ofercie. Pozostali oferenci podali za

taki sam produkt znacznie wyższe ceny, które to jednak uwzględniają koszt materiałów eksploatacyjnych.

Zdaniem Izby, zarzut powyższy jest bezzasadny. Dowody przedstawione przez odwołującego dotyczą bowiem oferty, jaka on bezpośrednio otrzymał, a nie oferty jaką pozyskało konsorcjum APN. Wywodzenie z ceny ofertowej wadliwości treści oferty z s.i.w.z., w tym konkretnym przypadku jest bezpodstawne i wadliwe. Przystępujący konsorcjum APN przedstawiło bowiem dowód w postaci oświadczenia firmy E. S. sp. z o.o., która w tym postępowaniu złożyła ofertę konsorcjum APN, i która to oferta cenowa zawierała w sobie również cenę za komplet materiałów eksploatacyjnych zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym uznać należało, iż konsorcjum APN udowodniło, że możliwe jest zaoferowanie, w innej niższej cenie niż odwołujący, drukarki wraz z materiałami eksploatacyjnymi.

Zarzut nr 8 – konsorcjum APN – myszki komputerowe.

Odwołujący wskazał, że dostarczone przez APN na prezentację myszki komputerowe, będące elementem zestawu komputerowego Typ 1 i Typ 2, zgodnie z oznaczeniem na nich umieszczonych zostały wyprodukowane w 2016 roku. Odwołujący przedstawił dowód w postaci zdjęć myszki wyprodukowanej w roku 2017, posiadającej oznaczenie W17/17. Różne między myszką z oznaczeniem W47/16 a W17/17 były tylko te oznaczenia oraz kody rozpoczynające się odpowiednio od liczby 16 lub 17. Wszelkie pozostałe oznaczenia były takie same, a zatem są to takie same produkty, ale wyprodukowane w różnych okresach.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny. W powyższym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w odniesieniu do zarzutów do konsorcjum APN podniesionych w odwołaniu konsorcjum DMS (KIO 2496/17).

Zarzut nr 9-10 – konsorcjum APN – regulamin prezentacji.

Odwołujący podniósł, że przedstawiciel konsorcjum APN podczas prezentacji rozwiązania, które odbywało się wg warunków określonych w s.i.w.z. opuścił salę. Złamał w ten sposób regulamin zasad przeprowadzenia prezentacji oferowanych zestawów komputerowych, który stanowi, iż *do czasu zakończenia wykonywania prezentacji przez wszystkich Wykonawców na sali pozostaje przynajmniej jedna z osób wskazanych w §4*. Nadto, przedstawiciel konsorcjum APN podczas prezentacji rozwiązania nie mógł wykonać instalacji oprogramowania Sysmark z dostarczonych nośników i użył do tego kolejnego komputera, co było złamaniem postanowień §5 Zasad przeprowadzenia prezentacji oferowanych zestawów komputerowych, zgodnie z którym nie było dopuszczalne wykorzystywanie innych nośników niż dostarczone wcześniej z zestawami komputerowymi stanowiącymi próbkę załączaną do ofert.

Zdaniem Izby zarzut jest spóźniony, winien być podnoszony w terminie 10-dni od zakończenia prezentacji, albowiem dotyczy innej czynności zamawiającego. Zgodnie bowiem z przepisem art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Zarzut nr 11 – konsorcjum APN – aktywowanie oprogramowania.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z *Zasadami przeprowadzenia prezentacji oferowanych zestawów komputerowych* zainstalowane na dostarczonych komputerach oprogramowanie Microsoft Office 2016 Standard powinno być zgodne z ofertą Wykonawcy. Zgodnie z wymaganiem identyfikatora P2-STA-SP-15 (typ I) i P2-STA-SP-37 (typ II) oprogramowanie powinno być aktywowane. W trakcie prezentacji oferowanych zestawów komputerowych okazało się, że na komputerach dostarczonych przez APN wymienione oprogramowanie biurowe nie zostało aktywowane.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest zasadny. Przedłożone dowody, w tym zdjęcia przedstawiające stan aktywacji systemu Windows i pakietu biurowego Microsoft Office na komputerach Typ 1 i Typ 2, pod nazwą F. (...), dostarczonego i oferowanego przez konsorcjum APN, wykonane w dniu 23 listopada 2017 roku, w siedzibie zamawiającego, podczas wglądu do próbek, wprost wskazują na niezgodność oferty konsorcjum APN z s.i.w.z. W powyższym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w odniesieniu do zarzutów do konsorcjum APN podniesionych w odwołaniu konsorcjum DMS (KIO 2496/17).

Zarzut nr 12 – konsorcjum APN – rażąco niska cena (RNC) i czyn nieuczciwej konkurencji (CNK).

Odwołujący wskazał, że kwestionuje również koszt roboczogodziny podany przez APN, tj. 50 zł netto za świadczenie usług rozwoju w ramach zamówienia objętego opcją. Należy zauważyć, że cena za roboczogodzinę stanowi istotną część składową ceny oferty i jako taka podlegała ocenie w kryterium oceny ofert „koszt usług związanych z rozwojem podsystemów technicznych”. Na wstępie należy zauważyć, iż procedura wyjaśniająca w tym zakresie została przez zamawiającego dokonana. Jednakże, wobec utajnienia zasadniczej części wyjaśnień APN, odwołujący jedynie pokrótce odniesie się do kwestii rażąco niskiej ceny z uwagi na art. 191 ust. 1a ustawy Pzp. Z treści jawnej wyjaśnień nie wynika dlaczego zaoferowano tak niską stawkę roboczogodziny. Nie podano, jakie jest uzasadnienie dla zastosowania tak niskiej stawki. APN nie przedstawił w części jawnej dowodów, a jedynie

puste oświadczenia, których zamawiający nie powinien brać pod uwagę, iż brak jest rażąco niskiego kosztu. APN powołuje się tylko na to, że nie narusza przepisów o płacy minimalnej. Dodać należy, iż w świetle pozostałych niekwestionowanych w tym zakresie ofert tj. oferty W., odwołującego oraz konsorcjum IS, koszt podany przez APN jest rażąco niski. Odwołujący podniósł, iż nie musi w tym zakresie odwoływać się do treści nawet utajnionych wyjaśnień APN, gdyż bezspornym jest, że świadczenie usług informatycznych nie odbywa się po stawkach minimalnych, gdyż jest to usługa wysoce wyspecjalizowana. Nadto, stawka ta stanowi o zaoferowaniu świadczenia usług poniżej kosztów, czyli sprzeczna z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Należy pod uwagę, że w skład składki za roboczogodzinę wchodzi zawsze i niezależnie od kosztów indywidualnych: koszty telekomunikacyjne, koszty delegacji, koszty samochodów służbowych, koszty utrzymania majątku, koszty usług obcych, koszty opłat administracyjnych, koszty użytkowania sprzętu, koszty wynagrodzeń pracowników (ujęte brutto jako koszt pracodawcy), koszt przeprowadzenia szkoleń, nawet jeśli APN jest certyfikowaną jednostką szkoleniową.

