

**Sygn. akt: KIO 1749/12**

**Sygn. akt: KIO 1767/12**

## **WYROK**

**z dnia 31 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 16 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Infomex Sp. z o.o., 34-300 Żywiec, ul. Wesoła 19b (KIO 1749/12),**
- B. w dniu 17 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WebTradeCenter Sp. z o.o., NTT System S.A., D..... B..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą FHU Diament D..... B....., 05-077 Warszawa-Wesoła, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89 (KIO 1767/12)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Poznań, 61-841 Poznań, Plac Kolegiacki 17**

przy udziale:

- A. wykonawcy **SAD Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1749/12 oraz KIO 1767/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Infomex Sp. z o.o., 34-300 Żywiec, ul. Wesoła 19b** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1767/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie KIO 1749/12

2. uwzględnia odwołanie KIO 1767/12 i nakazuje:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WebTradeCenter Sp. z o.o., NTT System S.A., D..... B.....** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą **FHU Diament D..... B.....**, 05-077 Warszawa-Wesoła, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89,
- dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Infomex Sp. z o.o., 34-300 Żywiec, ul. Wesoła 19b** i wykonawcę **SAD Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Infomex Sp. z o.o., 34-300 Żywiec, ul. Wesoła 19b** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WebTradeCenter Sp. z o.o., NTT System S.A., D..... B.....** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą **FHU Diament D..... B.....**, 05-077 Warszawa-Wesoła, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89 tytułem wpisów od odwołań,

3.2. zasądza od wykonawcy **SAD Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** i wykonawcy **Infomex Sp. z o.o., 34-300 Żywiec, ul. Wesoła 19b** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WebTradeCenter Sp. z o.o., NTT System S.A., D..... B.....** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą **FHU Diament D..... B.....**, 05-077 Warszawa-Wesoła, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89 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, w tym kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) od wykonawcy **SAD Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** oraz kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) od wykonawcy **Infomex Sp. z o.o., 34-300 Żywiec, ul. Wesoła 19b**.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1749/12**

**Sygn. akt: KIO 1767/12**

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

Miasto Poznań, 61-841 Poznań, Plac Kolegiacki 17 (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zapewnienie stałego dostępu do Internetu, utrzymanie sieci, budowa i obsługa platformy edukacyjnej oraz dostawa zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem”

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

7 sierpnia 2012 r. w formie faksu zamawiający poinformował wykonawców: Infomex Sp. z o.o., 34-300 Żywiec, ul. Wesoła 19b (dalej: „Infomex”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WebTradeCenter Sp. z o.o., NTT System S.A., D..... B..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą FHU Diament D..... B....., 05-077 Warszawa-Wesoła, Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89 (dalej: „Konsorcjum”) o odrzuceniu ofert odwołujących się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę wykonawcy SAD Sp. z o.o., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182 (dalej: „SAD”).

#### **KIO 1749/12**

16 sierpnia 2012 r. wykonawca Infomex wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu wykonanie w prowadzonym postępowaniu czynności niezgodnie z przepisami ustawy, twierdząc że zamawiający naruszył:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez nie zachowanie uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez odrzucenie oferty wykonawcy Infomex mimo, iż oferta jest w pełni zgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”),
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SAD jako

niezgodnej z treścią specyfikacji,

4. art. 91 ust. 1 ustawy, przez wybór oferty wykonawcy SAD jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Infomex wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie:
  - a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Infomex,
  - b) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SAD,
  - c) dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w ramach przedmiotowego postępowania, w tym także oferty wykonawcy Infomex,
  - d) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej przy uwzględnieniu przyjętego kryterium oceny ofert, tj. kryterium ceny,
2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Z ostrożności procesowej Infomex wnosił też o:

1. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - Pana G..... P..... - na okoliczność potwierdzenia, iż zamawiający nie zgłaszał jakichkolwiek uwag co do kompletności uzupełnianej dokumentacji ofertowej w chwili jej składania na biurze podawczym Biura Zamówień Publicznych zamawiającego (wezwanie na adres: Infomex Sp. z o.o., ul. Wesola 19b, 34-300 Żywiec, nr tel.: (022) 515 71 96, nr faks: (033) 475 11 06, e-mail: [przetargi@infomex.pl](mailto:przetargi@infomex.pl));
2. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - Pana S..... S..... - na okoliczność potwierdzenia, iż zamawiający otrzymał komplet uzupełnianej dokumentacji ofertowej oraz miał możliwość zapoznania się z jego treścią, a także dokumentacji przesłanej za pośrednictwem faksu w dniu 23 lipca 2012 r. (wezwanie na adres: Infomex Sp. z o.o., ul. Wesola 19b, 34-300 Żywiec, nr tel.: (022) 515 71 96, nr faks: (033) 475 11 06, e-mail: [przetargi@infomex.pl](mailto:przetargi@infomex.pl)).
3. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - Pana J..... K..... - na okoliczność potwierdzenia, iż zamawiający otrzymał komplet uzupełnianej dokumentacji ofertowej oraz miał możliwość zapoznania się z jego treścią, a także dokumentacji przesłanej za pośrednictwem faksu w dniu 23 lipca 2012 r. (wezwanie

na adres: ul. Marymoncka 71/3, 01-804 Warszawa).

4. zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia do akt sprawy kompletu uzupełnianej dokumentacji ofertowej jaka została przesłana do zamawiającego przez odwołującego za pośrednictwem faksu w dniu 23 lipca 2012 r.
5. ewentualne nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy w przypadku stwierdzenia braku podstaw do uznania odrzucenia oferty Infomex jako niezgodnego z przepisami ustawy, z jednoczesnym stwierdzeniem, iż brak odrzucenia oferty wykonawcy SAD nie stanowił naruszenia przepisów ustawy.

W uzasadnieniu odwołania Infomex podnosił, że w całości kwestionuje zasadność zarzutów podniesionych przez zamawiającego, stanowiących podstawę do odrzucenia oferty Infomex. Nie zgadzał się jakoby dokumentacja przez niego złożona, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego była niekompletna, z uwagi na brak tłumaczenia wydruku raportu SYSmark2007.

