

Sygn. akt: KIO 2027/14

WYROK

z dnia 13 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 października 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 września 2014 r.** przez wykonawcę: **Z. W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - **PPUH ENTERPRISE Z. W., ul. Krótka 3, 42-202 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa Bibliotekę Publiczną w Dzielnicy Wola, Al. Solidarności 90, 01-003 Warszawa**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Z. W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - **PPUH ENTERPRISE Z. W., ul. Krótka 3, 42-202 Częstochowa,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Z. W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - **PPUH ENTERPRISE Z. W., ul. Krótka 3, 42-202 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Z. W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - **PPUH ENTERPRISE Z. W., ul. Krótka 3, 42-202 Częstochowa** na rzecz zamawiającego **Miasta Stołecznego Warszawy Biblioteki Publicznej w Dzielnicy Wola, Al. Solidarności 90, 01-**

003 Warszawa kwotę **3 500 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2027/14

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu komputerowego dla Biblioteki Publicznej w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy” (BZP poz. 296220 z 5.09.2014 r.) w dniu 30 września 2014r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę: Z. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - PPUH ENTERPRISE Z. W. z siedzibą w Częstochowie, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 26 września 2014 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego Z. W. oraz od unieważnienia postępowania, o których to czynnościach odwołujący został powiadomiony za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 25 września 2014 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Miastu Stołecznemu Warszawa Bibliotece Publicznej w Dzielnicy Wola naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej ustawy Pzp), tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność jej treści z SIWZ. Odwołujący stwierdził, iż jego oferta jest zgodna z SIWZ a jej odrzucenie narusza art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym odwołujący żądał uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu:

- a) uznania złożonej przez siebie oferty, jako zgodnej z SIWZ,
- b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- c) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uwzględniając ofertę odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że zamawiający podał wymagania odnośnie sprzętu i oprogramowania, i że jego oferta spełnia te wymagania.

Zamawiający postawił dla jednostki centralnej A między innymi następujące wymagania:

- pamięć operacyjna - „Min. 4GB DDR3 min. 1333MHz, możliwość rozbudowy do min 8GB. Pamięć powinna pracować w trybie Dual Channel”

- płyta główna - 2 złącza DIMM z obsługą do min. 8GB pamięci RAM DDR3 min. 1333Mhz”.

Odwołujący podnosił, że zaoferowana przez niego płyta główna Asrock H81M-HDS ma możliwość rozbudowy do min 8GB pamięci operacyjnej - jak wymagał zamawiający, a nawet jeśli zajdzie potrzeba do 16GB - wg danych producenta.

W odniesieniu do dodatkowego oprogramowania - zamawiający wymagał:

- „Licencja na Pakiet biurowy Microsoft Office Standard 2013 PL. Licencja Academic” nie określając żadnych wymagań oraz parametrów technicznych i użytkowych.

Odwołujący podnosił, że zaoferowane przez niego oprogramowanie Microsoft Office 365 Pro PL licencja Academic posiada składniki wymaganego oprogramowania tj.: edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny, program do tworzenia prezentacji multimedialnych, klient poczty e-mail oraz organizator notatek, i według niego stanowi rozwiązanie równoważne względem wymaganego oprogramowania.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp w związku z treścią art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 29 września 2014 r. przesłane pocztą elektroniczną żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – do protokołu posiedzenia i rozprawy oświadczył, że uwzględni zarzut numer 1, dotyczący tego, że zaoferowana przez odwołującego płyta główna – Asrock H81M-HDS oraz pamięć RAM - KINGSTON KVR13N9S6/2 nie umożliwiają rozbudowy pamięci do 8 GB. Wnosił natomiast o oddalenie odwołania ze względu na drugi stawiany zarzut – wobec zaoferowanej przez odwołującego licencji na oprogramowanie biurowe.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w powiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ, gdyż zamawiający nie może uznać jako równoważnego zaproponowanego dodatkowego oprogramowania z pozycji 17, tabeli A w części II SIWZ, pkt 1a, tj. oprogramowania biurowego Microsoft Office 365 Pro licencja akademicka z uwagi na subskrypcyjny charakter oferowanego produktu.