Już z powyższego ciężko uznać, że stawka 50 zł netto, jest stawką rynkową i realną. Odwołujący dodał, iż w skład usług rozwoju wchodzi też kwestia autorskich praw majątkowych, która wiąże się z aktualizacjami, a z posiadanej wiedzy przez odwołującego wynika, że żadna z ofert w postępowaniu nie została złożona przez producenta oprogramowania. Producent oprogramowania, co do zasady nie udziela licencji na modyfikację, a z tym wiąże się aktualizacja. Zatem koszty pozyskania autorskich praw majątkowych również powinny zostać wliczone w stawkę za roboczogodzinę. Zgodnie z OPZ świadczeniem usług rozwoju należy objąć 4 podsystemy (oprogramowania) pochodzące od różnych producentów. APN nie wykazał, że może pokryć koszty producenta oprogramowania związane z udzieleniem licencji na ich modyfikację.

Uzupełniająco odwołujący podniósł, że czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK nie musi zawsze zmaterializować się w postaci konkretnego skutku, jednak podejmowane działania zawsze muszą, chociażby teoretycznie mieć zdolność naruszenia przepisów prawa lub dobrych obyczajów. Wskazać przy tym należy, że orzecznictwo sądów powszechnych wskazujące, iż w sytuacji, gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1-5 UZNK to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w pkt 1 -5 tego przepisu doszło do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 kwietnia 2013 r., I ACa 1040/12, oraz wyrok SN z 25 października 2012 r., I CSK 147/12).

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny/rażąco niskiego kosztu, Izba stwierdziła, co następuje. Zarzut odwołującego nie został udowodniony, a tym samym uznać należało, iż jest zarzutem bezzasadnym. Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1a ustawy Pzp,

ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W omawianym przypadku, konsorcjum APN było uczestnikiem postępowania odwoławczego i dlatego w tym zakresie powoływanie się przez tego wykonawcę na wyjaśnienia złożone zamawiającemu, w pełni odpowiadają obowiązkowi dowodowemu wynikającemu z ww. przepisu. Niemniej, w ocenie Izby, niedopuszczalne jest aby wykonawca-odwołujący stawiając określony zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny, poprzestał jedynie na stwierdzeniu, że taka okoliczność (zaoferowanie RNC) miała miejsce. Przeczą temu ogólne zasady dowodzenia wynikające z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp (strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy), jak też te wynikające z przepisu art. 6 Kodeksu cywilnego (odesłanie z przepisu art. 14 ustawy Pzp). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, co oznacza, że każdy, któremu przysługuje do tego prawo (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) winien udowodnić słuszność stawianych zarzutów. Samo poprzestanie na lakonicznej argumentacji i scedowanie na innych uczestników postępowania obowiązku dowodowego nie jest, w ocenie Izby wystarczające. Dlatego też, ale z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez konsorcjum APN, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Izba stwierdziła, co następuje. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi w pełni samodzielną podstawę do odrzucenia oferty z omawianej przyczyny. Celem zastosowania art. 15 ust. 1 UZNK w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. W ustawie Prawo zamówień publicznych termin "utrudnianie dostępu do rynku" jest rozumiany jako utrudnianie prowadzenia działalności gospodarczej innym przedsiębiorcom (wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 610/10). Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowanie, które naruszają mechanizm uczciwej konkurencji. Celem złożenia przez wykonawcę oferty jest w tej sytuacji samo zdobycie zamówienia publicznego i wyeliminowanie innych wykonawców z dostępu do zamówienia publicznego. Pojęcie "dostęp do rynku zamówień publicznych" należy rozumieć szeroko jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych (wyrok SA w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2013 r., I ACa 1173/12). Czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust 1 UZNK jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działanie sprawcy popełniającego czyn nieuczciwej konkurencji

charakteryzuje sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami. W zakresie sprzeczności z prawem nie ulega wątpliwości, że czyny sprzeczne z nakazami prawa cywilnego mogą również stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (przy spełnieniu pozostałych przesłanek). Jeżeli zaś rozpatrujemy sprzeczność z dobrymi obyczajami, to należy zauważyć, iż ta klauzula generalna jest interpretowana w orzecznictwie w duchu podejścia ekonomiczno-funkcjonalnego. Oznacza to, że celem jest „zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług. Konkurencja powinna być <<przejrzysta>> czytelna dla przedsiębiorców i klientów a jej wyniki niezafałszowane” - J. Szwaja Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2006, s. 157). Tak również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 4 marca 2013 r. sygn. akt I ACa 923/12.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając złożone przez konsorcjum APN wyjaśnienia, pod kątem, czy wykonawca ten konstruując swoją cenę ofertową w zakresie kosztu roboczogodziny nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, stwierdziła, że zachodzą podstawy do uznania, że sposób kalkulacji tego kosztu/tej ceny, nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. W szczególności Izba, za podstawę do takiego twierdzenia, przyjęła tę treść wyjaśnień konsorcjum APN (zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa), które odnoszą się do kadry mającej zająć się realizacją przedmiotu umowy (strona 1 wyjaśnień zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa – akapit 2 i dalej tabele z wynagrodzeniami). Jak słusznie bowiem wskazał SO w Toruniu, w wyroku z dnia 17 lipca 2017 roku, sygn. akt VI Ga 95/17 *„Na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w doktrynie wskazuje się natomiast, że uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w Rozdziale 2 u.z.n.k. albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2016 r., s.828). Tym samym w ocenie Sądu, jak już wskazano wyżej, nie można wykluczyć sytuacji, w której delikt opisany w art. 6 ust. 1 u.o.k. i k. będzie jednocześnie odpowiadać hipotezie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. lub z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Przemawia to dodatkowo za trafnością przedstawionego wyżej stanowiska, zgodnie z którym przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy interpretować w powiązaniu z regulacjami zawartymi w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.”*

Samo złożenie oferty z niską ceną, która nie została uznana za rażąco niską, nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 2017-02-13, sygn. akt IX Ga 3/17).

Reasumując, ustalenie kosztu roboczogodziny w sposób, który prezentuje konsorcjum APN, przy uwzględnieniu wymagań zamawiającego, co do kadry, wyłącznie po to aby uzyskać zamówienie lub uzyskać maksymalną liczbę punktów w danym kryterium oceny ofert, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nr 13 – konsorcjum APN – karta z certyfikatem.

Odwołujący podniósł, że oferta konsorcjum APN jest niezgodna z wymaganiem identyfikatora P2-KRM-SP-36. Zaoferowana - karta (...) nie występuje na publicznie dostępnych listach kart posiadających certyfikowany układ elektroniczny.

Izba uznała ten zarzut za bezzasadny, w żadnej mierze nie udowodniony.

Wskazać bowiem należy, że przystępujący - konsorcjum APN wykazało, że karta istnieje i ma certyfikat i że została zaoferowana w tym postępowaniu. Dowodem potwierdzającym tę okoliczność jest: oświadczenie firmy E. S. sp. z o.o., która potwierdziła, że oferowana karta, której producentem jest firma G., istnieje i posiada wymagany przez zamawiającego certyfikat FIPS140-2 Level 3 oraz kopia rzeczonoego certyfikatu.

Zarzut nr 14 – konsorcjum APN – oprogramowanie do kart.

