

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **8 kwietnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **8 marca 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Zeto Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie**

w postępowaniu pn. *Nowoczesne usługi cyfrowe dla mieszkańców Gminy Grunwald* (nr postępowania ZW.271.3.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Grunwald z siedzibą w Gierzwałdzie**

przy udziale wykonawcy: **Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie –** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4086 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.
- 3) zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów Przystępującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Gmina Grunwald z siedzibą w Gierzwałdzie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Nowoczesne usługi cyfrowe dla mieszkańców Gminy Grunwald* (nr postępowania ZW.271.3.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 grudnia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_233 pod poz. 575217.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

25 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „PIR” lub „Przystępujący”} oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Zeto Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie.

8 marca 2021 r. Zeto Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie {dalej również: „Zeto” lub „Odwołujący”} wniosła w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 – przez odrzucenie oferty Zeto jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} na podstawie nieuzasadnionego i bezpodstawnego uznania, że {lista zarzutów}:

1. Odwołujący nie wykazał zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych i normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 gram, w związku z brakiem złożenia oświadczenia producenta Dell w powyższym zakresie.
2. W zakresie usług serwisowych zgłoszenia awarii nie będą realizowane przez ogólnopolską linię telefoniczną producenta oferowanego sprzętu Dell, gdyż oświadczenie o pozostawieniu dysków twardych w razie awarii komputerów u Zamawiającego zostało podpisane nie przez tego producenta, a przez Xcomp sp. z o.o. {dalej również: „Xcomp”}.
3. Zaoferowane oprogramowanie Endpoint Protection Advanced ESET nie spełnia wymagania posiadania wbudowanego modułu skanującego protokoły POP3, SMTP,

IMAP i NNTP niezależnie od klienta pocztowego oraz wbudowanego modułu skanującego ruch komunikatorów ICO, MSN, AIM, Mail.Ru Agent oraz IRC na podstawie rzekomo przeprowadzonej ustnej rozmowy z pracownikiem dystrybutora tego oprogramowania, bez uprzedniego wezwania Zeto do złożenia wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Zeto.
2. Ponownego badania i oceny oferty Zeto.
3. Wyboru oferty Zeto jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował dodatkowo powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1.-3. listy zarzutów}

W uzasadnieniu odwołania powołano się na następujące okoliczności prawne.

Niezgodność oferty z SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zachodzi, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymagań merytorycznych, co potwierdzają wypowiedzi orzecznictwa i doktryny {które zostały w odwołaniu zacytowane}.

Jak wskazała Izba w wyroku z 17 grudnia 2018 r. sygn. KIO 2503/18: *W sytuacji, gdy Zamawiający ma wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, może zgodnie z art 87 ust 1 pzp wyjaśnić treść oferty, oczekiwać potwierdzenia spełnienia parametrów, czy też zażądać materiałów, potwierdzających zgodność z wymaganiami SIWZ. Zaniechanie dokonania czynności wyjaśnienia stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 pzp, gdyż Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy, nie mając jednoznacznego potwierdzenia, że oferta ta jest niezgodna z wymaganiami SIWZ.*

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zamawiający:

- określił w załączniku nr 3b do SIWZ – Sprzęt, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia {dalej: „OPZ”}, wymaganie potwierdzenia spełniania przez producenta sprzętu kryteriów środowiskowych, w tym zgodności z dyrektywą RoHS), a dla komputerów stacjonarnych dodatkowo postawił wymaganie w zakresie zgodności z normą ISO 1043-4;
- wymagał w załączniku nr 3b do SIWZ, aby wraz z dostawą komputerów stacjonarnych

i laptopów dostarczyć mu wszystkie certyfikaty (tj. ISO 9001:2000, ISO 14001), deklaracje (np. deklarację zgodności CE) itp., wyłącznie w odniesieniu do certyfikatu TCO oraz Energy Star 6.0 zastrzegając, że podlegają złożeniu już przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona;

- tylko w odniesieniu do komputerów stacjonarnych określił w załączniku nr 3b do SIWZ wymaganie w zakresie zgodności z normą ISO 1043-4;
- w odpowiedzi na pytanie dotyczące możliwości złożenia alternatywnych w stosunku do oświadczeń producenta dokumentów, podtrzymał zapisy SIWZ i OPZ ;
- odrzucił ofertę Zeto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jako niezgodną z treścią SIWZ z uwagi na brak złożenia oświadczeń producenta oferowanego sprzętu, Della, w zakresie zgodności z dyrektywą RoHS i normą ISO 1043-4, zaznaczając, że żaden z dokumentów przedłożonych przez Zeto nie zawiera wymaganych informacji na temat zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych, jak również zgodności z normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 g,
- treść uzasadnienia stanowi powtórzenie treści pisma z 18 lutego 2021 r., w którym PIR wnioskował o odrzucenie oferty Zeto.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, co następuje.

Po pierwsze, że dokonał niedopuszczalnej po upływie terminu składania ofert zmiany wymagań, gdyż odrzucił ofertę Zeto za brak dokumentów, które wg SIWZ miały być złożone dopiero wraz z dostawą sprzętu.