Zamawiający zwracał uwagę na brzmienie § 3 ust. 3 wzoru umowy, że licencje zostaną udzielone na czas nieokreślony - w kontekście zapisu § 6 ust. 2 wzoru umowy, który jednoznacznie określa, że cena ofertowa brutto musi obejmować całość przedmiotu zamówienia. Z wymienionych względów, oferta odwołującego podlegała odrzuceniu - jako niezgodna z SIWZ, gdyż wbrew warunkom SIWZ, zamawiający byłby zobowiązany ponieść

dodatkowe opłaty licencyjne. Zamawiający nie dyskredytował parametrów - w oprogramowaniu oferowanym przez odwołującego, ze względu na funkcjonalności, które można uzyskać poprzez te oprogramowanie - nie zarzucał w powiadomieniu o wyniku przetargu, że wymienione funkcjonalności nie są równoważne, ale zarzucał, że nie spełniony został wymóg wyrażony w SIWZ, poprzez opis pkt 17, tabeli A oraz § 3 ust. 3 umowy, że opisane przez zamawiającego oprogramowanie powinno mieć licencję wieczystą, natomiast oprogramowanie zaoferowane przez odwołującego ma charakter subskrypcyjny i wymaga ponoszenie dodatkowych kosztów po upływie roku użytkowania. Jeżeli zamawiający miałby wносить dodatkowe opłaty z tytułu korzystania z takiego oprogramowania biurowego, to również miało to wpływ na zaoferowaną przez odwołującego cenę. Zamawiający wnosił o dopuszczenie dowodu - oświadczenia producenta firmy Microsoft – że nie istnieje produkt Microsoft Office 365 Pro Licencja Akademicka - zaoferowany przez odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego. Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Izba postanowiła dopuścić dowód wnioskowany przez zamawiającego z oświadczenia producenta firmy Microsoft – że nie istnieje wprost produkt „Microsoft Office 365 Pro Licencja Akademicka - zaoferowany przez odwołującego.” Okoliczność, iż licencje Office 365 są licencjami w ramach subskrypcji – została przez odwołującego przyznana, i jako taka w oparciu o art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagała przeprowadzenia innych dowodów.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

SIWZ. Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa sprzętu komputerowego dla Biblioteki Publicznej w Dzielnicy Wola m. st. Warszawy”.

Część II. 1 zestaw komputerowy (jednostka centralna + monitor+ zasilacz awaryjny UPS) 56 szt., w tym:

1.a) jednostka centralna A – 21 szt.; (komputer będzie wykorzystywany do potrzeb aplikacji biurowych, e-learningu, poczty elektronicznej oraz do obsługi systemu SOWA.

W tabeli na str. 3 SIWZ zamawiający podał następujące wymagania minimalne:

Poz. 17 Dodatkowe oprogramowanie. „Licencja na Pakiet biurowy Microsoft Office Standard 2013 PL. Licencja Academic.”

Część IX SIWZ Opis sposobu przygotowania ofert.

Punkt 3. Oferta powinna zostać sporządzona na formularzu oferty stanowiącym zał. nr 1 do SIWZ bez modyfikacji jego formy przez wykonawcę.

Część II pkt 3 SIWZ. Wykonawca będzie odpowiedzialny (...) za to, że jest uprawniony do wprowadzania do obrotu oprogramowania zainstalowanego na komputerach oraz za to, że Zamawiający wskutek zawarcia umowy będzie upoważniony do korzystania w ramach zwykłego użytku ze wszystkiego oprogramowania dostarczonego wraz ze sprzętem komputerowym.

Część II pkt 4 SIWZ. Jeżeli gdziekolwiek w SIWZ oraz w jej załącznikach pojawia się nazwa, marka lub typ wskazujący na konkretnego producenta, należy to interpretować, że określenie ma jedynie charakter przykładowy, a Wykonawca sporządzając ofertę może uwzględnić wyrób każdego innego producenta, który jest równoważny, tzn. posiada co najmniej takie same lub korzystniejsze parametry jakościowe oraz standard wykonania w stosunku do podanych w SIWZ przykładów. Udowodnienie, że urządzenia i materiały są równoważne spoczywa na wykonawcy. Zamawiający zastrzega sobie prawo do oceny równoważności proponowanych rozwiązań. W tym do korzystania z opinii ekspertów.