Odwołujący wskazał, że oferta konsorcjum APN jest niezgodna z wymaganiem określonym w załączniku nr 4 do OPZ, gdzie należało podać nazwę oprogramowania dostarczanego wraz z kartami służącego do zarządzania częścią elektroniczną blankietu karty.

Zarzut bezzasadny, albowiem odwołujący nie wskazał okoliczności faktycznych, które miałyby potwierdzać sprzeczność oferty z s.i.w.z.

Zarzut nr 15 – konsorcjum DMS – szkolenia – zarzut uwzględniony przez zamawiającego ze sprzeciwem DMS.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z postanowieniami pkt. 4.1. ppkt 10 Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego załącznik nr 1 do s.i.w.z.) *koszt realizacji zadań określonych w rozdziale 4 nie przekroczy kwoty 400 000 zł brutto*. Rozdział 4 OPZ opisuje zadania wykonawcy związane ze szkoleniami. Oferta konsorcjum DMS oferuje wykonanie szkoleń za kwotę 1 000 000 zł netto, a więc znacznie powyżej ustalonego przez zamawiającego limitu. Tym samym oferta DMS winna podlegać odrzuceniu, gdyż cena oferty została obliczona niezgodnie z S.I.W.Z. Jednocześnie, powyższe uchybienie skutkuje błędami w obliczeniu ceny oferty, a zatem zrealizowana została podstawa do odrzucenia tej oferty również w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby błąd w ofercie konsorcjum DMS dotyczący podania ceny (kosztu) za szkolenia w wysokości wyższej niż określił to zamawiający w treści s.i.w.z., nie jest błędem

czy omyłką, która nadawałaby się do poprawie w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nadto wskazać należy, że przystępujący konsorcjum DMS (który wniósł sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego tego zarzutu), nie podnosił okoliczności świadczących o możliwości popełnienia przez niego omyłki w ofercie, ale z całą mocą argumentował, że kwota wskazana w omawianej pozycji, została tam podana z całą świadomością i celowo, albowiem w pozycji tej, w ocenie konsorcjum DMS należało podać jedynie koszt szkoleń bez zakładanego zysku czy innych składowych ceny. Na potwierdzenie swojego stanowiska powołał dowód – tabelę dotyczącą wyceny kosztu szkoleń (dokument własny, zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa). Abstrahując od dowodu złożonego przez konsorcjum DMS i od informacji w nim przedstawionych wskazać należy, iż odwołujący jako czynny uczestnik rynku zamówień publicznych orientuje się doskonale, w jaki sposób zamawiający opisując określone wymagania w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia następnie żądają ich spełnienia. Argumentacja o kosztach pozostaje w sprzeczności z dobrymi praktykami rynkowymi i właściwą, znaną profesjonalnemu uczestnikowi rynku, interpretacją s.i.w.z. Konsorcjum DMS próbuje bronić swojego stanowiska wskazując, że zamawiający w różnych częściach s.i.w.z. używa różnych sformułowań, np. „koszt realizacji zadań”, „kwota wynagrodzenia” czy „cena za usługi”, wywodząc z tego, że zamawiający żądał podania różnych informacji w zależności od tego jak została zdefiniowana wartość tego elementu. Jednakże przystępującemu uszedł uwadze, jakże ważny i determinujący rozstrzygnięcie w tej sprawie element, tj. fakt, iż przedmiotowe postępowanie toczy się pod rygorami ustawy - Prawo zamówień publicznych, a to oznacza, że nie ma możliwości, aby zamawiający wykonawcy zapłacił inną cenę niż ta, która ma wynikać z oferty. Z kolei oferta musi być zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a ta przewidywała maksymalne wynagrodzenie za przeprowadzenie szkoleń w łącznej wysokości 400 000 zł. Wszelkie odstępstwa od tej wartości (oczywiście te przekraczające kwotę 400 000 zł) należało potraktować jako sprzeczność treści oferty z s.i.w.z., której nie da się poprawić w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba, zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznała za zasadny. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że konsorcjum DMS przedstawiając swoje stanowisko w zakresie tego zarzutu, zdaje się zapominać, iż w kryterium oceny ofert zamawiający opisał kryterium „Koszt usług związanych z rozwojem podsystemów technicznych” – analogicznie posługując się sformułowaniem „koszt”, co z kolei sprowadzałoby się do wniosku, że wartość podana przez tego wykonawcę w ofercie to koszt + narzuty, co samo w sobie już stanowi o błędnym rozumowaniu tego wykonawcy, co do rozumienia treści s.i.w.z.

Nie sposób natomiast uznać, że doszło do wadliwego obliczenia ceny, bowiem, aby zaistniała przesłanka, o której mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, musiałoby dojść do nieuwzględnienia w wyliczeniu ceny wszystkich elementów cenotwórczych,

wynikających z przedmiotu zamówienia oraz przepisów prawa, natomiast konsorcjum DMS w swojej ofercie wszystkie ww. elementy uwzględniło. Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

Zarzut nr 16 – konsorcjum DMS – rażąco niska cena (RNC) i czyn nieuczciwej konkurencji (CNK).

Odwołujący potrzymał argumentację jak w odniesieniu do konsorcjum APN.

W omawianym przypadku, Izba stwierdziła, że nie zachodzi podstawa do stwierdzenia, że konsorcjum DMS złożyło ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę na to nie wskazują (wyjaśnienia zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa).

Nie mniej Izba stwierdziła, oceniając wyjaśnienia złożone przez konsorcjum DMS, iż wykonawca ten nie udowodnił, że cena (koszt roboczogodziny) nie jest ceną (kosztem) rażąco niską. Wykonawca ten składając wyjaśnienia zamawiającemu powołał się na ogólne twierdzenia i okoliczności, które w ocenie Izby dostępne są wszystkim uczestnikom tego (informatycznego) rynku na równych zasadach. Posiadane doświadczenie czy też wyspecjalizowana kadra to elementy, które każdy z wykonawców musiał wziąć pod uwagę, kalkulując ten element oferty. Nadto wykonawca do wyjaśnień załączył kopie umów o pracę, jednakże nie wszystkie z nich zawarte zostały na czas nieokreślony, czy np. na czas realizacji zamówienia, a umowy zawarte na okres próbny nie odzwierciedlają rzeczywistej wyceny pracy. W związku z powyższym, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego w tym zakresie jest zasadny.

Zarzut nr 17 – wykonawca W. – niezgodność treści oferty z s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że W. zaoferowało komputery takie same jak zaoferowane przez konsorcjum APN. W związku z tym w zakresie zarzutów od 1 do 4 odwołujący przedstawił taką samą argumentację jak przy zarzutach oznaczonych jako 3.1.-3.4. w części odwołania odnoszącej się do APN.

W powyższym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w odniesieniu do zarzutów do konsorcjum APN.

Zarzut nr 18 – wykonawca W. – monitory i myszy komputerowe.