Po drugie, że odrzucił ofertę Zeto nie z uwagi na jej merytoryczną niezgodność z treścią SIWZ, a za niedopełnienie aspektu formalnego.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zamawiający:

- określił w załączniku nr 3 b do SIWZ (str. 19. oraz str. 21 w rubryce dot. gwarancji) następujące wymaganie: *Trzy lata gwarancji realizowanej w miejscu instalacji sprzętu, z czasem reakcji do następnego dnia roboczego od przyjęcia zgłoszenia, możliwość zgłaszania awarii w poprzez ogólnopolską linię telefoniczną producenta. W przypadku awarii dysków twardych dysk pozostaje u Zamawiającego – wymagane jest dołączenie do oferty oświadczenia podmiotu realizującego serwis lub producenta sprzętu o spełnieniu tego warunku;*
- w ramach uzasadnienia odrzucenia wskazał, że z informacji, jaką uzyskał od producenta

Dell, wynika, że serwis może być realizowany wyłącznie przez samego producenta, a co za tym idzie oświadczenie o pozostawieniu dysków twardej w razie awarii u Zamawiającego powinno być podpisane przez tego producenta jako firmy świadczącej serwis gwarancyjny;
- nie przytoczył nawet fragmentu treści informacji, na którą powołał się w ramach powyższego uzasadnienia.

Odwołujący domyśla się, że Zamawiającemu chodzi o wewnętrznego e-maila pomiędzy pracownikami Dell sp. z o.o. (przedstawiciela producenta Dell), która została udostępniona Zeto 4.03.2021 r. na jego wniosek.

W dokumentach złożonych przez Zeto na etapie badania ofert znajdują się informacje dotyczące konfiguracji oferowanych komputera Dell OptiPlex 3280 AIO oraz laptopa Dell Latitude 3510, które potwierdzają objęcie ofertą wsparcia producenckiego (ang. support), pozwalającego na zgłaszanie awarii przez ogólnopolską linię telefoniczną producenta.

Wykupienie supportu do określonej konfiguracji urządzeń Della przez oficjalnego partnera Della i podwykonawcę Zeto – Xcomp sp. z o.o. sp. k. {dalej: „Xcomp”}, za pośrednictwem oficjalnego sklepu internetowego producenta, jest równoznaczne z zapewnieniem możliwości zgłaszania awarii przez ogólnopolską linię telefoniczną producenta.

Podmiotem realizującym serwis będzie podwykonawca Zeto, Xcomp.

Odwołujący wywiódł, że Zamawiającemu uszła istota postawionego przez niego wymagania, która polega na tym, aby w przypadku awarii dysków zgłaszać ją przez ogólnopolską linię telefoniczną producenta, *de facto* zapewniając ich naprawę przez producenta.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, co następuje.

Po pierwsze, że zaniechał wezwania Zeto do wyjaśnienia treści oferty w zakresie sposobu spełnienia powyżej przytoczonego wymagania.

Po drugie, że wymaganie przedstawienia oświadczenia producenta o pozostawieniu dysków twardej w razie awarii u Zamawiającego tylko z tego powodu, że zgłaszanie awarii ma nastąpić przez linię telefoniczną producenta, jest nieuzasadnione i zarazem stanowi niedopuszczalną zmianę SIWZ.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zaoferowane przez Zeto oprogramowanie antywirusowe Endpoint Protection Advanced producenta ESET spełnia wszystkie wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, co potwierdza: po pierwsze – oświadczenie Dagma sp. z o.o. {dalej: „Dagma”},

jedynego autoryzowanego dystrybutora ESET na Polskę {załącznik nr 6 do odwołania}, po drugie – informacje dot. spełnienia wymagań przez oferowane oprogramowanie ESET znajdują się na stronie internetowej producenta oprogramowania

Zamawiający wskazał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, że niespełnienie {przywołanego powyżej w ramach pkt 1. listy zarzutów} wymagania stwierdził na podstawie oświadczenia złożonego przez dystrybutora ESET na Polskę.

Z udostępnionej Zeto dokumentacji wynika, że Zamawiający przeprowadził rozmowę telefoniczną z przedstawicielem dystrybutora ESET na Polskę, T. M., i na tę okoliczność została sporządzona 25.02.2021 r. przez inżyniera kontraktu M. K. notatka służbowa.

W odpowiedzi na e-mail Zeto dotyczący powyższej notatki T. M. zaprzeczył, żeby kiedykolwiek udzielał przez telefon takiej informacji {załącznik nr 5 do odwołania}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, co następuje.

Po pierwsze, że zaniechał wezwania Zeto do wyjaśnienia treści oferty w zakresie spełnienia powyżej przytoczonego wymagania.

Po drugie, że nie dochował należytej staranności, gdyż bezpodstawnie odrzucił ofertę Zeto, nie sprawdzając nawet informacji dostępnych na stronach internetowych.

Jako przystępujący po stronie Zamawiającego PIR w swoim piśmie z 7 kwietnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Z pisma Przystępującego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zgodnie z załącznikiem nr 3b do SIWZ wykonawca zobowiązany był do potwierdzenia *spełnienia kryteriów środowiskowych, w tym zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych w postaci oświadczenia producenta jednostki (wg wytycznych Krajowej Agencji Poszanowania Energii S.A., zawartych w dokumencie „Opracowanie propozycji kryteriów środowiskowych dla produktów zużywających energię możliwych do wykorzystania przy formułowaniu specyfikacji na potrzeby zamówień publicznych”, pkt. 34.2.1; dokument z grudnia 2006), w szczególności zgodności z normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 gram”* [poz. 6. „Stacjonarny zestaw komputerowy – 4 sztuk”, wiersz „Certyfikaty i standardy” oraz poz. 7. „Laptop – 3 sztuk”, wiersz „Certyfikaty”).

Zgodnie z rozdziałem VII.2. pkt 12 SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy

odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wykonawca zobowiązany był do złożenia na wezwanie Zamawiającego kart katalogowych lub innych dokumentów potwierdzających, że sprzęt komputerowy spełnia wymagania Zamawiającego określone w załączniku 3b do SIWZ (wpisano załącznik 3c, co wg Przystępującego stanowi oczywistą omyłkę pisarską).