Ad 1)

W ocenie Infomex, w momencie odbioru przez zamawiającego pisma przewodniego wraz z dołączonym do tegoż pisma kompletem uzupełnianej dokumentacji ofertowej, wszelką odpowiedzialność za ewentualną utratę całości lub części tej dokumentacji ponosi zamawiający. Zdaniem Infomex zaopatrzenie z dniem 24 lipca 2012 r., pisma przewodniego z dnia 23 lipca 2012 r. w pieczęć (prezentatę) biura podawczego Biura Zamówień Publicznych zamawiającego, bez jakichkolwiek uwag choćby w obrębie rubryk tejże pieczęci (prezentaty) stwarza domniemanie złożenia przez Infomex kompletu dokumentów wymaganych w treści wezwania. Infomex uznał, że zamawiający miał obowiązek sprawdzić kompletność uzupełnianej dokumentacji ofertowej już w momencie jej składania na ww. biurze podawczym. Brak jakichkolwiek uwag co do kompletności dokumentacji uzupełnianej przez Infomex, w chwili jej składania na ww. biurze podawczym, powinien skutkować przyjęciem domniemania złożenia wszystkich dokumentów wymaganych przez zamawiającego w treści wezwania. Zdaniem Infomex jakiegokolwiek późniejsze zarzuty zamawiającego nie poparte żadnymi dowodami, co do kompletności uzupełnianej dokumentacji ofertowej, nie powinny wywoływać negatywnych konsekwencji względem wykonawcy, w tym w szczególności w postaci odrzucenia jego oferty. Podnosił, że komplet uzupełnianej dokumentacji ofertowej przesłanej do zamawiającego za pośrednictwem faksu jest tożsamy z kompletem uzupełnianej dokumentacji ofertowej, a złożonej biurze podawczym Biura Zamówień Publicznych w dniu 24 lipca 2012 r.

Z ostrożności procesowej Infomex zwraca też uwagę na fakt, iż rzekomy brak tłumaczenia na język polski wydruku raportu SYSmark2007 nie stanowi naruszenia przepisów ustawy oraz postanowień siwz na tyle istotnego aby miało ono wpływ na rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówień publicznego.

Zdaniem Infomex z treści siwz wynika, iż wymagany przez zamawiającego wydruk raportu SYSmark2007 Preview z rozwiniętymi opcjami: Operating System Sumary i Hardware Sumary ma na celu ustalenie czy oferowany przez wykonawcę sprzęt, a w szczególności jego podzespoły, osiąga w testach wydajności odpowiednio Sysmark2007 Preview „Productivity” oraz Sysmark2007 Preview „3D” minimalną ilość punktów określoną przez zamawiającego. Infomex wnioskował, iż jedyna informacja zawarta w treści ww. raportów, która ma potwierdzić, że oferowane przez wykonawcę dostawy (sprzęt/urządzenia) odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, to ilość punktów uzyskanych w ramach ww. testów wydajności. Zatem istota ww. testów sprowadza się do ustalenia liczby punktów uzyskanych w danym teście a wynik poszczególnego testu to nic innego jak określona liczba (zestaw cyfr), a ta nie podlega tłumaczeniu, ponieważ znaczy ona to samo w każdym języku. Infomex zwracał uwagę, że każdorazowa, pozostała treść ww. testów jest generowana przez oprogramowanie, które używa uniwersalnego, specyficznego języka technicznego. Natomiast język angielski stanowi jedynie jego faktyczny (fonetyczny) nośnik, co nie zmienia istoty tegoż języka jako języka wysoce specjalistycznego. Pozostała zatem treść wydruków ww. testów, za wyjątkiem wyniku liczbowego (ilości punktów), nie ma znaczenia dla zamawiającego, z uwagi na wykazanie spełnienia przez Infomex warunku o jakim mowa w pkt VI ust. 4 ppkt 8) siwz oraz treści Załącznika nr 1 do wzoru umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej Infomex podnosił, iż wydruk raportu SYSmark2007 Preview z rozwiniętymi opcjami: Operating System Sumary i Hardware Sumary, o jakim mowa w pkt VI ust. 4 ppkt 8) siwz oraz odpowiednio w treści Załącznika nr 1 do wzoru umowy (stanowiącego Załącznik nr 10 do SIWZ) stanowi dokument uzupełniany w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy w związku z brzmieniem art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ponadto wydruki ww. raportów można zaliczyć do dokumentów o jakich mowa w § 6 z dnia 30 grudnia 2009 r. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (skrót) (dalej: „rozporządzenie w sprawie rodzaju dokumentów”). Zdaniem Infomex z brzmienia § 6 ust. 4 ww. rozporządzenia wynika, iż dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Powyższy zapis odróżnia zatem sam dokument od jego tłumaczenia na język polski. Jako,

że brak było w przedmiotowym postępowaniu warunku przedłożenia wydruków ww. raportów w postaci tłumaczenia uwierzytelnionego przez tłumacza przysięgłego, w z związku z powyższym w opinii Infomex dopuszczalne było samodzielne wykonanie tego tłumaczenia. Biorąc powyższe pod uwagę wykonawca twierdzić, iż tłumaczenie wydruków ww. dokumentów należy zakwalifikować jako oświadczenie Infomex, a nie dokument w rozumieniu ww. rozporządzenia. Dlatego też takie tłumaczenie należy traktować jako oświadczenie Infomex, o jakim mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie stanowiące jednocześnie dokumentu w rozumieniu ww. rozporządzenia, a co za tym idzie takie oświadczenie, dla swej skuteczności, może być również złożone za pośrednictwem faksu, co jest zgodne z brzmieniem pkt VII ust. 1 zd. 1 siwz, zgodnie z którym przekazywanie oświadczeń za pośrednictwem faksu stanowi zasadę.

Ad 2)

a)

W ocenie Infomex oferta wykonawcy SAD winna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z treścią siwz. Wyjaśniał, że oferta wykonawcy SAD, jak i przedsiębiorstwa Betacom S.A. oraz konsorcjum przedsiębiorstw Telekomunikacja Polska S.A. oraz Polska Telefonia Komórkowa Centertel Sp. z o.o., nie zawiera określenia wymaganego przez zamawiającego programu pozwalającego korzystać z technologii Flash. W związku z powyższym oferta wykonawcy SAD winna ulec odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz. Pomimo to zamawiający dokonał odrzucenia m.in. z ww. przyczyny oferty przedsiębiorstwa Betacom S.A. oraz oferty konsorcjum przedsiębiorstw Telekomunikacja Polska S.A. i Polska Telefonia Komórkowa Centertel Sp. z o.o.. Natomiast oferta wykonawcy SAD, jako nie zawierająca określenia oprogramowania pozwalającego korzystać z technologii Flash, z niewiadomych przyczyn nie została odrzucona przez zamawiającego. Powyższe zachowanie Zamawiającego nie dość, że stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz 91 ust. 1 ustawy, to dodatkowo stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a w szczególności poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

b)

W ocenie Infomex oferta wykonawcy SAD winna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność treści oferty tegoż wykonawcy z treścią siwz. Zamawiający w pkt 1 Załącznika nr 1 do wzoru umowy (stanowiącego Załącznik nr 10 do siwz), w zakresie specyfikacji jednostki centralnej, w pozycji pn.: „Wymagania dodatkowe” stanowi m.in. następująco: „(...) zainstalowany pakiet oprogramowania bez ograniczonej czasowo możliwości wykorzystania



w wersji polskiej składający się z minimum: programu pozwalającego odczytywać (biernie tj. bez możliwości edycji) pliki w formacie PDF, programu pozwalającego korzystać z technologii Flash, Przeglądarki internetowej, (...)"