Odwołujący wskazał, iż dostarczone przez W. na prezentację monitory będące elementem zestawu komputerowego Typ 1 i Typ 2, nie spełniają wymagania identyfikatora P2-STA-SP-21 i P2-STA-SP-43 punkt 8 Załącznika nr 8. Monitory będące elementem zestawu komputerowego Typ 1 i Typ 2 zgodnie z oznaczeniem na nich zostały wyprodukowane w 2016 roku. Podobnie w przypadku dostarczonych wraz z ofertą myszy komputerowych będących elementem zestawu komputerowego - zostały one

wyprodukowane w 2016 r. Wyjaśnienia W. z 16 października 2017 r. w tym zakresie nie mogą być wzięte pod uwagę, gdyż zawierają same oświadczenia, a z okoliczności sprawy i dowodów jakie przedłożone zostaną na rozprawie wynika, że m.in. oferowane myszy komputerowe nie zostały wyprodukowane w roku 2017.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny. W powyższym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w odniesieniu do zarzutów do konsorcjum APN podniesionych w odwołaniu konsorcjum DMS (KIO 2496/17).

Zarzut nr 19 – wykonawca W. – brak podania proponowanego rozwiązania.

Odwołujący podniósł, iż dostarczone na prezentację zestawy komputerowe nie spełniają wymagania identyfikatora P2-STA-SP-15 (typ I) i P2-STA-SP-37 (typ II). Zamawiający w ramach wymagania identyfikatora P2-STA-SP-15 (typ 1) i P2-STA-SP-37 (typ 2) odnośnie komputerów stacjonarnych wymagał - oprócz podania, czy komputer spełnia podane wymagania - podania proponowanego rozwiązania. Tymczasem w ofercie W. podano, że komputer F. (...) jest wyłącznie wyposażony w oprogramowanie Microsoft Windows i Microsoft Office (bez oprogramowania ujętego w punkcie 3-5 ww. identyfikatorów).

Izba uznała ten zarzut za zasadny. W powyższym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak wyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp (Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia), orzeczono jak w sentencji. Izba uwzględniła odwołanie stwierdzając, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, miało wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.).

KIO 2526/17

Dnia 27 listopada 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: I. S. sp. z o.o., O. P. S.A. (dalej „*odwołujący*” lub „*konsorcjum IS*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) Art. 26 ust. 3a Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy A.P.N.P. - K. do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, która umocowana była na podstawie załączonych do oferty pełnomocnictw jedynie do reprezentowania lidera konsorcjum, a nie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 2) Art. 26 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy A.P.N.P. - K. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. polisy OC na kwotę 25.000.000 zł;
- 3) Art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców A.P.N.P. - K. i D. - M. - S., jako zawierających błąd w obliczeniu ceny, z uwagi na przyjęcie w kalkulacji ceny oferty stawek za usługi rozwojowe, które nie pozwalają na pokrycie kosztów tych prac i oznaczają nie uwzględnienie ich w kalkulacji ceny, lub skalkulowanie w inny niż wymagany przez s.i.w.z. sposób, oraz ewentualnie Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców A.P.N.P. - K. i D. - M. - S. jako stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na zaniżenie ceny usług rozwojowych, aby uzyskać większą punktację w kryterium pn. „Koszt usług związanych z rozwojem podsystemów technicznych”;
- 4) Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców A.P.N.P. - K., W., oraz A. D. S. - A. P. jako uwagi na niewskazanie wbrew wymaganiu zamawiającego sposobu licencjonowania Oprogramowania Gotowego, co oznacza niezgodność ofert z s.i.w.z.;
- 5) Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. D. S. - A. P. jako niezgodnej z s.i.w.z. z uwagi na zaoferowanie nieprawidłowych licencji H. Service Manager, które obejmują licencjonowanie na operatora, a nie na użytkownika jak wymagał tego zamawiający;
- 6) Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. D. S. - A. P. jako niezgodnej z s.i.w.z. z uwagi na zaoferowanie Systemu Zarządzania Tożsamością niespełniającego wymagań określonych w s.i.w.z.;
- 7) Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców A. D. S. - A. P. oraz D.- M. - S. jako niezgodnych z s.i.w.z. z uwagi na zaoferowanie przez tych wykonawców drukarek igłowych nie spełniających wymagań zamawiającego, co do działania w sieci Ethernet;
- 8) Art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy W. i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty z uwagi na to, że wykonawca ten został wezwany do uzupełnienia wykazu dostaw i w celu wykazania posiadania doświadczenia w wykazie przedstawił inne usługi niż

poprzednio ujęte w tym wykazie, a co za tym idzie naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości;

- 9) Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D. - M. - S., jako niezgodnej z s.i.w.z. z uwagi na zaoferowanie ceny za szkolenia wyższej niż maksymalna dopuszczona przez zamawiającego, tj. ceny 1.230.000 zł przy maksymalnej dopuszczalnej cenie 400.000 zł (Roz. 4, Pkt 4.1 ppkt 10 zał nr 1 do s.i.w.z.);
- 10) Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W. z uwagi na zaoferowanie nieistniejącego produktu - Systemu Zarządzania Tożsamością – (...) producenta P. S.A., a tym samym zaoferowanie produktu niespełniającego wymogów s.i.w.z.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Odrzucenie ofert wykonawców A.P.N.P. - K., D. - M. -S., W., oraz A. D. S. - A. P.;
3. Przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert;
4. Dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na piątym miejscu, wskutek zaniechania przez zamawiającego odrzucenia ofert podlegających odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy. Na skutek zaniechania odrzucenia pozostałych ofert, zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty niezgodnej z s.i.w.z., zawierającej błąd w obliczeniu ceny, oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Dokonanie przez zamawiającego czynności zgodnie z ustawą doprowadziłoby do sytuacji, w której pozostałe cztery oferty zostały by odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a w efekcie uzyskałby on przedmiotowe zamówienie. Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Na posiedzeniu zamawiający oświadczył, iż uwzględni zarzut (nr 9) odwołującego w zakresie oferty złożonej przez konsorcjum DMS, tj. w zakresie dotyczącym niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. dot. kwoty za szkolenia (str. 11 odwołania).

Konsorcjum DMS wniosło sprzeciw, co do uwzględnionego przez zamawiającego zarzutu odwołania.

Pozostali wykonawcy zgłaszający przystąpienie – po stronie zamawiającego, sprzeciwu nie zgłosili.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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 stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia 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 w części zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 – konsorcjum APN - naruszenie art. 26 ust. 3a ustawy - zaniechanie wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa.

Odwołujący podniósł, iż konsorcjum APN przedłożyło wraz z ofertą pełnomocnictwa ustanawiające pełnomocnikiem konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 2 spółkę A.P.N.P., oraz pełnomocnictwo dla p. J.P., która podpisała ofertę w imieniu konsorcjum. J.P., zgodnie z brzmieniem załączonego pełnomocnictwa z dnia 7 sierpnia 2017 roku, była jednak umocowana jedynie do reprezentowania „Mocodawcy”, tj. spółki A.P.N.P., nie była umocowana do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Taki wniosek jest uzasadniony szczególnie z tego względu, że pełnomocnictwo dla p. J.P. zostało udzielone jeszcze zanim A.P.N.P. został umocowany jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co miało miejsce dopiero 30 sierpnia 2017 r. Zamawiający, skoro uznał, że oferta nie podlega odrzuceniu i nie ma podstaw do unieważnienia postępowania, zobowiązany był wezwać konsorcjum APN do uzupełnienia pełnomocnictwa dla p. J.P. do działania jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest zasadny. W powyższym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w odniesieniu do zarzutów do konsorcjum APN podniesionych w odwołaniu konsorcjum DMS (KIO 2496/17).

