

Sygn. akt: KIO 1709/11

**WYROK**  
**z dnia 24 sierpnia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:     Aneta Mlącka**

**Protokolant:         Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **CEZAR Cezary Machnio i Piotr Gębka Spółka Jawna, ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Szkół Plastycznych im. Leona Wyczółkowskiego, ul. Konarskiego 2, 85-066 Bydgoszcz**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz
  - 1.2. powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego
  
2. kosztami postępowania obciąża **Zespół Szkół Plastycznych im. Leona Wyczółkowskiego, ul. Konarskiego 2, 85-066 Bydgoszcz** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **CEZAR Cezary Machnio i Piotr Gębka Spółka Jawna, ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Zespołu Szkół Plastycznych im. Leona Wyczółkowskiego, ul. Konarskiego 2, 85-066 Bydgoszcz** na rzecz **CEZAR Cezary Machnio i Piotr Gębka Spółka Jawna, ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Zespół Szkół Plastycznych im. Leona Wyczółkowskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zakup sprzętu komputerowego i oprogramowania. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 09.sierpnia 2011 r. pod numerem 192992 – 2011.

Odwołujący - CEZAR Cezary Machnio i Piotr Gębka Spółka Jawna wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień domniemanych niezgodności, w kwestii oprogramowania, oferty Odwołującego z treścią SIWZ, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako podstawę faktyczną Zamawiający wskazał - zaoferowanie w zestawach komputerowych oprogramowania Windows w wersji Home Premium 7. Zamawiający wskazał, iż wymagał dostarczenia wersji Professional, co jak podniósł Odwołujący, nie jest prawdą.

Odwołujący podkreślał, iż zapis odnośnie oprogramowania, w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia, mówił o dowolnej wersji systemu operacyjnego. Zapis ten zezwalał wykonawcom proponowanie systemów operacyjnych według uznania. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający odrzucił oferty, w których zastosowano wersję Home. Podniósł, iż Zamawiający na stronie internetowej, dopiero po otwarciu ofert, umieścił „pytania dodatkowe”, mające na celu zobligowanie wykonawców do oferowania licencji typu Professional.

Odwołujący zaznaczył, że „pytania dodatkowe” „zniknęły ze strony Zamawiającego równie szybko jak się na niej pojawiły. Natomiast wynik postępowania pozostał bez zmian, a oferta odwołującego posiada nadal status odrzuconej, nie biorącej udziału w postępowaniu.”

Odwołujący argumentował, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stosuje się w przypadku, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Artykuł ten odnosi się do merytorycznej niezgodności przedmiotu zamówienia, czyli do zaoferowania przedmiotu zamówienia, który faktycznie nie spełnia minimalnych wymogów Zamawiającego, nie zaś do rozbieżności oferowanych rozwiązań względem tego, czego Zamawiający wcale nie wymagał. Odwołujący wskazywał, iż niezgodność oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy „zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w

specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym interesy i oczekiwania Zamawiającego". W przedmiotowej sytuacji nie było niezgodności oferty z zapisami specyfikacji technicznej. Wymagano oprogramowania Windows 7 w zestawach komputerowych i takie oprogramowanie zostało zaoferowane.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wezwał go do przedstawienia parametrów oferowanego sprzętu wyszczególnionego w ofercie. Nie ukierunkował wyjaśnień na oprogramowanie. W przypadku zaoferowania systemu operacyjnego, którego parametry wzbudzają wątpliwości, Zamawiający powinien zwrócić się do oferenta o wyjaśnienie zaistniałej niezgodności.

**Biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, jak również uwzględniając przedłożone pisma w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, iż w treści ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 192992 (znajdującego się w aktach sprawy) Zamawiający przedstawił opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym wymagał dostawy szesnastu stanowisk komputerowych z oprogramowaniem podstawowym MS Windows 7, co zgodnie z oświadczeniem Odwołującego potwierdzała treść SIWZ (§7 stanowił opis przedmiotu zamówienia, w którym zapisane było wymaganie co do konieczności zaoferowania oprogramowania Windows 7 64 bit). Ustalono także, iż zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego, z treści pytań i z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego nie wynika, aby Zamawiający zmienił wymagania w zakresie wymaganego oprogramowania. Zamawiający nie przedstawił stanowiska przeciwnego (jakiegokolwiek pisma, odpowiedzi na odwołanie), nie złożył oświadczeń, jak również nie złożył jakiejkolwiek dokumentacji, z której wynikałoby, iż zmienił, zmodyfikował wymagania w zakresie oprogramowania. Zatem należy uznać, w świetle przedstawionego materiału, iż Zamawiający w zakresie oprogramowania wymagał Windows 7 64 bit (w ogłoszeniu dodano informację, iż jest to oprogramowanie podstawowe) i tego wymagania nie zmodyfikował.

Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, iż Odwołujący zaoferował Zamawiającemu system operacyjny MS Windows Home Premium 7 (OEM – oferowany przez Elektra Comp sp. z o.o.), który nie gwarantuje prawidłowego funkcjonowania w sieci z serwerami. Zdaniem Zamawiającego przyjęte w ofercie Odwołującego rozwiązanie nie spełnia wymagań technicznych niezbędnych dla pracy 16 stanowisk komputerowych (łącznie z programem

CS5 Adobe Design z licencją na co najmniej 50 stanowisk), nadto uniemożliwia logowanie się do domeny Active Directory i zdalne zarządzanie, kontrolę, instalację i konfigurację, nie zapewnia pełnego wsparcia do pracy w sieci z serwerem Windows, a brak narzędzia Windows XP Mode uniemożliwia działanie starszych aplikacji przeznaczonych dla wersji Windows XP – przez co oferta nie spełnia wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc za podstawę powyższe ustalenia, w tym zakresie Izba zważyła, iż wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia są wiążące dla Wykonawców, ale i dla Zamawiającego. Zamawiający winien precyzyjnie określać przedmiot zamówienia. Jest to jego obowiązkiem, ale przede wszystkim uprawnieniem. Jeśli Zamawiający nie określił szczegółowo swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia, a w niniejszym przypadku nie doprecyzował swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności co do oprogramowania, nie może powoływać się na niezgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ. Co więcej, Zamawiający nie wykazał niezgodności oferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ. Zamawiający nie wskazał, z którym punktem SIWZ niezgodny jest przedmiot zamówienia oferowany przez Odwołującego, w szczególności z którym punktem SIWZ niezgodny jest oferowany przez Odwołującego system operacyjny Windows. Zamawiający wymagał oprogramowania Windows 7 64 bit i takie oprogramowanie, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, zostało mu zaoferowane w ofercie Odwołującego. Zamawiający poza wymogiem zaoferowania przez Wykonawców systemu operacyjnego Windows 7 64 bit, nie postawił w SIWZ wobec tego systemu żadnych dodatkowych wymagań. Zamawiający nie wskazał wymaganej wersji tego systemu (Home, Professional etc.), dlatego też w ocenie Izby wymogi zawarte w SIWZ spełnia każda z istniejących wersji systemu operacyjnego Windows 7 64 bit. Taką ocenę potwierdza także okoliczność, iż w żadnym punkcie SIWZ Zamawiający nie określił, w jaki sposób zamierza wykorzystywać komputery, w szczególności, czy mają one zostać połączone do sieci komputerowej, a jeśli tak, to jakie mają być parametry tej sieci i jakie wymogi powinny spełniać oferowane komputery w celu bezproblemowej pracy w sieci komputerowej. W świetle powyższych ustaleń, za całkowicie nieuzasadniony Izba uznała stwierdzenie, iż oferowany przez Odwołującego system operacyjny MS Windows Home Premium 7 nie gwarantuje prawidłowego funkcjonowania w sieci z serwerami. Zarzut ten mógłby zostać uznany za uzasadniony w przypadku, gdyby Zamawiający postawił w SIWZ wymóg funkcjonowania oferowanych komputerów w sieci z serwerami oraz podał parametry tych serwerów. SIWZ nie zawiera takich zapisów, na które powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, dlatego też bezprzedmiotowe jest stwierdzenie Zamawiającego, że komputery oferowane przez Odwołującego nie gwarantują prawidłowego funkcjonowania w sieci komputerowej – w sytuacji, gdy Zamawiającego takiego wymogu nie postawił, a parametry techniczne tej sieci nie są znane.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku dokonania modyfikacji treści SIWZ, Zamawiający powinien zmieścić taką modyfikację na swojej