Tymczasem oferta wykonawcy SAD, jak i Betacom S.A., konsorcjum przedsiębiorstw Telekomunikacja Polska S.A. i Polska Telefonia Komórkowa Centertel Sp. z o.o., przedsiębiorstwa Qumak-Sekom S.A. oraz konsorcjum przedsiębiorstw Comp S.A. i Enea S.A. nie zawiera określenia zainstalowanej przeglądarki internetowej, czego wymagał zamawiający w treści siwz. Pomimo to zamawiający nie dokonał odrzucenia z ww. przyczyny oferty wykonawcy SAD. Niezależnie od powyższego także oferty ww. przedsiębiorstw nie zawierają określenia zainstalowanej przeglądarki. Powyższe zachowanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz 91 ust. 1 ustawy zarówno w odniesieniu do oferty wykonawcy SAD jak i ww. przedsiębiorstw.

c)

W ocenie Infomex oferta wykonawcy SAD winna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność treści oferty tegoż wykonawcy z treścią siwz. Wyjaśniał, że zamawiający w pkt 1 Załącznika nr 1 do wzoru umowy (stanowiącego Załącznik nr 10 do siwz), w zakresie specyfikacji jednostki centralnej, w pozycji pn.: „Wymagania dodatkowe” postawił m.in. wymóg: „(...) system operacyjny: zainstalowany system operacyjny niewymagający jakiegokolwiek dodatkowej aktywacji przez użytkownika, Wykonawca dostarczy licencje objęte Prawem Najmu (jeśli dotyczy) i zainstaluje na stacjach roboczych taki system operacyjny w języku polskim, który bez konieczności posiadania specjalistycznej wiedzy przez użytkowników posiadających w potocznym rozumieniu relatywnie bardzo niską wiedzę z zakresu informatyki, (nabytą w trakcie szkolenia poprzedzającego przekazanie komputerów) zapewni możliwość instalacji i obsługi przeglądarek internetowych, licencja zainstalowanego systemu operacyjnego oraz licencje zainstalowanych programów muszą pozwolić na podpisanie bezpłatnej umowy użyczenia sprzętu wraz z oprogramowaniem zawieranej pomiędzy Zamawiającym a uczestnikiem projektu, system operacyjny musi umożliwić poprawne funkcjonowanie zainstalowanego na zestawie komputerowym oprogramowania oraz w pełni i poprawnie funkcjonować z oferowanym w ramach Zamówienia serwerem oraz budowaną w ramach zamówienia Elektroniczną Platformą Szkoleniową (platformą cyfrową)". W opinii Infomex oferta wykonawcy SAD, jak i oferta Betacom S.A., obejmuje zestawy komputerowe z zainstalowanymi systemami operacyjnymi, których licencje nie obejmują Prawa Najmu i nie pozwalają na podpisanie bezpłatnej umowy użyczenia sprzętu wraz z oprogramowaniem jaka ma być zawarta pomiędzy zamawiającym, a uczestnikiem projektu, objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo to oferta SAD (jak i oferta Betacom S.A.) nie została odrzucona z uwagi na niezgodność treści

oferty z treścią siwz. Infomex zwracał uwagę, że powyższe znajduje swoje potwierdzenie w odniesieniu do systemu operacyjnego marki Microsoft, gdzie tenże producent stwierdza m.in., iż: „Licencje Rental Rights (prawa do wynajmu oprogramowania) są dostępne na całym świecie i stanowią licencje dodatkowe w stosunku do umów programów licencjonowania zbiorczego Microsoft Open License i Select Plus Volume. Licencje na następujące oprogramowanie Microsoft kwalifikują się do zakupu licencji Rental Rights (prawa do wynajmu oprogramowania), o ile zostały zakupione w ramach programów licencjonowania zbiorczego Microsoft, od firm OEM, czy też w sprzedaży detalicznej (Full Packaged Product): Windows 7 Professional, Windows Vista Business, Windows XP Professional, Windows XP for Refurbished PCs (MAR only), Microsoft Office Standard 2010, Microsoft Office Professional Plus 2010, Microsoft Office Standard 2007, Microsoft Office Professional Plus 2007”

Z powyższego Infomex wywodził, że , w przypadku systemu operacyjnego marki Microsoft, w celu spełnienia wymagań specyfikacji, niezbędne jest pozyskanie dodatkowej licencji w postaci tzw. Licencji Rental Rights (prawa do wynajmu oprogramowania). Szczegółowe regulacje dotycząc treści oraz sposobu pozyskania tego dodatkowego rodzaju licencji przedstawione są na stronie internetowej Microsoft Sp. z o.o. pod adresem: <http://www.microsoft.com/pl-pl/licencje/about-licensing/rental-rights>. Infomex podnosił, że wykonawca SAD w formularzu ofertowym nie wskazał dodatkowej licencji pozwalającej na Prawo Najmu (tzw. Licencji Rental Rights). Jednocześnie wykonawca wezwany przez zamawiającego do wyjaśnienia treści swojej oferty w tymże zakresie stwierdził, że zaproponowany w formularzu ofertowym Windows 7 Pro posiada licencję na prawo najmu. Zdaniem Infomex takie oświadczenie wykonawcy SAD stoi w sprzeczności z informacjami pochodzącymi od producenta systemu operacyjnego marki Microsoft, ponieważ sama licencja Windows 7 Pro nie zawiera licencji na Prawo Najmu i należy dokupić dodatkową licencję tzw. Licencji Rental Rights. Jednocześnie takie oświadczenie stanowi istotną zmianę treści oferty, dokonana już po otwarciu ofert, co z kolei stanowi naruszenie dyspozycji art. 87 ust. 1a ustawy. Pomimo to zamawiający nie dokonał odrzucenia z ww. przyczyn oferty wykonawcy SAD. Powyższe zachowanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz 91 ust. 1 ustawy zarówno w odniesieniu do oferty wykonawcy SAD jak i oferty Betacom S.A.