W ramach wyjaśnień treści SIWZ na pytanie *Czy Zamawiający dopuści alternatywnie do oświadczeń producenta dokumenty ze strony producenta potwierdzające wymogi głośności, certyfikatów i standardów oraz rodzaj gwarancji?*, Zamawiający udzielił odpowiedzi: *Zamawiający podtrzymuje obecne wymagania OPZ.*

Zeto w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 i 3 pzp do złożenia dokumentów na potwierdzenie wymagań opisanych w załączniku nr 3b do SIWZ, złożyło niektóre z nich oraz powołało się na wykazanie zgodności sprzętu z dyrektywą RoHS i normą ISO 1034-4 innymi dokumentami niż oświadczenie producenta.

Zeto nie uzyskało wymaganych oświadczeń, gdyż wystąpiła do producenta oferowanego sprzętu o ich wystawienie tuż przed terminem wyznaczonym przez Zamawiającego na złożenie tych dokumentów.

W tych okolicznościach Przystępujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że z powyżej przywołanych postanowień SIWZ wynika, że Zamawiający określił katalog dokumentów na potwierdzenie spełniania jego wymagań, które miały być złożone przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona.

Po drugie, że Zeto przez własne zaniechanie nie złożyło wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających zgodność oferowanego sprzętu z dyrektywą RoHS oraz normą ISO 1043-4.

Po trzecie, że ponieważ Zeto nie wniosło odwołania od wezwań Zamawiającego, podnoszony obecnie zarzut bezpodstawnego żądania na etapie badania ofert dokumentów na potwierdzenie zgodności oferowanego sprzętu z dyrektywą RoHS i normą ISO 1034-4 należy uznać za spóźniony.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Z pisma Przystępującego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

W ramach usług serwisowych Zamawiający wymagał m.in. możliwości zgłaszania awarii poprzez ogólnopolską linię telefoniczną producenta. Jednocześnie Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą oświadczenia podmiotu realizującego serwis lub producenta sprzętu o spełnieniu warunku, że w przypadku awarii dysku twardego, dysk pozostaje u Zamawiającego.

Zeto zadeklarowało realizację usług serwisowych przez Xcomp sp. z o.o. sp.k., składając w powyższym zakresie oświadczenie tego podmiotu.

W tych okolicznościach Przystępujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że istotą powyższego wymogu jest możliwość zgłaszania awarii poprzez linię telefoniczną producenta bezpośrednio przez Zamawiającego, a nie przez inny podmiot (Xcomp) w ramach wykupionego wsparcia producenta.

Po drugie, skoro Zeto wykupiło wsparcie producenta zapewniające możliwość zgłaszania awarii, a zarazem naprawy dysków twardych przez producenta, powinno złożyć oświadczenie tego producenta w przedmiocie pozostawienia w razie awarii dysków twardych u Zamawiającego. W przeciwnym wypadku oświadczenie złożone wraz z ofertą pozostaje bezprzedmiotowe, gdyż pochodzi od podmiotu, który *de facto* nie będzie realizował napraw dysków twardych.

Po trzecie, że treść oferty Zeto w zakresie sposobu realizacji usług serwisowych nie odpowiada wymaganiom SIWZ co do możliwości zgłaszania awarii poprzez ogólnopolską linię telefoniczną producenta.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zdaniem Przystępującego Zamawiający miał prawo zwrócić się do podmiotów lub osób trzecich w celu ustalenia, czy oferowane oprogramowanie spełnia wymagania SIWZ, gdyż przepisy ustawy pzp nie zabraniają takiego działania, jak również nie określają formy, w jakiej Zamawiający może pozyskiwać od podmiotów trzecich niezbędne informacje.

Przystępujący stwierdził, że w tym zakresie uzasadnienie zarzutu odwołania jest irrelevantne z punktu widzenia zasadności odrzucenia oferty Zeto.

Przystępujący wskazał, że zarówno z jego, jak i Zamawiającego ustaleń wynika, że zaofertowane przez Zeto oprogramowanie antywirusowe Endpoint Protection Advanced ESET nie spełnia wymagania posiadania wbudowanego modułu skanującego protokoły POP3, SMTP, IMAP i NNTP niezależnie od klienta pocztowego oraz wbudowanego modułu skanującego ruch komunikatorów ICQ, MSN, AIM, Mail.Ru Agent oraz IRC.

Przystępujący z następujących powodów zakwestionował załączone do odwołania oświadczenie dystrybutora ESET na Polskę – Dagmy sp. z o.o. oraz wydruku ze strony internetowej tego podmiotu.

Po pierwsze – podpisanie oświadczenia przez jednego członka zarządu, podczas gdy według KRS do reprezentacji tej spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

Po drugie – oświadczenie nie wskazuje, którego produktu dotyczy – mowa jest

ogólnie o programie ESET, a istnieje wiele zróżnicowanych produktów oferowanych jako ESET, oświadczenie takie nic nie wnosi do sprawy.

Po trzecie – treść oświadczenia jest lakoniczna („W przypadku komunikatorów sytuacja jest analogiczna”) i nie odwołuje się wprost do wymagań określonych w SIWZ, w związku z czym nie potwierdza wprost spełnienia tychże wymagań.

Po czwarte – z załączonego do odwołania wydruku ze strony internetowej Dagma nie wynikają żadne przydatne z punktu widzenia oceny spełnienia wymagań SIWZ informacje.

Przystępujący podsumował, że choć w przedmiotowej sprawie ciężar dowodowy spoczywa na Odwołującym, jego twierdzenia, jakoby zaoferowany program antywirusowy spełniał wymagania Zamawiającego, pozostały nieudowodnione.

Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że uznaje odwołanie w zakresie pierwszego z zarzutów, a w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania.