Zarzut nr 2 – konsorcjum APN - naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp - zaniechanie wezwania konsorcjum APN do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – polisa OC.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z rozdziałem V ust. 3 lit. b) s.i.w.z., w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali, że są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 25.000.000 zł. Konsorcjum APN przedłożyło polisę OC na kwotę 25.000.000 zł jednakże zgodnie z treścią tej polisy uwzględnia ona „Franszyzę redukcyjną” w wysokości 2.000 zł za każdą szkodę rzeczową oraz 10% nie mniej niż 10.000 zł przy czystej stracie finansowej. Oznacza to, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, gdyż w przypadku szkody rzeczowej suma gwarancyjna wynosi *de facto* 24.998.000 zł, a w przypadku czystej straty finansowej nawet mniej.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny, albowiem zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie postawił żadnych dodatkowych wymogów co do wysokości polisy OC, tj. jej wysokość miała być zagwarantowana kwotą 25 000 000 zł. Zamawiający nie wyłączył możliwości, aby polisa mogła zawierać franszyzę oraz nie określił jej maksymalnej wysokości. W związku z tym nie sposób wywieść, że polisa OC przedstawiona przez konsorcjum APN była wadliwa i konieczne byłoby wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia tego rodzaju dokumentu. W przedmiotowej sprawie to właśnie treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia przesądza o treści polisy OC, a co za tym idzie o potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro zatem polisa zawiera wymaganą przez zamawiającego wysokość, to zarzut uznać należało za bezzasadny.

Zarzut nr 3 – skierowany do ofert konsorcjum APN oraz konsorcjum DMS - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny, oraz ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, iż konsorcjum APN przyjęło cenę 50 PLN netto za świadczenie usług rozwojowych. Usługi te opisane we wzorze umowy w § 9. Realizacja i odbiór usług rozwoju i dostaw w ramach Prawa Opcji obejmują Usługi rozwoju Podsystemów

Technicznych, oraz dostarczenie jednostek Sprzętu lub licencji Oprogramowania nabywanych w ramach Zamówienia Podstawowego. Potencjalnie można zakładać, że Klient w dużej mierze, a może nawet w pełnym zakresie skorzysta z Usług Rozwoju Podsystemów Technicznych. Co ważne każdy wykonawca przy kalkulacji swojej oferty powinien przyjąć najbardziej „negatywny” pod względem ponoszonych kosztów scenariusz. Przy uwzględnieniu pełnego wykorzystania zamówienia opcjonalnego na Usługi Rozwoju Podsystemów Technicznych świadczonego w zaproponowanej cenie zamówienia objętego Opcją należy przyjąć 258298 godzin pracy, czyli aż 32287 osobodni pracy, z jakich może skorzystać zamawiający. Dalsze wyliczenia wskazują, że wymagane byłoby zaangażowanie do pracy 154 osób na 10 miesięcy. Dodać też należy, że powinny to być osoby o podobnych, bardzo wysokich kwalifikacjach w szeroko pojętym IT, do osób jakie zostały wskazane w wymaganiach s.i.w.z. Przy stawce 50 zł netto za 1 h pracy nie można zaoferować osób o takich kompetencjach jakich wymagał zamawiający. Należy pamiętać, że 50 zł jest to stawka kosztowa dla zamawiającego. Dalsze kalkulacje polegające na sprawdzeniu kosztu takiego pracownika dla firmy, jego pensji brutto, a następnie netto doprowadzają do kwoty wynagrodzenia około 30 zł za 1h pracy, jaką taki pracownik otrzymywałby od wykonawcy za swoją pracę. Pracownicy IT o tak wysokich kwalifikacjach oraz pracujący za tak niską stawkę po prostu nie istnieją na rynku. Zgodnie z informacjami z rynku pracy, pochodzącymi od firm zajmujących się HR, koszt pracy tego rodzaju specjalisty to co najmniej 150 pln za 1h. Prowadzi to do wniosku, że APN nie uwzględniło wszystkich kosztów usług rozwojowych w swojej ofercie, a zaproponowana niska stawka służyła jedynie sztucznemu uzyskaniu maksymalnie dużej ilości punktów w kryterium - Koszt usług związanych z rozwojem podsystemów technicznych.

Powyższe wyliczenia nie uwzględniają właściwej wartości zamówienia opcjonalnego, jaką należało wskazać w Formularzu Ofertowym. Konsorcjum APN, przez swój brak staranności zamiast kwoty około 25 mln PLN brutto wskazał kwotę około 15 mln PLN brutto. Przy zastosowaniu właściwej wartości ilość osób wymaganych do realizacji pełnego zamówienia opcjonalnego wzrosłaby jeszcze o ponad 50%. Opisany brak staranności przy tak prostej kalkulacji poddaje pod wątpliwość staranność prac, jakie miałby realizować ten wykonawca.

Konsorcjum DMS przyjął cenę 60 PLN netto za świadczenie usług rozwojowych. Przy uwzględnieniu pełnego wykorzystania zamówienia opcjonalnego na Usługi rozwoju Podsystemów Technicznych świadczonego w zaproponowanej cenie zamówienia objętego Opcją należy przyjąć 337815 godzin pracy, czyli aż 42226 osobodni pracy, z jakich może skorzystać zamawiający. Dalsze wyliczenia wskazują, że wymagane byłoby zaangażowanie do pracy 201 osób na 10 miesięcy. Dodać też należy, że powinny to być osoby o podobnych, bardzo wysokich kwalifikacjach w szeroko pojętym IT, do osób jakie zostały wskazane w wymaganiach s.i.w.z. Przy stawce 60 zł netto za 1h pracy nie można zaoferować osób

o takich kompetencjach jakich wymagał zamawiający. Należy pamiętać, że 60 zł jest to stawka kosztowa dla zamawiającego. Dalsze kalkulacje polegające na sprawdzeniu kosztu takiego pracownika dla firmy, jego pensji brutto, a następnie netto doprowadzają do kwoty wynagrodzenia około 36 zł za 1h pracy, jaką taki pracownik otrzymywałby od wykonawcy za swoją pracę. Pracownicy IT o tak wysokich kwalifikacjach oraz pracujący za tak niską stawkę po prostu nie istnieją na rynku. Zgodnie z informacjami z rynku pracy, pochodzącymi od firm zajmujących się HR, koszt pracy tego rodzaju specjalisty to co najmniej 150 pln za 1h. Prowadzi to do wniosku, że wykonawca DMS nie uwzględnił wszystkich kosztów usług rozwojowych w swojej ofercie, a zaproponowana niska stawka służyła jedynie sztucznemu uzyskaniu maksymalnie dużej ilości punktów w kryterium - Koszt usług związanych z rozwojem podsystemów technicznych.