Infomex twierdził, że nawet gdyby oferta wykonawcy SAD nie podlegała odrzuceniu wówczas jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego, gdyż opiewała na cenę niższą od ceny ofertowej wykonawcy SAD. Podnosił, że ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy SAD, z jednoczesnym odrzuceniem oferty Infomex,

spowoduje, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego będzie podlegało unieważnieniu, na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy, z uwagi na brak w postępowaniu oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu z zachowaniem terminu zawartego w art. 180 ust. 5 Pzp.

17 sierpnia 2012 r. z poszanowaniem art. 185 ust 2 Pzp w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca SAD.

17 sierpnia 2012 r. w formie faksu do Izby wpłynęło pismo odwołującego w którym odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Pana T..... Ś..... (wezwanie na adres: Infomex Sp. z o.o., ul. Wesoła 19b, 34-300 Żywiec, nr tel.: (022) 515 71 96, nr faks: (033) 475 11 06, e-mail: [przetargi@infomex.pl](mailto:przetargi@infomex.pl)) na okoliczność potwierdzenia zgodności ilości i rodzaju uzupełniane dokumentacji ofertowej przesłanej przez Infomex do Miasta Poznań za pośrednictwem faksu w dniu 23 lipca 2012 r. z ilością i rodzajem uzupełnianej dokumentacji ofertowej jaka została złożona przez Infomex na biurze podawczym Biura Zamówień Publicznych Miasta Poznań w dniu 24 lipca 2012 r.

27 sierpnia 2012 r. w formie faksu zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W toku rozprawy zamawiający w formie pisemnej złożył odpowiedź na odwołanie w treści której wskazał na bezzasadność zarzutów odwołania. W związku z tym wnosił o jego oddalenie.

## **KIO 1767/12**

17 sierpnia 2012 r. Konsorcjum wniosło odwołanie zarzucając zamawiającemu wykonanie w prowadzonym postępowaniu czynności niezgodnie z przepisami ustawy, twierdząc, że zamawiający naruszył:

1. przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez błędne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez Konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji,
2. przepis art. 26 Pzp i art. 87 Pzp, przez:
  - dokonanie na etapie badania ofert czynności polegającej na skierowaniu na adres mailowy: [a.szymanek@core.com.pl](mailto:a.szymanek@core.com.pl) zapytania w sprawie oferty złożonej przez Konsorcjum, której to czynności nie przewidują przepisy Pzp,
  - dokonanie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum w oparciu o treść wiadomości mailowej otrzymanej z adresu mailowego: [szymanek@core.com.pl](mailto:szymanek@core.com.pl) w sposób sprzeczny z treścią oferty i wyjaśnieniami Konsorcjum.

Konsorcjum wnosilo o nakazanie zamawiajacemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum,
2. unieważnienia czynności wyboru ofert, w tym czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez wykonawcę SAD,
3. dokonania czynności polegającej na ponownym badaniu, ocenie i wyborze oferty.

W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum podnosiło, że informacje przekazane przez Panią A..... S..... w mailu z dnia 3 sierpnia 2012 roku - jakoby „nielegalne” było zainstalowanie oferowanego przez odwołujących programu antywirusowego AVG Anti-Virus Free Edition na komputerach będących własnością zamawiającego - są niezgodne z rzeczywistością oraz zostały przekazane bez wiedzy i zgody Przedsiębiorstwa Informatycznego CORE.

Zdaniem Konsorcjum nie ma jakichkolwiek przeciwwskazań do tego, żeby zaoferowany program AVG Anti-Virus Free Edition miał być zainstalowany na komputerach stanowiących własność zamawiającego, a użyczonych beneficjentom realizowanego przez Miasto Poznań projektu. Wyjaśnienia złożone przez konsorcjum są wyczerpujące i rzetelne, co potwierdza to zarówno producent programu AVG Anti-Virus Free Edition jak i jego dystrybutor w Polsce Przedsiębiorstwo Informatyczne CORE A..... S....., którego pracownikiem jest Pani A..... S.....

Zatem w ocenie Konsorcjum zamawiający niesłusznie stwierdził więc, że treść jego oferty nie odpowiada treści siwz. Nie miał on podstaw aby odrzucić ją w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Następnie Konsorcjum podniosło zarzut dotyczący naruszenia art. 26 Pzp i art. 87 Pzp.

- a) badanie ofert z wykorzystaniem informacji pozyskanych od osób trzecich

Konsorcjum zwracało uwagę, że w oparciu o przepisy zawarte w Pzp brak jest możliwości zwrócenia się przez zamawiającego do osoby trzeciej o udzielenie informacji na temat złożonej oferty. Zamawiający nie był więc uprawniony do kierowania do podmiotów nie będących wykonawcami zapytań w sprawie zaoferowanego przez odwołujących oprogramowania. W opinii Konsorcjum problem w opisanym zakresie jest znacznie szerszy i dotyczy braku możliwości prowadzenia przez zamawiającego swego „postępowania

dowodowego” zmierzającego do ustalenia kwestii istotnych dla oceny ofert. W szczególności ww. teza aktualna jest na gruncie stanu faktycznego, w ramach którego zamawiający opiera swoje wnioski jedynie na wiadomości e-mail od osoby trzeciej, która nie jest nawet uprawniona do działania w imieniu przedsiębiorstwa, pod adresem którego pytanie zostało sformułowane.

- b) badanie oferty złożonej przez odwołujących w oparciu o treść wiadomości mailowej otrzymanej z adresu mailowego: [a.szymanek@core.com.pl](mailto:a.szymanek@core.com.pl)

Konsorcjum zwracało uwagę, że biorąc pod uwagę jego wyjaśnienia udzielone zamawiającemu w zakresie programu AVG Anti-Virus Free Edition - a zamawiający ich nie kwestionował - nie było podstaw, aby korzystał on z innych źródeł „wiedzy” na temat zaoferowanego oprogramowania. W szczególności w ocenie Konsorcjum niedopuszczalne było aby zamawiający przy badaniu oferty oparł się na treści maila przesłanego od osoby trzeciej oraz bezkrytycznie przyjął zapytania pytanej osoby na kwestię mającą kluczowe znaczenie dla sprawy. Podkreślał, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie tylko rozszerzył dopuszczalny ustawowo katalog źródeł pozyskiwania informacji na temat ofert złożonych w postępowaniu, ale również oparł swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołujących na niezweryfikowanych i wątpliwych twierdzeniach osoby trzeciej (a właściwie pracownika tej osoby, nieuprawnionego do reprezentacji).