Przystępujący wniósł sprzeciw co do powyższego uwzględnienia częściowego odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego choćby w części, sprawa w całości została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której uczestnicy sporu pozostali przy swoich stanowiskach i argumentacji.

W szczególności Zamawiający na rozprawie podniósł następującą argumentację.

Ponieważ w zakresie zarzutów, których Zamawiający nie uznał, nie miał on wątpliwości co do niespełniania przez ofertę Zeto wymagań, które stały się podstawą odrzucenia, nie było podstaw faktycznych, aby wzywać ZETO do wyjaśnień.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Podał, że to Zeto zadało pytanie o dopuszczalność innego sposobu potwierdzenia spełnienia wymagań niż oświadczeniem producenta, co dotyczyło również kwestii serwisu. Na co Zamawiający udzielił odpowiedzi negatywnej. Jednocześnie z korespondencji pomiędzy panią O. (z ramienia Zeto) a panią S. (z ramienia Della) wynika, że Zeto nie miało wątpliwości, że wymagane jest oświadczenie producenta co do kwestii serwisu.

Zwrócił uwagę na niekonsekwencję Zeto, które twierdzi, że zapewniło serwis producenta, a tymczasem z pkt 3.7. odwołania wynika, że chodzi o serwis zapewniany przez

podwykonawcę Xcomp, co z kolei jest spójne z tym, że to właśnie oświadczenie tego podmiotu co do sprawowania serwisu zostało złożone.

Zauważył, że ze stanowiska Odwołującego nie wynika również jasno, czy użytkownik zamawianych komputerów, czyli pracownik Zamawiającego, będzie mógł zgłosić awarię bezpośrednio na infolinię producenta Dell.

Ocecił, że z powoływanego przez Odwołującego dowodu na potwierdzenie wykupienia usługi dot. dysku twardego nie wynika zapewnienie możliwości zgłaszania awarii za pośrednictwem infolinii producenta. Natomiast z korespondencji z panią S. jednoznacznie wynika, że zapewnia to jedynie gwarancja producenta.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Oświadczył, że dopełnił należytej staranności przy badaniu tej kwestii, gdyż jego pracownik jako członek komisji przetargowej nie poprzestał na zapoznaniu się z całością dokumentacji technicznej dot. zaoferowanego oprogramowania. Zamawiający nie zaakceptował też bezkrytycznie pisma Przystępującego i załączonych do niego dowodów, ale potwierdził w rozmowie z panem T. M., że wskazanie przez niego jako pracownika Dagma niespełniania wymagania miało miejsce i zostało ustalone po zasięgnięciu wiedzy w suporcie dot. tego produktu, tak jak wynika z treści dokumentu przedstawionego przez Przystępującego.

Ocecił, że oświadczenie Dagmy załączone do odwołania, które według Odwołującego powinno być rozstrzygające, nie ma takiego waloru ani pod względem formalnym, ani merytorycznym. Osoba, która złożyła to oświadczenie nie jest upoważniona do jednoosobowej reprezentacji spółki, a załączone upoważnienie dotyczy składania ofert, podpisywania umów i również z uwagi na jego datę brak jest podstaw, aby uznać, że dotyczy upoważnienia do złożenia tego oświadczenia. Natomiast treść tego oświadczenia została tak sformułowana, aby wprost nie potwierdzić, że nie jest spełniony wymóg, a jednocześnie jednoznacznie nie wynika z niego potwierdzenie wymagania sformułowanego przez Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11

września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Z uwagi na wypowiedzi Odwołującego na rozprawie konieczne stało się zaznaczenie, że sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 npzp Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Innymi słowy okoliczności wynikające z odwołania, zwłaszcza faktyczne, mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 – stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie

Odwołujący podniósł na rozprawie, że z uzasadnienia odwołania (konkretnie z pkt 1.2. i 3.4.) wynika dodatkowo w stosunku do listy zarzutów na wstępie odwołania zarzut niedopełnienia przez Zamawiającego wynikającego z art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp obowiązku podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Zeto.

Izba stwierdziła, że fragmenty uzasadnienia, na które powołał się Odwołujący, zostały zamieszczone odpowiednio we wstępie uzasadnienia oraz w ramach uzasadnienia zarzutu nr 2 z listy zarzutów. Biorąc pod uwagę przejrzystą redakcję treści oraz sporządzenie

odwołania przez profesjonalnego pełnomocnika, nie sposób domniemywać, że *de facto* intencją autora odwołania było, aby te dwa fragmenty, pomimo niewskazania w ich treści art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp, poczytywać za podniesienie zarzutu naruszenia tego przepisu. Przede wszystkim z treści tych fragmentów wynika co najwyżej dezaprobatą Odwołującego dla ustalenia przez Zamawiającego treści uzasadnienia faktycznego w oparciu o pisma dostarczone przez Przystępującego.

Niezależnie od powyższego obszerna treść uzasadnienia odwołania świadczy o tym, że Odwołujący na podstawie otrzymanego zawiadomienia był w stanie stwierdzić, co w jego ofercie i z jakiego powodu zostało uznane za nieprawidłowe, co stanowi istotę uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Oдноśnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”, s.i.w.z.” lub „specyfikacja”}:

W rozdziale III pn. „Opis przedmiotu zamówienia” wskazano, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego niezbędnego dla realizacji celów określonych w dokumentacji projektu „Nowoczesne usługi cyfrowe dla mieszkańców Gminy Grunwald”, zgodnie ze „Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia”, na który składają się: 1) „Wymagania ogólne” – załącznik nr 3 do SIWZ, 2) „System ZSI, e-urząd z portalem płatności, Elektroniczny Obieg Dokumentów” – załącznik nr 3a do SIWZ, 3) „Dostawa sprzętu komputerowego” – załącznik nr 3b do SIWZ, 4) „Sieć LAN, UPS” – załącznik nr 3c do SIWZ, a) „Ogólny schemat istniejącej sieci LAN i elektrycznej” – załącznik nr 3c1 do SIWZ, b) „Przedmiar prac do wykonania modernizacji sieci LAN” – załącznik nr 3c2 do SIWZ, c) „Specyfikacja systemu okablowania strukturalnego” – załącznik nr 3c3 do SIWZ [pkt III.1.].