Mając na względzie powyższe odwołujący stwierdził, że oferty konsorcjum APN oraz konsorcjum DMS, zawierały błąd w obliczeniu ceny i jako takie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, oraz ewentualnie, że konsorcjum APN oraz konsorcjum DMS zaniżyli ceny usług rozwojowych, aby uzyskać maksymalną punktację w kryterium pn. „Koszt usług związanych technicznych” i w związku z tym złożone przez nich oferty stanowią czyn nieuczciwej konkurencji i jako takie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp.

W ocenie Izby zarzut odwołującego dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jest bezzasadny. Izba w całości podziela argumentację prezentowaną wcześniej (KIO 2513/17) wskazując, iż nie sposób uznać, że doszło do wadliwego obliczenia ceny bowiem, aby zaistniała przesłanka, o której mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, musiałoby dojść do nieuwzględnienia w wyliczeniu ceny wszystkich elementów cenotwórczych, wynikających z przedmiotu zamówienia oraz przepisów prawa, natomiast zarówno konsorcjum APN, jak i konsorcjum DMS w swoich ofertach wszystkie ww. elementy uwzględniły.

Ponadto odwołujący wskazał, jako kluczowy dowód, potwierdzający zastosowanie przez APN i DMS zaniżonych stawek za roboczogodzinę prac rozwojowych fakt, iż zamawiający w ramach całego projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (EDA)” zdecydował się na uruchomienie postępowania przetargowego PK XF 261.23.2017 na „Świadczenie usług Wsparcia Technicznego w Projekcie „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)”, w wyniku którego podpisał na przełomie 3 i 4 kwartału 2017 roku umowę na realizację prac w cenie 125 PLN netto za 1 roboczogodzinę pracy. Jest to stawka o 250% wyższa od stawki zaproponowanej przez APN i o 208% wyższa od stawki zaproponowanej przez DMS. Co ważne celem tego projektu jest zapewnienie zamawiającemu dostępu do aktualnej, specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowanie, budowy i wdrażania systemów informatycznych, co prowadzić będzie do

wdrożenia Systemu. Dodatkowo odwołujący, jako dowód przedłożył analizę (raporty) aktualnych stawek za roboczogodzinę na polskim rynku IT. Zdaniem odwołującego raporty, nie mogą być negowane przez przystępujących z racji tego, iż próba na której są prowadzone analizy jest reprezentatywna i obejmuje nawet kilka tysięcy respondentów.

W zakresie dowodów zgłoszonych przez odwołującego, Izba stwierdziła, że *za Sądem Okręgowym w Warszawie, że „W związku z powyższym Sąd Okręgowy jednocześnie stwierdza, iż bez żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tego aspektu skarg były przedłożone obszerne analizy/raporty/badania dotyczące poziomu wynagrodzeń osób odpowiedzialnych za wykonywanie przedmiotowych usług informatycznych. Przykładowo można wskazać na (...) Badania Wynagrodzeń w 2015 r. - metoda S. (...) S. czy też raport W. T.. Wszystkie te analizy, raporty czy badania miały podstawową wadę dyskwalifikującą je jako materiał dowodowy - nie dotyczy konkretnych podmiotów - oferentów występujących w tym postępowaniu. Stanowiły jedynie uśrednione wartości w oparciu o dane udzielone przed podmioty, które w badaniach uczestniczyły. Sąd Okręgowy takimi danymi nie był zainteresowany. Dlatego też wszelkie wnioski dowodowe zmierzające do wykazania trafności tego czy innego raportu/badania nie mogły być przez sąd uwzględnione. Do oceny czy oferta nie zawiera rażąco zaniżonego składnika jej ceny, tj. kosztów osobowych należało przedstawić dowody odnoszące się wyłącznie do tego konkretnego oferenta (...).”* (wyrok z dnia 14 marca 2017 r, sygn. akt XXIII Ga 967/16).

W ocenie Izby potwierdził się natomiast zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do konsorcjum APN i w tym zakresie Izba podziela wcześniej prezentowane stanowisko (KIO 2513/17). Zdaniem Izby nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do konsorcjum DMS i w tym zakresie Izba podziela wcześniej prezentowane stanowisko (KIO 2513/17).

Zarzut nr 4 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert niezgodnych z s.i.w.z., tj. konsorcjum APN, wykonawcy W. i konsorcjum A. – sposób licencjonowania.

Odwołujący wskazał, że konsorcjum APN, wykonawca W. i konsorcjum A. w swoich ofertach, niezgodnie z wymaganiem zamawiającego zawartym w Formularzu Ofertowym w ust. 1 pkt 2, nie uwzględnili sposobu licencjonowania. Zamawiający wymagał, aby „Określając oferowane licencje Wykonawca określił również sposób licencjonowania (licencje nieograniczone, licencje na urządzenie, licencje na rdzeń, licencje na użytkownika itp.). Zamawiający wymagał dostarczenia takich licencji, które będą umożliwiać dostawę i użytkowanie systemów wg specyfikacji technicznych. Zgodnie z § 13 Wzoru Umowy - Wykonawca zapewnia udzielenie lub udziela Zamawiającemu licencji uprawniającej do korzystania z Oprogramowania Gotowego w sposób uwzględniający warunki określone

w Umowie, OPZ oraz projektach technicznych Podsystemów Technicznych oraz kolejny zapis - Licencje, o których mowa w ust. 1 lit b, muszą być nieograniczone terytorialnie, bezterminowe, przenoszalne, uprawniają do korzystania z Oprogramowania Gotowego bez ograniczeń ilościowych innych niż określone w OPZ. To oznacza, że należy dobrać określony typ licencji by spełnić wymogi s.i.w.z. i zarazem zmusza to do wpisania informacji do Formularza Ofertowego, aby zamawiający mógł określić, czy zaoferowane oprogramowanie spełnia wymagania określone w s.i.w.z.

Zamawiający na rozprawie wskazał, że wszystkie wyrażone zarówno w s.i.w.z., jak i załącznikach do specyfikacji obligatoryjne wymogi, sprowadzały się do tego, żeby dany wykonawca oświadczył, że je spełnia, niezależnie od tego, czy jest to zgodne z prawdą, w odniesieniu do oferowanych przez tego wykonawcę dostaw, a jeśli jakiś wymóg mimo wszystko nie zostałby spełniony, to należy go potraktować, jako nieistotny.