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu z zachowaniem terminu zawartego w art. 180 ust. 5 Pzp.

20 sierpnia 2012 r. z poszanowaniem art. 185 ust 2 Pzp w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożyli wykonawcy Infomex i SAD.

28 sierpnia 2012 r. Konsorcjum wniosło do Izby pismo procesowe w którym szczegółowo odniosło się do treści przystąpienia złożonego przez Infomex wskazując, że stanowisko wyrażone przez wykonawcę wykracza poza zakres odwołania oraz zaprzeczyło wszystkim zarzutom podniesionym przez Infomex.

27 sierpnia 2012 r. w formie faksu zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W toku rozprawy zamawiający w formie pisemnej złożył odpowiedź na odwołanie w treści której wskazał, że uwzględni w całości zarzuty postawione w odwołaniu.

30 sierpnia 2012 r. podczas posiedzenia Izby z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wykonawcy, zarówno Infomex jak również SAD, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów postawionych w odwołaniu. Wobec tego zgodnie z art. 186 ust. 4 Pzp Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania wyrażone w pismach i rozprawie a także dowody złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia wszystkich wykonawców do postępowania po odwoławczego - zarówno wykonawcy Infomex jak i wykonawcy SAD - wskazując, że ww. wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wypełnili prawidłowo przesłanki zawarte w art. 185 ust. 2 Pzp.

## **KIO 1749/12**

Po zbadaniu całokształtu okoliczności oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

### **I.**

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut dotyczący odrzucenia oferty Infomex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji i stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Z ustaleń Izby wynika, że zamawiający w siwz w Rozdziale VI pkt 4 ppkt 8 sprecyzował, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy (sprzęt/urządzenia) odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, do oferty należało dołączyć stosowanie do sprzętu z załączników 1 i 2 umowy pełen wydruk raportu SYSmark2007 Preview z rozwiniętymi opcjami: Operating System Sumary i Hardware Sumary, przeprowadzony zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 1 do umowy w punkcie

specyfikacja jednostki centralnej. Nie jest sporne między stronami, że w ww. załączniku zamawiający opisał sposób przeprowadzenia testu posługując się przy tym m. in. terminologią w języku angielskim.

Wraz z ofertą Infomex nie złożył wymaganego przez zamawiającego pełnego wydruku raportu SYSmark2007 Preview. W związku z powyższym zamawiający pismem z dnia 17 lipca 2012 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Infomex do uzupełnienia m. in. powyższego raportu wraz z tłumaczeniem na język polski. Dokumenty należało złożyć do dnia 24 lipca 2012 r. w Burze Zamówień Publicznych zamawiającego.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji przedłożonej Izbie przez zamawiającego ustalono, że w komplecie dokumentów uzupełnionych przez Infomex na wezwanie zamawiającego i złożonych w Burze Zamówień Publicznych w dniu 24 lipca 2012 r. brak jest tłumaczenia na język polski pełnego wydruku raportu SYSmark2007 Preview z rozwiniętymi opcjami: Operating System Sumary i Hardware Sumary. Niniejsze tłumaczenie z języka angielskiego na język polski raportu zostało przesłane zamawiającemu w formie faksu 23 lipca 2012 r.

W specyfikacji w rozdziale VII pkt 1 zamawiający określił, że wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy zobowiązani są przekazywać pisemnie lub za pomocą faksu na nr (...), z wyjątkiem oświadczeń i dokumentów składanych jako część oferty lub uzupełnienie oferty, które składa się w oryginalne lub kopii poświadczonyj za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

W rozpoznawanej sprawie Izba uznała za zasadne zwrócenie uwagi, że specyfikacja jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. W tej kwestii Izba w pełni podziela stanowisko Izby prezentowane w wyroku z dnia 30 marca 2012 r. sygn. akt KIO 510/12 w stwierdzono: *„(...) z jednej strony określa wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które mają spełniać oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu badając i oceniając oferty zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania.*

*Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. (...)*”

Biorąc pod uwagę powyższe oczywistym jest, że zamawiający dokonując badania i oceny ofert winien kierować się postanowieniami specyfikacji, które zostały ustanowione przez zamawiającego zakreślają ramy jego działania.

W rozpoznawanym stanie faktycznym Izba stanęła na stanowisku, że przedłożenie przez wykonawcę Infomex, na wezwanie zamawiającego, jedynie dokumentu pełnego wydruk raportu SYSmark2007 Preview z rozwiniętymi opcjami: Operating System Sumary i Hardware Sumary w języku obcym (języku angielskim) potwierdzonego za zgodność z oryginałem, z pominięciem złożenia wraz z dokumentem jego tłumaczenia na język polski w formie wskazanej w § 6 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, przesądza o niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią siwz.

Bezspornym jest, że Infomex wraz z ofertą nie złożył wymaganego przez zamawiającego w rozpoznawanym postępowaniu dokumentu tj. pełen wydruk raportu SYSmark2007 Preview z rozwiniętymi opcjami: Operating System Sumary i Hardware Sumary. Zatem za prawidłowe należy uznać postępowanie zamawiającego, który na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Infomex do uzupełnienia powyższego raportu wraz z tłumaczeniem na język polski, zakreślając termin - do dnia 24 lipca 2012 r.

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że pełny wydruk raportu SYSmark2007 Preview z rozwiniętymi opcjami: Operating System Sumary i Hardware Sumary wraz z tłumaczeniem z języka obcego mieści się w katalogu dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp. W związku z tym zamawiający w przypadku jego braku był zobligowany do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do jego uzupełnienia.

§ 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów stanowi, że dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zaś dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz



z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy (ust. 4).