W rozdziale VIII pn. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia, spełnianie przez oferowane dostawy oraz usługi wymagań zamawiającego – zawartość ofert”, w szczególności wskazano, że Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (otrzymała najwyższą punktację), w wyznaczonym – nie krótszym jednak niż 10 dni – terminie do złożenia aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń, w tym w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, kart katalogowych lub innych dokumentów potwierdzających, że sprzęt komputerowy spełnia wymagania Zamawiającego określone w załączniku 3c do SIWZ [pkt VIII.1. ppkt 12.].

W załączniku nr 3c do SIWZ, w odniesieniu do poz. 6. dotyczącej 4 szt. stacjonarnego zestawu komputerowego oraz poz. 7. dotyczącej 3 szt. laptopów, określono w szczególności następujące wymagania.

W rubryce „Certyfikaty i standardy” {z tym że w opisie dla laptopów 3 zdanie kończyło się na słowie „jednostki”}:

Certyfikat ISO9001 dla producenta sprzętu (załączyć dokument potwierdzający spełnianie wymogu)

Wykonawca wraz z dostawą dostarczy Zamawiającemu wszystkie certyfikaty, deklaracje itp. do zaofiarowanego sprzętu np. deklarację zgodności CE.

Potwierdzenie spełnienia kryteriów środowiskowych, w tym zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych w postaci oświadczenia producenta jednostki (wg wytycznych Krajowej Agencji Poszanowania Energii S.A., zawartych w dokumencie „Opracowanie propozycji kryteriów środowiskowych dla produktów zużywających energię możliwych do wykorzystania przy formułowaniu specyfikacji na potrzeby zamówień publicznych”, pkt. 3.4.2.1; dokument z grudnia 2006), w szczególności zgodności z normą ISO 1043-4 dla płyty głównej oraz elementów wykonanych z tworzyw sztucznych o masie powyżej 25 gram.

Certyfikat TCO, wymagany wpis na stronie: <https://tcocertified.com/product-finder/> – Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona przedstawi Zamawiającemu wydruk / informacje wyżej wymienioną.

Komputer musi spełniać wymogi normy Energy Star 6.0. Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona przedstawi Zamawiającemu certyfikat potwierdzony przez producenta lub wpis dotyczący oferowanego komputera w internetowym katalogu <http://www.eu-energystar.org> lub <http://www.energystar.gov> (wydruk ze strony internetowej).

W rubryce „Warunki gwarancji”:

Min. trzy lata gwarancji (zgodnie z ofertą Wykonawcy)realizowanej w miejscu instalacji sprzętu, z czasem reakcji do następnego dnia roboczego od przyjęcia zgłoszenia, możliwość zgłaszania awarii w poprzez ogólnopolską linię telefoniczną producenta.

W przypadku awarii dysków twardych dysk pozostaje u Zamawiającego – wymagane jest dołączenie do oferty oświadczenia podmiotu realizującego serwis lub producenta sprzętu o spełnieniu tego warunku.

W załączniku nr 3c do SIWZ, w odniesieniu do poz. 10. dotyczącej 7 szt. oprogramowania antywirusowego do zestawów komputerowych i laptopów, określono w szczególności następujące wymagania:

- *Wbudowany moduł skanujący ruch HTTP w czasie rzeczywistym niezależnie od przeglądarki.*

- *Wbudowany moduł skanujący ruch komunikatorów ICQ, MSN, AIM, Mail.Ru Agent oraz IRC.*

Odnosnie oferty Zeto oraz przebiegu jej badania przez Zamawiającego:

Z formularza oferty Zeto wynika, że zaoferowało ono w szczególności:

- komputery producenta Dell – OptiPlex 3280 AIO (stacjonarny zestaw komputerowy) oraz Dell Latitude 3510 (laptop);
- oprogramowanie antywirusowe producenta ESET – Endpoint Protection Advanced.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp do złożenia dokumentów Zeto złożyło w szczególności:

- karty katalogowe dotyczące oferowanego typu komputera stacjonarnego i laptopa;
- wydruki dotyczące konfiguracji tych komputerów, gdzie w ostatnim wierszu wyszczególniono usługę pn. „Zachowaj swój dysk twardy” – pięcioletnią ochronę danych;
- oświadczenie Xcomp sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Szczecinie z 3 lutego 2021 r. następującym brzmieniem: *Jako podmiot realizujący serwis na potrzeby projektu pn.: Nowoczesne usługi cyfrowe dla mieszkańców Gminy Grunwald, numer referencyjny: ZW.271.2.2020, oświadczamy, że w przypadku awarii dysków twardych dla: 1. Stacjonarny zestaw komputerowy OptiPlex3280 2. Laptop Dell Latitude 3510 dyski pozostają u Zamawiającego.*

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów m.in. w zakresie oświadczeń producenta Dell dotyczących spełnienia kryteriów środowiskowych, w tym zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych przez oferowane komputery, Zeto wyjaśniło, że pomimo wielokrotnych próśb i wezwań kierowanych przez Xcomp jako jego podwykonawcę, Dell je zignorował. Zeto przywołało §13 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U z 2020 r. poz. 1282 ze zm.), z którego wynika, że wykonawca, który z przyczyn niezależnych od niego, nie ma możliwości uzyskania dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 2-5 tego rozporządzenia, może złożyć inne dokumenty dotyczące odpowiednio zapewnienia jakości lub środków zarządzania środowiskowego. Zeto stwierdziło, że wobec obiektywnej niemożliwości uzyskania od Della dokumentów, o których mowa w wezwaniu, jest zmuszony przedstawić znajdujące się na oficjalnej stronie tego producenta dokumenty, które zawierają informacje potwierdzające spełnienie wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Zeto sprecyzowało, że dla potwierdzenia spełnienia kryteriów środowiskowych, w tym zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych,

powołuje się na następujące dokumenty:

- dla komputera Dell Optiplex 3280 AIO – certyfikat CE oraz na str. 2,6,8 dokumentu z pliku *dell optiplex 3280 aio w21b w21b001 dell regulatory and environmental datasheet en.us.en.pl*;

- dla laptopa Dell Latitude 3510 – certyfikat CE oraz na str. 2,6,8 dokumentu z pliku *dell latitude 3510 p101f p101f001 dell regulatory and environmental datasheet en.us.en.pl*.

Dokumenty pn. „Arkusz danych dotyczących zgodności produktu” (zawarte w powyżej wskazanych plikach) zawierają [w pkt IA] „Oświadczenie o zgodności”, zgodnie z którym w szczególności urządzenia te nie zawierają żadnych substancji objętych ograniczeniami w stężeniach i zastosowaniach niedozwolonych na mocy dyrektywy RoHS, co zostało doprecyzowane m.in. przez podanie [w pkt IX dla komputera stacjonarnego i pkt VIII dla laptopa], że mechaniczne części plastikowe > 25 g nie zawierają BFR / PVC, a znakowanie części z tworzyw sztucznych większych niż 25 gramów jest zgodne z ISO 11469.

Reasumując, z powyższych postanowień s.i.w.z. i przebiegu badania oferty Zeto, w kontekście zarzutów nr 1 i 2 odwołania oraz stanowisk wyrażonych na rozprawie, wynika przede wszystkim, co następuje.

Po pierwsze, że na potwierdzenie spełniania przez oferowane komputery stacjonarne i laptopy kryteriów środowiskowych, w tym zgodności z dyrektywą RoHS Unii Europejskiej o eliminacji substancji niebezpiecznych Zamawiający zażądał oświadczenia ich producenta, które – podobnie jak inne dokumenty dotyczące wymagań określonych dla sprzętu w załączniku nr 3b {wskazany omyłkowo załącznik nr 3c dotyczy sieci LAN i UPS} – w oczywisty sposób mieści się w kategorii dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania wymagań Zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona.

O tym, że pomimo niepotrzebnego dublowania postanowień dotyczących momentu złożenia tych dokumentów z rozdziału s.i.w.z. poświęconego dokumentom w treści załącznika nr 3b s.i.w.z., oczekiwanie Zamawiającego zostało wyrażone wystarczająco jasno, świadczy najlepiej okoliczność, że Zeto w toku badania jego oferty nie miało żadnych wątpliwości co do tego, że powinno uczynić zadość wezwaniom Zamawiającego do złożenia tych dokumentów w związku z uznaniem jego oferty za najwyżej ocenioną.

W powyższych okolicznościach zarzut nr 1 odwołania, sprowadzający się do kwestionowania żądania powyższego oświadczenia na etapie badania ofert, jest nie tylko spóźniony, ale i bezprzedmiotowy, a Odwołujący popadł tu w wewnętrzną sprzeczność.

Po drugie, że decydując się na takie sformułowanie zarzutu, Odwołujący zaniechał w odwołaniu podniesienia zarzutu, że wobec odmowy sporządzenia przez Dell Polska

oświadczenia na potrzeby postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, powinien on wziąć pod uwagę informacje wynikające ze złożonych przez Zeto dokumentów. Z uwagi na przywołaną i omówioną powyżej regulację art. 555 npzp, okoliczności te nie mogą mieć wpływu na rozstrzygnięcie zarzutu wynikającego z odwołania. Z tego względu za bez znaczenia dla sprawy należało uznać podniesienie dopiero na rozprawie przez Odwołującego, że ze złożonych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego dokumentów wynika potwierdzenie spełniania przez oferowane komputery wymagań dyrektywy RoHS Unii Europejskiej.

Po trzecie, że porównanie treści wymagania dotyczącego warunków gwarancji w odniesieniu do dysków twardej z treścią oświadczenia Xcomp prowadzi do jednoznacznego wniosku, że podmiot ten będzie realizował serwis w imieniu Della jako producenta, co zostało zresztą potwierdzone w treści odwołania.

Jednakże na rozprawie Odwołujący diametralnie zmienił stanowisko, gdyż oświadczył, że Xcomp nie jest autoryzowanym serwisem Della, a jedynie jego autoryzowanym dystrybutorem, a serwis gwarancyjny będzie realizowany bezpośrednio przez Dell Polska. Tym samym Odwołujący potwierdził zasadność stwierdzenia przez Zamawiającego, że zgodnie z przywołaną powyżej treścią s.i.w.z. w takim przypadku Zeto powinno złożyć oświadczenie w odniesieniu do pozostawienia dysków twardej pochodzące od Della.

Po czwarte, że odwołanie nie zawiera zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania w powyższym zakresie do uzupełnienia dokumentów. Zatem kwestia faktycznej i prawnej dopuszczalności przeprowadzenia takiej czynności pozostaje poza kognicją Izby, zwłaszcza że odwołanie zawiera zarzut oparty na wskazywaniu złożonego oświadczenia Xcomp jako prawidłowego.