Z tym stanowiskiem zamawiającego, Izba się nie zgadza z uwagi na to, że s.i.w.z. wiąże zarówno wykonawców, jak i zamawiającego. To zamawiający jest gospodarzem postępowania i może w dowolny sposób ukształtować s.i.w.z. tak, aby na jak najlepszych warunkach uzyskać potrzebne dostawy. Skoro więc zamawiający przewidział całe mnóstwo różnych wymogów, a także wymagał wpisania określonych danych precyzujących oferowane produkty, nie może teraz twierdzić, że wszystkie te wymagania miały charakter fakultatywny i sprowadzały się do niezależnego od rzeczywistych właściwości oferowanego sprzętu i oprogramowania oświadczenia o treści „Spełnia”. Z jednej strony, prowadzi to do konstatacji, że doszło do nierównego traktowania wykonawców, bo każda oferta staje się zgodna z s.i.w.z., jednocześnie jednak restrykcyjne postanowienia uniemożliwiły poszczególnym wykonawcom zaoferowanie innych rozwiązań, które być może umożliwiłyby uzyskanie wyższej punktacji, a zamawiającemu uzyskanie dostaw po niższej cenie. Ostatecznie bowiem parametry techniczne, przynajmniej według twierdzeń podnoszonych na rozprawie, okazały się instrukcyjne. Tym samym ich wpisanie do s.i.w.z. i OPZ należy uznać za służące jedynie ograniczeniu konkurencji. Prowadzi to również do wniosku, że możliwe byłoby zaoferowanie czegokolwiek, a potem dostarczenie nawet innych dostaw niż wskazane, pod warunkiem, że wykonawca oznaczyłby je jako te, które określił w formularzu ofertowym. Mógłby wszak twierdzić, że zostały one przez niego przerobione na potrzeby niniejszego zamówienia. W ocenie Izby zarzut odwołującego jest zasadny. W powyższym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w odniesieniu do zarzutów do konsorcjum APN oraz do wykonawcy W., podniesionych w odwołaniu konsorcjum DMS (KIO 2496/17).

Zarzut nr 5 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum A. z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę

oprogramowania z niewłaściwym sposobem licencjonowania - H. Service Manager.

Odwołujący podniósł, że konsorcjum A. zaoferowało jako Podsystem HelpDesk oraz Wsparcia Eksploatacji produkt H. Service Manager. Nie spełnia on wymagań określonych w § 13 ust. 10 Wzoru Umowy, zgodnie z którym „Licencje, o których mowa w ust. 1 lit b, muszą być nieograniczone terytorialnie, bezterminowe, przenoszalne, uprawniają do korzystania z Oprogramowania Gotowego bez ograniczeń ilościowych innych niż określone w OPZ.”. Produkt ten jest licencjonowany per operator (osoba odbierająca zgłoszenia serwisowe), co wprowadza niedopuszczalne przez zamawiającego ograniczenia ilościowe. Klient ewidentnie wskazuje, że wymaga oprogramowania, które jest licencjonowane na 15000 użytkowników końcowych, którzy będą mogli przysyłać zgłoszenia serwisowe, a nie na przyjmujących zgłoszenia operatorów (rozwiązujących drogą elektroniczną problemy ze środowiskiem informatycznym jakie mają użytkownicy końcowi).

Przystępujący A. złożył dowody, które mają dowodzić, że firma E. P. sp. z o.o. jest właścicielem praw do oprogramowania H.E Service Manager i może je sprzedawać i licencjonować. Wśród dowodów znalazły się:

- a) kopie maili pomiędzy A. a p. J.S. z firmy E. P.,
- b) kopia KRS firmy E. P. sp. z o.o. z grudnia 2017 roku,
- c) przetłumaczone oświadczenie podpisane przez (...) w dniu 10 maja 2017 roku.

Zdaniem Izby, z treści e-maila można się dowiedzieć, że licencja (w liczbie pojedynczej) umożliwia korzystanie z oprogramowania przez nieograniczoną liczbę użytkowników końcowych. Jednakże jest to ograniczone możliwością obsługi zgłoszeń przez operatorów - to oni winni posiadać licencje dostępowe. Zamawiający nie podał liczby operatorów (co zostało już podniesione przez odwołującego podczas rozprawy oraz przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 22 - wyjaśnienia i zmiana s.i.w.z. z 28.07.2017 roku). Z tego powodu nie jest możliwe oszacowanie właściwej ilości licencji wymaganych do kompleksowej obsługi Systemu Helpdesk, a zarazem wycenienie i zaoferowanie tego produktu.

Nadto odwołujący złożył dowody w postaci instrukcji i zmian w licencjonowaniu, jakie miały miejsce w latach 2009, 2016 oraz 2017, z których w sposób bezpośredni wynika sposób licencjonowania – na operatorów.

Dodatkowo wskazać należy, że po pierwsze - A. wskazało H. E., jako producenta oprogramowania, po drugie - wiadomość mail z dowodu przystępującego napisał p. J.S. korzystając z adresu mailowego (...)@microfocus.com, po trzecie – p. J.S. podpisał się, jako członek zarządu E. P. sp. z o.o. Mamy tu naraz trzy różne podmioty wypowiadające się odnośnie H. Service Managera, które zaprzeczają oficjalnym warunkom licencyjnym ze strony M., które to warunki (m.in. dotyczące najnowszej wersji 9.52) odwołujący przedstawił

podczas rozprawy. Trudno zatem uznać omawiany dowód za mający jakiegokolwiek znaczenie. Z dowodu tego nie wynika też, że nieprawdziwym jest twierdzenie, że M. jest właścicielem H.E Service Manager.

W odpisie z KRS brak jest informacji o przejęciu przez spółkę E. P. Sp. z o.o. spółki M., która jest właścicielem oprogramowania H.E Service Manager, stąd dowód ten jest nieadekwatny do wykazania, że spółka E. P. Sp. z o.o. jest właścicielem i producentem oprogramowania H.E Service Manager.

W oświadczeniu z dnia 10 maja 2017 roku (dowód nr 3) jest mowa o planach, jakie posiada firma H. P. E. C., co do połączenia części swojego działu oprogramowania z firmą M. F. I.. Znajduje się tam również informacja o tym, że firma E. P. będzie miała do odegrania pewną rolę w tym przedsięwzięciu. Analizując zmiany w KRS dowiadujemy się, że w dniu 10 maja 2017 roku, czyli w dniu, z którego pochodzi to pismo, (...) zgodnie z zapisami w KRS, nie był członkiem zarządu firmy E. P., czyli nie mógł podejmować w imieniu E. żadnych wiążących kluczowych dla spółki decyzji. Taką osobą byłby wg KRS (...). Z tego powodu pismo wniesione przez A., jako dowód należy uznać za nieistotne.

W ocenie Izby zarzut powyższy jest zasadny. Izba za właściwe i prawidłowe przyjęła stanowisko wraz z dowodami przedstawione przez odwołującego. Zdaniem Izby produkt zaoferowany przez konsorcjum A. nie spełnia wymagań opisanych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności tych związanych z licencjonowaniem na 15 000 użytkowników końcowych, albowiem jak wynika z treści obecnie obowiązujących umów licencyjnych, sposób licencjonowania zmienił się i w obecnym kształcie obejmuje tylko operatorów.

Zarzut nr 6 – do oferty konsorcjum A. – system zarządzania tożsamością.

Odwołujący wycofał ten zarzut, w związku z czym Izba pozostawiła go bez rozpoznania.

Zarzut nr 7 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum A. oraz konsorcjum DMS, z uwagi na zaoferowanie drukarek igłowych niespełniających wymagań zamawiającego.