Izba wskazuje, że z przepisu przywołanego powyżej wynika wprost, że w przypadku, gdy wykonawca posługuje się dokumentami sporządzonym w języku obcym obligatoryjnie wraz z takim dokumentem powinien przedłożyć jego tłumaczenie na język polski chyba, że zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy, co nie ma zastosowania w omawianym stanie faktycznym. Zgodzić się należy z przystępującym SAD, który na rozprawie podnosił, dokument sporządzony w języku obcym wraz tłumaczeniem tego dokumentu na język polski stanowią pełną całość i są ze sobą nierozzerwalnie związane. Podkreślić należy, że ustawodawca w omawianym zakresie posługując się określeniem „składane są wraz” nie pozostawił wykonawcom operującym takim dokumentem dowolności i nakazał wraz z dokumentem w języku obcym składanie jego tłumaczenia na język polski.

Wobec powyższego bez znaczenia pozostaje argumentacja Infomex zasadzająca się na tym, że pełny wydruk raportu SYSmark2007 Preview z rozwiniętymi opcjami: Operating System Sumary i Hardware Sumary stanowi jedynie zestaw liczb i określeń informatycznych, które nie powinny nasręczać zamawiającemu kłopotów w zakresie odczytu i interpretacji dokumentu.

Należy również zwrócić uwagę, że zamawiający w specyfikacji w rozdziale VII pkt 1 sprecyzował, że wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy zobowiązani są przekazywać pisemnie lub za pomocą faksu, z wyjątkiem oświadczeń i dokumentów składanych jako część oferty lub uzupełnienie oferty, które składa się w oryginalne lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Ponadto w treści wezwania z dnia 17 lipca 2012 r. zamawiający wprost wskazał, że żąda przedłożenia powyższego raportu wraz z tłumaczeniem na język polski.

Izba nie podzieliła argumentacji Infomex wyrażonej w odwołaniu, opierające się na tym, że zaopatrzenie z dniem 24 lipca 2012 r., pisma przewodniego z dnia 23 lipca 2012 r. w pieczęć (prezentatę) biura podawczego komórki Biura Zamówień Publicznych zamawiającego, bez jakichkolwiek uwag choćby w obrębie rubryk tejże pieczęci (prezentaty) stwarza domniemanie złożenia przez Infomex kompletu dokumentów wymaganych w treści wezwania. Za chybiony należy uznać także pogląd Infomex, który podnosił, że zamawiający miał obowiązek sprawdzić kompletność uzupełnianej dokumentacji ofertowej już w momencie jej składania na ww. biurze podawczym. Brak jakichkolwiek uwag co do kompletności dokumentacji uzupełnianej przez Infomex, w chwili jej składania na ww. biurze

podawczym, powinien skutkować przyjęciem domniemania złożenia wszystkich dokumentów wymaganych przez zamawiającego w treści wezwania.

Rację ma zamawiający, który podnosił, że weryfikacja kompletności dokumentów uzupełnianych przez Infomex nie miała miejsca na etapie składania ich w biurze podawczy, ponieważ kompetencje w tym zakresie posiadała komisja przetargowa, która po sprawdzeniu i ocenie dokumentów złożonych przez Infomex stwierdziła brak tłumaczenia na język polski opisanego powyżej raportu.

Odnosząc się do twierdzenia Infomex wyrażonego w odwołaniu i popieranego na rozprawie, że tłumaczenie ww. raportu należy zakwalifikować jako oświadczenie Infomex, a co za tym idzie takie oświadczenie, dla swej skuteczności, może być również złożone za pośrednictwem faksu, co jest zgodne z brzmieniem rozdziału VII pkt. 1 siwz, Izba stwierdziła, że powyższe stanowisko jest nieuprawnione. Izba ponownie zwraca uwagę, że tłumaczenie na język polski stanowi integralną część dokumentu jakim jest ww. raport, który niewątpliwie zawiera się w katalogu dokumentów wymienionych w art. 25 Pzp ust. 1 Pzp, w związku z tym wykonawca winien był przedłożyć zamawiającemu ten dokument w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. W kontekście powyższego przesłanie przez Infomex tłumaczenia na język polski ww. raportu jedynie w formie faksu nie może być uznane za wystarczające i prawidłowe. Argumentacja Izby w omawianym zakresie została przedstawiona powyżej. Zatem powtarzanie jej Izba uznała za niecelowe.

Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanych dowodów przez Infomex uznając, że przeprowadzenie opisanych dowodów nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów przedmiotowego odwołania.

## II.

Następnie Izba, wbrew twierdzeniom SAD, rozpoznała zarzuty związane z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy SAD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na niezgodność jej treści z treścią siwz. Izba stwierdziła, że zarzuty w powyższym zakresie nie potwierdziły się.

Izba nie podziela stanowiska zajmowanego przez SAD jakoby Infomex nie był uprawniony do podnoszenia zarzutów w stalunku do oferty SAD, która to oferta została uznana za najkorzystniejszą. SAD twierdził, że Infomex nie przysługuje uprawnienie wynikające z art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż wykonawca kwestionując ofertę SAD nie może ponieść szkody. Ponadto Izba stwierdza, że przywołane przez przystępującego na rozprawie

orzeczenia Izby zostały wydane w innym stanie faktycznym i nie znajdują zastosowania w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy.

1. Wymóg siwz dotyczący zaoferowania programu pozwalającego korzystać z technologii Flash.

Izba ustaliła, że zamawiający w pkt 1 Załącznika nr 1 do wzoru umowy (stanowiącego Załącznik nr 10 do siwz), w zakresie specyfikacji jednostki centralnej, w pozycji pn.: „Wymagania dodatkowe” ustanowił m. in. wymóg, tj. zainstalowany pakiet oprogramowania bez ograniczonej czasowo możliwości wykorzystania w wersji polskiej składający się z minimum: programu pozwalającego odczytywać (biernie tj. bez możliwości edycji) pliki w formacie PDF, programu pozwalającego korzystać z technologii Flash, Przeglądarki internetowej, pakiet biurowy, w którego skład wejdzie: edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny, oprogramowanie do tworzenia prezentacji.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz „Formularz oferty” wykonawcy mieli podać m. in. zainstalowane oprogramowanie.

W złożonej ofercie wykonawca SAD na str. 3 w Formularzu ofertowym zaoferował Acrobat Reader.

Nie jest spornym między stronami, że ww. program zaoferowany przez SAD umożliwia odczytywanie plików w formacie PDF, jak również pozwala na korzystanie w tym zakresie z technologii Flash, co zostało potwierdzone również przez zamawiającego przez złożenie w toku rozprawy wydruku ze strony internetowej datowanego na dzień 24 sierpnia 2012 r. - [www.adobe.com/pl/products/reader/features.html](http://www.adobe.com/pl/products/reader/features.html) a także wykonawcę SAD w oparciu o przedłożoną korespondencję e-mailową.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izby oraz zarzut odwołania, że oferta wykonawcy SAD nie zawiera określenia wymaganego przez zamawiającego programu w technologii Flash Izba uznała zgłoszony zarzut za bezzasadny, gdyż zaoferowany przez wykonawcę SAD program Acrobat Reader bez wątplenia odczytuje pliki w formacie PDF, jak również pozwala na korzystanie w tym zakresie z technologii Flash.