Odnośnie oprogramowania ESET Endpoint Protection Advanced:

W odpowiedzi na pytanie zadane 15 lutego 2021 r. przez przedstawiciela PIR, czy spełnia ono wszystkie parametry opisu przedmiotu zamówienia, T. M. jako pracownik Dagmy, jedyne autoryzowane przedstawiciela producenta ESET na Polskę, w odpowiedzi przekazał 18 lutego 2021 r. ustalenia działu wsparcia technicznego, że oprogramowanie to nie spełnia dwóch parametrów: wbudowanego modułu skanującego ruch HTTP w czasie rzeczywistym niezależnie od przeglądarki oraz wbudowanego modułu skanującego ruch komunikatorów ICQ, MSN, AIM, Mail.Ru Agent oraz IRC {wydruk korespondencji elektronicznej załączony do pisma PIR do Zamawiającego z 18 lutego 2021 r. – w dokumentacji Zamawiającego}.

Z powyższym ustaleniem wsparcia technicznego dla powyższego oprogramowania

zbieżne jest oświadczenie złożone przez mgr inż. R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „RICOM” R. K. z siedzibą w Mostach {załącznik do pisma PIR do Zamawiającego z 18 lutego 2021 r. – w dokumentacji Zamawiającego}.

Ponieważ Odwołujący nie odniósł się merytorycznie do treści ekspertyzy złożonej na rozprawie przez Przystępującego, Izba na zasadzie art. 533 ust. 2 pzp uznała za niesporne, że w informatyce przez moduł, pakiet (ang. module, unit, package) rozumie się oddzielny twór, przeważnie w postaci osobnego pliku, zawierający zdefiniowany interfejs, a także implementacje typów wartości, klas, zmiennych, stałych oraz treści procedur i funkcji. Jako podstawowy element koncepcji programowania modularnego pozwala na podział kodu programu na funkcjonalne części i umieszczenie ich w osobnych modułach, które są ponadto niezależne i wymienne. Korzystanie z modułów jest również blisko związane z programowaniem strukturalnym i programowaniem zorientowanym obiektowo. W językach programowania takich jak Java i Go czasami używa się pojęcia pakiet w znaczeniu moduł, w Pythonie pakiet jest zbiorem modułów, a od Java 9 moduł będzie oznaczał zbiór pakietów {definicja zamieszczona na str. 15}.

Jak uszczegółowiono w powyższej ekspertyzie {w pkt 3. Wnioski na str. 16} niespełnianie powyższych wymagań polega na tym, że:

1. *ESET Endpoint Advanced Protection nie ma możliwości filtrowania protokołów zamkniętych dla komunikatorów internetowych takich jak ICQ, MSN, AIM, Mail.Ru Agent oraz IRC. Dodatkowo należy wskazać, iż sam producent w na swoich stronach internetowych ani w dokumentacjach technicznych nie zawarł takiej informacji.*
2. *Oprogramowanie ESET Endpoint Advanced nie posiada wbudowanego modułu skanującego ruch komunikatorów ICQ, MSN, AIM, Mail.Ru Agent oraz IRC pozwalającego na analizę ruchu wewnątrz protokołu używanego przez ww. komunikatory. Gdyby posiadał (jednakże z całą stanowczością należy stwierdzić, iż nie posiada) to moduł taki pozwalałaby na ochrona komunikatorów poprzez przechwycenie wiadomości i sprawdzanie je na obecność niebezpiecznych obiektów lub adresów internetowych, a następnie, jeżeli w wiadomości zostałoby wykryte zagrożenie, moduł skanujący ruch komunikatorów zastąpiłby ją wiadomością zawierającą ostrzeżenie.*
3. *Pomimo wielu prób ESET Endpoint Advanced Protection nie wysłał żadnego ostrzeżenia / informacji o niebezpiecznym obiekcie lub adresie internetowym oraz w żaden sposób nie filtrował zawartości protokołów komunikatorów ICQ, MSN, AIM, Mail.Ru Agent oraz IRC stąd też wniosek, że oprogramowanie antywirusowe ESET Endpoint Advanced Protection nie posiada wbudowanego modułu skanującego ruch komunikatorów ICQ, MSN, AJM, Mail.Ru Agent oraz IRC.*
4. *ESET w publikowanych przez siebie na stronach internetowych dokumentacji*

technicznej nie wskazał dodatkowego modułu ani funkcjonalności dla protokołu NNTP. Stąd należy uznać, że weryfikacja takimi kanałami została pominięta.

5. *ESET w publikowanych przez siebie na stronach internetowych dokumentacji technicznej nie wskazał dodatkowych zabezpieczeń dla protokołów obsługujących komunikatory internetowe np. (Bitmessage, bonjour, briar, echo, gadu-gadu, IRC, Jami, Matrix, MSNP, MTproto, Mumble, OSCAR, WP, Ricochet, Serveal Project, Signal Protocol, SIP/SIMPLE, Skype, Stream Firens, TOC2, Tuenti, Windows Messenger service, XMPP, YMSG, Zephyr Notification Services itd.).*

Natomiast z załączonych do odwołania: oświadczenia jednego z członków zarządu spółki Dagma z 3 marca 2021 r. (określonego jako „przekazanie informacji z działu technicznego”) oraz wydruku ze strony internetowej <https://www.eset.com.pl> (pn. „Antywirus ESET – najpopularniejszy płatny program antywirusowy w Polsce”) z 8 marca 2021 r. nie wynika jednoznacznie lub w ogóle potwierdzenie powyższych parametrów.

Przede wszystkim treść oświadczenia jest niekompletna, gdyż pięciokrotnie odwołuje się do dokumentacji technicznej (za pomocą wklejonych linków), która do zamknięcia rozprawy nie została złożona, a bez tego nie jest możliwa weryfikacja, czy twierdzenia zawarte w tym oświadczeniu znajdują oparcie w tej dokumentacji.