stronie internetowej. Zamawiający nie przedstawił dowodów na to, iż dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie wymaganego oprogramowania Windows, zaś Odwołujący uprawdopodobnił, przedstawiając wydruk ze strony internetowej Zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2011r., iż modyfikacja w powyższym zakresie nie została dokonana. Izba wzięła pod uwagę fakt, że Zamawiający nie przedłożył dokumentów, z których wynikałoby, że przedstawione przez Odwołującego twierdzenia są nieprawdziwe; w szczególności Zamawiający nie przedłożył dokumentu, który potwierdzałby, że Zamawiający zmodyfikował wymagania co do oprogramowania Windows 7.

W trakcie postępowania odwoławczego, Odwołujący przedstawił także pismo skierowane do Odwołującego, zawierające prośbę Zamawiającego o przedstawienie wyjaśnień, w tym w szczególności o wyjaśnienie, jakie parametry techniczne spełniają oferowane komputery i monitory (łącznie z podaniem nazwy producenta), a także jakie parametry techniczne spełniają oferowane tablety graficzne (łącznie z podaniem nazwy producenta), a także Odwołujący przedstawił treść odpowiedzi, jakiej udzielił na powyższe wezwanie.

Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego napisał, iż odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 i 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję m.in. w ten sposób, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego na zapytanie Zamawiającego, nie są wyczerpujące.

W tym zakresie, Izba uznała, iż nie wyczerpujące i nieprecyzyjne są przede wszystkim wyjaśnienia Zamawiającego i uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego. Przede wszystkim Zamawiający nie określił, jakich okoliczności nie wyjaśniają wyjaśnienia złożone przez Odwołującego i tym samym, w jakim aspekcie oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Ma to istotne znaczenie, gdyż Zamawiający nie określił, jaki był cel wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, a pytania zadane Odwołującemu mają charakter na tyle ogólny, że nie pozwalają na określenie tego celu. Co więcej, w odpowiedzi na żądanie udzielenia wyjaśnień, Odwołujący podał wymagane przez Zamawiającego informacje, a więc zarówno parametry techniczne urządzeń, jak i nazwy producentów. Tym samym nie sposób uznać, że Odwołujący nie wykonał wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie przedstawił sprecyzowania swojego stanowiska w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i nie przedłożył pisma zawierającego oświadczenie, z którego jednoznacznie wynikałoby, czego nie wyjaśnił Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach. Informację o treści wezwania do wyjaśnienia z dnia 1 sierpnia 2011r., jak również o treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dniu 2 sierpnia 2011r., Izba powzięła z przedstawionego przez Odwołującego faksu, z oryginalnym poświadczeniem jego zgodności z oryginałem przez osobę reprezentującą Odwołującego, czym Odwołujący uprawdopodobnił zarzuty podniesione w odwołaniu.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, iż Zamawiający jako podstawę odrzucenia wskazał art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy zwrócić uwagę, iż artykuł ten odnosi się do odrzucenia oferty na podstawie uznania Zamawiającego, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Artykuł ten zatem odnosi się do instytucji rażąco niskiej ceny. Na podstawie przedstawionej dokumentacji trudno jest uznać, aby przedmiotem wyjaśnień, o jakie wnosił Zamawiający i jakich udzielił wykonawca, była kwestia rażąco niskiej ceny, czy też w ogóle zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Tym samym błędna była podstawa prawna odrzucenia oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) w zakresie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień.

W świetle powyższego należy uznać, iż Zamawiający nie wykazał podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, zatem zarzut naruszenia artykułu 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należało uznać za uzasadniony.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....