Odnosząc się zaś do argumentacji Infomex prezentowanej na rozprawie, opartej na założeniu, że przytoczonym powyżej postanowieniami siwz zamawiający wymagał również możliwości korzystania z technologii Flash w zakresie chociażby przeglądarki internetowej

Izba stanęła na stanowisku, że powyższe stanowisko należy uznać za nieuprawnione, gdyż w treści siwz zamawiający jasno określił, że zainstalowany pakiet oprogramowania bez ograniczonej czasowo możliwości wykorzystania w wersji polskiej ma składać się minimum z programu pozwalającego korzystać z technologii Flash. Z powyższego wynika, że wykonawca miał zaoferować minimum jeden program pozwalający korzystać z technologii Flash. Powyższy wymóg został spełniony przez SAD, bowiem wykonawca w złożonej ofercie zaoferował program pozwalający korzystać z technologii Flash. Tym samym ww. zarzut Izba uznała za niezasadny.

## 2. Wymóg siwz dotyczący zaoferowania programu pozwalającego korzystać z przeglądarki Internetowej

Izba ustaliła, że zamawiający w pkt 1 Załącznika nr 1 do wzoru umowy (stanowiącego Załącznik nr 10 do siwz), w zakresie specyfikacji jednostki centralnej, w pozycji pn.: „Wymagania dodatkowe” ustanowił m. in. następujący wymóg, tj. zainstalowany pakiet oprogramowania bez ograniczonej czasowo możliwości wykorzystania w wersji polskiej składający się z minimum: programu pozwalającego odczytywać (biernie tj. bez możliwości edycji) pliki w formacie PDF, programu pozwalającego korzystać z technologii Flash, Przeglądarki internetowej, pakiet biurowy, w którego skład wejdzie: edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny, oprogramowanie do tworzenia prezentacji.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz „Formularz oferty” wykonawcy mieli podać m. in. zainstalowane oprogramowanie.

W złożonej ofercie wykonawca SAD na str. 3 w Formularzu ofertowym zaoferował System operacyjny Windows 7 Pro.

W poczet materiału dowodowego Izba włączył przedłożony przez SAD wydruk ze strony internetowej <http://windows7.pl> opatrzony datą 29 sierpnia 2012 r., gdzie dla wersji Professional podano „Dzięki programowi Internet Explorer 8 przeglądanie sieci Web jest jeszcze szybsze, łatwiejsze i bezpieczniejsze.

Infomex w toku rozprawy podnosił, że w okresie poprzedzającym złożenie oferty przez SAD przez Unię Europejską został wprowadzony zakaz instalacji przeglądarki wraz z systemem operacyjnym, jednakże nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie ww. twierdzeń. W kontekście wydruku przedłożonego przez SAD Izba uznała ww. twierdzenia Infomex za gołosłowne.

Izba podkreśla, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Wskazany powyżej przepis nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron i polega na wykazywaniu dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Bezwątpienia postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a zatem z istoty takiego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Art. 14 ustawy stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (dalej: „k.c.”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zatem należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

W ocenie Izby Infomex nie przedstawił żadnych przekonujących dowodów na poparcie stanowiska prezentowanego w treści odwołania oraz na rozprawie, podczas gdy to właśnie na odwołujący zgodnie z przywołanym powyżej art. 6 k.c. to właśnie na odwołujący spoczywał ciężar dowodzenia.

### 3. Wymóg siwz dotyczący zaoferowania programu pozwalającego korzystać z przeglądarki Internetowej

Z ustaleń Izby wynika, że zamawiający w pkt 1 Załącznika nr 1 do wzoru umowy (stanowiącego Załącznik nr 10 do siwz), w zakresie specyfikacji jednostki centralnej, w pozycji pn.: „Wymagania dodatkowe” postawił m.in. następujący wymóg: „(...) system operacyjny: zainstalowany system operacyjny niewymagający jakiegokolwiek dodatkowej

aktywacji przez użytkownika, Wykonawca dostarczy licencje objęte Prawem Najmu (jeśli dotyczy) i zainstaluje na stacjach roboczych taki system operacyjny w języku polskim, który bez konieczności posiadania specjalistycznej wiedzy przez użytkowników posiadających w potocznym rozumieniu relatywnie bardzo niską wiedzę z zakresu informatyki, (nabytą w trakcie szkolenia poprzedzającego przekazanie komputerów) zapewni możliwość instalacji i obsługi przeglądarek internetowych, licencja zainstalowanego systemu operacyjnego oraz licencje zainstalowanych programów muszą pozwolić na podpisanie bezpłatnej umowy użyczenia sprzętu wraz z oprogramowaniem zawieranej pomiędzy Zamawiającym a uczestnikiem projektu, system operacyjny musi umożliwić poprawne funkcjonowanie zainstalowanego na zestawie komputerowym oprogramowania oraz w pełni i poprawnie funkcjonować z oferowanym w ramach Zamówienia serwerem oraz budowaną w ramach zamówienia Elektroniczną Platformą Szkoleniową (platformą cyfrową)”.

Zamawiający pismem z dnia 17 lipca 2012 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy SAD o udzielenie pisemnych wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie – czy zaproponowany w formularzu ofertowym system operacyjny Windows 7 Professional posiada również licencję na prawo najmu ?

Pismem, które wpłynęło do zamawiającego w dniu 24 lipca 2012 r. SAD podał: „(...) wyjaśniamy, że zaproponowany w formularzu ofertowym system operacyjny Professional posiada licencję na prawo najmu. (...)”.

Z ustaleń Izby wynika, że zamawiający nie żądał podanie w ofercie nazwy licencji a nazwy zainstalowanego systemu operacyjnego oraz oprogramowania.

Nie jest spornym między stronami, że licencje Rental Rights (prawa do wynajmu oprogramowania) stanowią licencje dodatkowe w stosunku do umów programów licencjonowania zbiorczego Microsoft Open License i Select Plus Volume.