Z kolei same twierdzenia zawarte w tym oświadczeniu dotyczą bliżej niesprecyzowanego oprogramowania ESET i odnoszą się głównie do kwestii modułu zapewniającego skanowanie ruchu HTTP w czasie rzeczywistym niezależnie od przeglądarki, którego istnienie potwierdza również ekspertyza Przystępującego. Jednak już w odniesieniu do protokołu NNTP zdawkowo stwierdzono, że podlega skanowaniu tak jak inne protokoły, ale – co charakterystyczne – w tym zakresie nie odesłano nawet do dokumentacji technicznej, która miałaby to potwierdzać. Analogicznie potraktowano kwestię modułu do skanowania ruchu generowanego przez komunikatory internetowe, w tym przypadku wręcz nie wskazano na istnienie jakiegokolwiek odrębnego modułu, a jedynie zdawkowo i enigmatycznie stwierdzono, że „w przypadku komunikatorów sytuacja jest analogiczna” oraz wspomniano o funkcjonalności zapory sieciowej.

Analiza całości treści oświadczenia prowadzi do wniosku, że z jednej strony nie potwierdza ono wprost spełniania w całości tych dwóch parametrów opisu przedmiotu zamówienia, a z drugiej zmierza do wykazania, że nie ma to znaczenia, gdyż dzięki ogólnym właściwościom oprogramowania, zagrożenia, których źródłem miałyby być komunikacja za pośrednictwem protokołu NNTP czy protokołów używanych przez komunikatory ICQ, MSN, AJM, Mail.Ru Agent oraz IRC, będą dzięki temu skutecznie eliminowane. Takie zapewnienie, abstrahując, że wobec wspomnianego niezłączenia dokumentacji technicznej, nie zostało udowodnione, mogłoby być adekwatne jako wniosek o zmianę zbyt

rygorystycznego opisu przedmiotu zamówienia, ale nie na etapie badania zgodności treści oferty z tym opisem.

Z kolei nic konkretnego w odniesieniu do spełniania tych dwóch konkretnych parametrów przez ESET Endpoint Protection Advanced nie wynika z marketingowych treści zawartych na stronie internetowej [np. *Legendarna ochrona przed zagrożeniami. ESET INTERNET SECURITY. Chroni wszystkie sfery Twojego cyfrowego życia, wykorzystując wiedzę najlepszych ekspertów i zaawansowane uczenie maszynowe.*].

Podkreślić należy, że w tej sprawie na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania swoich twierdzeń, zgodnie z regułą wynikającą z art. 534 ust. 1 npzp, czemu nie sprostał. Świadczy o tym najdobitniej wskazanie jako rozstrzygającego dowodu enigmatycznie sformułowanego oświadczenia ewidentnie sporządzonego na potrzeby tego postępowania odwoławczego przez podmiot mający interes majątkowy w tym, aby Zeto uzyskało przedmiotowe zamówienie, czy zgłoszenie dowodu z *de facto* folderu reklamowego sprowadzającego się do kilku ogólnikowych zdań. Tymczasem wydaje się, że nie powinno nastęrczać trudności przedstawienie dowodu z dokumentacji technicznej zaoferowanego oprogramowania czy stosownego wyjaśnienia producenta tego oprogramowania, zwłaszcza że od zawiadomienia o odrzuceniu oferty Zeto miało kilka tygodni na zgromadzenie dowodów na potwierdzenie zasadności swoich zarzutów.

Zamiast tego Odwołujący skupił się na wykazywaniu, zresztą bezskutecznie, że Zamawiający oparł się wyłącznie na piśmie otrzymanym od PIR-u, którego treść bezrefleksyjnie powielił, i załączonych do niego dokumentach, które bezkrytycznie uznał za wiarygodne. Zamawiający wykazał bowiem {dzięki bilingom połączeń złożonym na rozprawie}, że merytoryczny członek komisji przetargowej kontaktował się telefonicznie z T. M., pomimo że ten ostatni zaprzeczył temu w późniejszej korespondencji mailowej z Odwołującym, co wystarczająco uwiarygodnia treść notatki urzędowej sporządzonej z tej rozmowy. Przede wszystkim okoliczność, w jaki sposób doszło do powstania treści uzasadnienia odrzucenia, nie ma żadnego znaczenia w sytuacji, gdy okazuje się, że opisane w nim okoliczności odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że wszystkie zarzuty są niezasadne.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd

{wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty czy oczekiwać potwierdzenia spełnienia poszczególnych wymagań przedmiotowych, zarówno przez złożenie stosownych oświadczeń, jak i przez opisanie, w jaki sposób zostaną spełnione.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów

został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}.

Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

Przy czym to Zamawiający decyduje zarówno o tym, w jakim zakresie oczekuje takiego dodatkowego potwierdzenia treści oferty, jaki i jakiego dokumentu w tym celu żąda, zamieszczając stosowne postanowienia w treści s.i.w.z.

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie.

Innymi słowy konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty, jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, a na późniejszym etapie, prowadziłyby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Reasumując, odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Jest ono zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia naczelných zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Skoro wszystkie trzy stwierdzone przez Zamawiającego niezgodności treści oferty Zeto z treścią s.i.w.z., w tym parametrami lub wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia w rzeczywistości zachodzą, zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp należy uznać za bezzasadne.

Ponieważ Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Zeto, bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pzp, gdyż wzywianie do wyjaśnień, które przecież nie mogły prowadzić do zmiany treści tej oferty, było zbędne.

Ponieważ zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 czy art. 9 ust. 1 ustawy pzp nie opierają się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych i mają charakter niesamoistny, są one również niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie oraz uzasadnione koszty Przystępującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzone rachunkami złożonymi do zamknięcia rozprawy.