Odwołujący podniósł, iż obydwaj wykonawcy zaoferowali drukarki igłowe (...). Zgodnie z zał. 3 do OPZ, produkt 2, wymaganie P2-DRI- SP-06, zamawiający wymagał, aby drukarka miała złącze Ethernet 10/100BaseTX; aby spełnić to wymaganie należało tą drukarkę zaoferować z dodatkowym modułem ML-OKILAN7130E, bez tego wymogu nie jest spełniony ww. wymóg zamawiającego. Ani konsorcjum A., ani konsorcjum DMS nie zaoferowali takiego modułu.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest bezzasadny, albowiem obydwaj wykonawcy w tabeli w której potwierdzali parametry techniczne oferowanych drukarek, w pozycji złącze

Ethernet 10/100BaseTX, wskazali „spełnia”, co oznacza, że oferowane urządzenie dostarczone zostanie właśnie z wymaganą kartą sieciową. Podkreślić należy, że w omawianym załączniku zamawiający nie wymagał podawania konkretnych parametrów, tak jak to miało miejsce w odniesieniu do innych urządzeń, ale wymagał tylko potwierdzenia spełnienia tego parametru.

Zarzut nr 8 - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy W., jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca W., złożył wykaz dostaw, w którym zamawiający zakwestionował dostawę zrealizowaną w ramach projektu „Małopolska Platforma Elektronicznej Komunikacji Policji” - II Etap i uznał za niespełniającą wymagań ze względu na to, że jej wartość wynosiła 6.000.000 zł brutto, a nie przynajmniej 10.000.000 zł brutto jak wynikało to z treści warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał do uzupełnienia wykazu, wykonawca W. na potwierdzenie spełniania wymagań przedstawił dodatkowe zamówienie nie ujęte w pierwotnym wykazie. Takie uzupełnienie należy uznać za niedopuszczalne w świetle orzeczenia TSUE C-387/14 Esaprojekt (w szczególności motywy 40 i 41), zgodnie z którymi nie jest możliwe przedłożenie zupełnie nowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż dokumenty takie decydują o wyniku weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu i tożsamości wykonawcy. Takie działanie prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy W. w stosunku do pozostałych uczestników postępowania. Ponieważ wykonawca ten został już raz wezwany w tym zakresie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest możliwe powtórne wezwanie, a tym samym wykonawcę W. należy uznać za niespełniającego warunki udziału w postępowaniu i podlegającego wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, zarzut odwołującego jest bezzasadny, a argumentacja podnoszona przez odwołującego nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego sprawy. Orzeczenie, na które powołuje się odwołujący i które *de facto* ma stanowić uzasadnienie postawionego zarzutu, dotyczy możliwości zamiany podmiotu udostępniającego swoje zasoby a nie potencjału własnego wykonawcy. W tym zakresie jak najbardziej dopuszczalne jest uzupełnianie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut nr 9 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum DMS z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę niezgodnej z s.i.w.z. ceny za szkolenia.

Odwołujący podniósł, iż konsorcjum DMS zaferowało cenę 1.230.000 zł brutto za szkolenia, co wynika z pkt 1 ppkt 3) lit. a) Formularza ofertowego złożonego przez tego wykonawcę. Jednocześnie zamawiający w rozdziale 4 pkt 4.1 ppkt 10 zał. nr 1 do s.i.w.z. (OPZ) wymagał, aby cena za szkolenia nie przekroczyła kwoty 400.000 zł brutto. Tym samym należy stwierdzić, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z s.i.w.z., przewiduje bowiem wyższą niż dopuszczalna cenę za szkolenia. W związku z powyższym, oferta konsorcjum DMS powinna zostać odrzucona jako niezgodna z s.i.w.z. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest zasadny. W powyższym zakresie Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w odniesieniu do zarzutów do konsorcjum DMS, podniesionych w odwołaniu konsorcjum A. (KIO 2513/17).

Zarzut nr 10 – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W., jako niezgodnej z s.i.w.z. z uwagi na zaferowanie nieistniejącego produktu.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca W. zaferował System Zarządzania Tożsamością - P. Uptime IDM 2.0. Taki system zarządzania tożsamości nie istnieje i nie są dostępne powszechnie żadne informacje o takim Systemie Zarządzania Tożsamością, co jest ewidentnie sprzeczne z w definicją dotyczącą oferowanego Oprogramowania Gotowego, jaka została wskazana we wzorze umowy (Wartości niematerialne i prawne dostarczone przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy oferowane na rynku w dniu złożenia Oferty, dostępne publicznie, dla którego istnieje dokumentacją użytkownika. Przez Oprogramowanie Gotowe rozumie się zarówno oprogramowanie oferowane w sprzedaży (oprogramowanie komercyjne) jak również oprogramowanie udostępniane na zasadach licencji otwartej (oprogramowanie open source). W świetle Umowy jako Oprogramowanie Gotowe uznaje się oprogramowanie wskazane w tej kategorii w Ofercie (w formularzu ofertowym). W związku z powyższym, należy stwierdzić, że wykonawca nie zaferował produktu spełniającego wymagania s.i.w.z.

Zdaniem Izby zarzut ten częściowo się potwierdził, a mianowicie stwierdzić należało, że produkt oferowany przez wykonawcę W. istnieje, jednakże nie wypełnia on założenia definicyjnego ustanowionego przez zamawiającego, tj. jego powszechności, dostępności dokumentacji użytkownika oraz nie spełnia wymagania oprogramowania gotowego. Z tego też powodu oferta wykonawcy W. w tym zakresie niezgodna jest z s.i.w.z. i podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo podnieść należy, że zamawiający odpowiadając na zarzut wskazał, że argument o braku informacji na stronie WWW producenta P. oraz w wyszukiwarce Google jest nietrafiony. Izba nie zgadza się z tym stanowiskiem, gdyż samo

wymaganie zamawiającego dotyczące właśnie Oprogramowania Gotowego „Wartości niematerialne i prawne dostarczone przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy oferowane na rynku w dniu złożenia Oferty, dostępne publicznie, dla którego istnieje dokumentacja użytkowania” potwierdza, że kupujący musi mieć łatwy dostęp do zdobycia wiedzy i oferty na temat oprogramowania, które następnie miało być zaoferowane w postępowaniu. Brak informacji o produkcie w wyszukiwarce Google oraz brak informacji o produkcie na stronie internetowej producenta ewidentnie uniemożliwia zdobycie oferty/dokumentacji na oprogramowanie (...). Ten produkt nie jest dostępny publicznie, a uzyskanie oferty przez odwołującego było możliwe jedynie dzięki toczącym się rozmowom dotyczącym udostępnienia osób lub referencji do przetargu. Odwołujący po otrzymaniu oferty nie zdecydowało się na skorzystanie z niej ponieważ P. scharakteryzowała swój produkt jako „autorski” oraz z powodu braku jakichkolwiek szerszych informacji o tym produkcie. W przeciwieństwie do (...) inne produkty zaproponowane w postępowaniu jako System Zarządzania Tożsamością, np. (...) firmy M. lub (...) firmy S.(2) są produktami spełniającymi wymogi postawione w definicji Oprogramowania Gotowego. Na dowód powyższego (że są to produkty dostępne publicznie, o których bez problemu można zdobyć komplet potrzebnych informacji) odwołujący przedstawił zrzuty ekranu z wyszukiwarki oraz ze stron producentów.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp (Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia), orzeczono jak w sentencji. Izba uwzględniła odwołanie stwierdzając, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, miało wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....