Po zbadaniu całokształtu materiału dowodowego oraz wszelkich okoliczności dotyczących podnoszonego zarzutu Izba uznała zgłoszony zarzut za bezzasadny. Wyjaśnienia wykonawcy SAD, który na rozprawie wyjaśniał, że w ramach zaproponowanego w ofercie systemu operacyjnego Professional mieszczą się również wykupione dodatkowe licencje na prawo najmu, tj. licencje Rental Rights Izba uznała za wiarygodne i wystarczające wyjaśnienia SAD szczególnie, że zamawiający nie żądał podanie w ofercie nazw oferowanych licencji a jedynie nazwy zainstalowanego systemu operacyjnego oraz oprogramowania Wobec tego oferta nie sposób uznać, że oferta wykonawcy SAD jest niegodna z treścią siwz w omawianym zakresie i powinna podlegać odrzuceniu na postawie

art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Konkludując, Izba po rozpoznaniu zarzutów zawartych w odwołaniu nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W konsekwencji powyższego Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

#### **KIO 1767/12**

Po zbadaniu całokształtu okoliczności oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut dotyczący odrzucenia oferty Infomex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji i stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Z ustaleń Izby wynika, że pismem z dnia 17 lipca 2012 roku zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty m.in. w zakresie tego, czy licencja oprogramowania AVG Anti-Virus Free Edition pozwala na jego bezpłatne użyczenie w oparciu o umowę użyczenia, ponieważ ww. wymóg dotyczący oprogramowania wskazany został w załączniku nr 1 do umowy pkt I w opisie specyfikacji jednostki centralnej, co nie było sporne.

Konsorcjum w piśmie z 23 lipca 2012 roku wyjaśniło, że licencja zaoferowanego oprogramowania AVG Anti-Virus Free Edition nie zastrzega możliwości użytkowania tego oprogramowania w zależności od sposobu dostarczenia, a więc dozwolone jest bezpłatne użyczenie w oparciu o umowę użyczenia.

Zamawiający pismem z 7 sierpnia 2012 roku poinformował Konsorcjum, że dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę SAD, a oferta Konsorcjum została odrzucona na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty Konsorcjum wskazane zostało, że zaoferowano program AVG Anti-Virus Free Edition, który przeznaczony jest do użytku domowego przez klientów detalicznych. Zamawiający wskazał, że ponieważ właścicielem komputerów będzie Miasto Poznań, nielegalnym będzie zainstalowanie na nich wersji Free. W załączeniu do pisma (wyboru ofert) przedstawiony został wydruk z maila [a.szymanek@core.com.pl](mailto:a.szymanek@core.com.pl) (pracownika dystrybutora AVG w Polsce - Przedsiębiorstwa Informatycznego CORE), w którym jego autorka w odpowiedzi na mailowe zapytanie zamawiającego stwierdza, że AVG Free służy jedynie do użytku domowego przez klientów detalicznych, także w przypadku, gdy właścicielem komputerów jest Miasto Poznań, nielegalnym będzie zainstalowanie na nich wersji Free (mogą pojawić się problemy w przypadku jakiegokolwiek kontroli)".

Izba wskazuje, że w załączniku nr 1 do umowy zamawiający jasno wskazał, że wykonawca dostarczy 3000 przygotowanych do użytkowania zestawów komputerowych do 3000 lokalizacji położonych w granicach administracyjnych Miasta Poznania oraz zainstaluje je, zgodnie z wykazem uczestników projektu otrzymanym od Zamawiającego. Każdy z zestawów komputerowych, będących przedmiotem dostawy składać się będzie z jednostki centralnej, monitora, klawiatury, myszy oraz niezbędnego okablowania. Dostarczone zestawy komputerowe będą zgodne ze specyfikacją techniczną przedstawioną tabeli zawartej w powyższym załączniku. Z powyższego wynika, że zamawiający nie żądał posiadania oraz przedłożenia wraz z ofertą licencji dla powyższego oprogramowania, która pozwalałaby na jego bezpłatne użyczenie w oparciu o umowę użyczenia. Wykonawca miał spełnić wymagania dotyczący oprogramowania wskazane w załączniku nr 1 do umowy pkt I w opisie specyfikacji jednostki centralnej na etapie realizacji niniejszego zamówienia. Wobec tego, żądanie od Konsorcjum wylegitymowania się posiadaniem tego rodzaju licencji na etapie składania ofert w ocenie Izby jest nieuprawnione.

Ponadto Izba wskazuje, że złożone przez Konsorcjum dowody w postaci: oświadczenia A..... S..... - właściciela Przedsiębiorstwa Informatycznego CORE A..... S..... oraz zaświadczenia producenta z dnia 16 sierpnia 2012 r. AVG Technologies Cz., s.r.o. z siedzibą w Brnie pozostają bez znaczenia dla okoliczności sprawy, ponieważ zgodnie w wyjaśnieniami Konsorcjum, licencja udzielona przez producenta oprogramowania AVG Anti-Virus Free Edition będzie licencją przygotowaną specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania (dedykowaną) i będzie różnić się od stosowanej ogólnie umowy licencyjnej na korzystanie z ww. oprogramowania.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp,



stwierdzając przy tym, że jej treść jest niezgodna z treścią siwz.

Po rozpoznaniu zarzutów w zakresie naruszenia art. 26 i art. 87 ust. 1 Pzp w kontekście braku podstaw do badania przez zamawiającego informacji przekazanych przez Konsorcjum z wykorzystaniem wiedzy innych podmiotów Izba stwierdziła, że ww. zarzuty są całkowicie niezasadne.

Izba wskazuje, że przepisy Pzp obligują zamawiającego do przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością. Zatem zamawiający jest zobligowany do podjęcia wszelkich działań zmierzających do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności związanych z prawidłowością i prawdziwością informacji uzyskiwanych od wykonawców w ramach prowadzonego postępowania. W celu weryfikacji tego rodzaju informacji zamawiający może korzystać z szeregu różnorodnych źródeł informacji, m. in. posiada uprawnienie do występowania o udzielenie informacji do podmiotów innych niż wykonawca, który daną informację przekazał. Tym samym zwrócenie się do Pani A..... S..... – pracownika Przedsiębiorstwa Informatycznego CORE A..... S..... w celu sprawdzenia informacji w stosunku do których zamawiający powziął wątpliwość Izba uznała za dopuszczalne, a zatem w tym zakresie nie dopatrzyła się naruszenia art. 26 oraz 87 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Konsorcjum w kwocie 3600 zł na podstawie przedłożonej kopii Faktury VAT.

**Przewodniczący:** .....