Zgodnie z § 1 wzoru umowy ust. 1 przedmiotem umowy jest dostawa sprzętu (...) wraz z oprogramowaniem o parametrach i na warunkach określonych w OPZ SIWZ, stanowiącym zał. nr 1 do umowy.

Zgodnie z § 3 wzoru umowy ust. 1 wykonawca dostarczy zamawiającemu udzielone przez producenta licencje na korzystanie z dostarczonych oprogramowań, o których mowa w zał. nr 1 (formularzu oferty).

Ust. 2. Zamawiający jest zobowiązany do korzystania z dostarczonych oprogramowań zgodnie z ich przeznaczeniem i licencją producenta.

Ust. 3. Licencje zostaną udzielone na czas nieokreślony.

Zgodnie z § 4 wzoru umowy dostawa sprzętu i nośników oprogramowania zostanie dokonana w terminie do 01.12.2014 r.

Zgodnie z § 6 wzoru umowy ust. 2. Wartość brutto jest ceną ostateczną oferty zawierającą zapłatę za przedmiot zamówienia, wszelkie inne koszty związane z jego realizacją wraz podatkiem VAT, w tym koszty dostawy do siedziby zamawiającego oraz wszystkie koszty pochodne.

Zgodnie z § 11 wzoru umowy ust. 1 wykonawca jest odpowiedzialny względem zamawiającego za wszelkie wady fizyczne i prawne dostarczonego sprzętu i oprogramowania (...).

Ust. 3. W przypadku wystąpienia przez osobę trzecią z roszczeniami wynikającymi z tytułu naruszenia praw autorskich lub praw własności przemysłowej dotyczących przedmiotu niniejszej umowy Wykonawca, jako wyłącznie odpowiedzialny zwolni Zamawiającego od roszczeń skierowanych przeciwko niemu, zwalniając Zamawiającego od wszelkich zobowiązań z tego tytułu (...).

Odwołujący w formularzu złożonej oferty w poz. 1a podał:

oprogramowanie biurowe: Microsoft Office 365 Pro PL licencja akademicka – rozwiązanie równoważne. Jako równoważność wzięliśmy pod uwagę składniki wymaganego pakietu Office 2013 standard.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena oferty.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 23 września 2014 r.

W postępowaniu wpłynęły 4 oferty. Nie licząc oferty wykonawcy Sofax Sp. z o.o., oferta odwołującego zawierała cenę 261 217,56 zł brutto. Wykonawca Yamo Sp. z o.o. oferował wykonanie tego zamówienia za cenę 256 975,29 zł brutto.

Zamawiający odrzucił oferty wszystkich wykonawców.

Odwołanie złożył jedynie odwołujący.

W powiadomieniu z dnia 25 września 2014 r. o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający podał następujące uzasadnienie tej czynności: „Oferta nr 1. Punkt 1a – jednostka centralna A. Płyta główna/Pamięć operacyjna – zaproponowana płyta główna oraz dwie kości pamięci 2 GB uniemożliwiają spełnienie warunku możliwości rozbudowy do min. 8GB – część II SIWZ pkt 1a ppkt 4 i 8.

Dodatkowe oprogramowanie – Zamawiający nie może uznać zaproponowanego rozwiązania, jako równoważne, ze względu na subskrypcyjny charakter oferowanego produktu.- część II SIWZ pkt 1a, ppkt 17.

Niezgodność w złożonych ofertach spowodowała odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. zamawiający unieważnia postępowanie ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Uzasadnienie prawne art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych skoro złożył ofertę w

postępowaniu, a zamawiający odrzucił wszystkie oferty i unieważnił przedmiotowe postępowanie. Odwołujący był, zatem uprawniony, aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny jego oferty, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać go na poniesienie szkody.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający uwzględnił pierwszy zarzut dotyczący tego, że zaoferowana przez odwołującego płyta główna – Asrock H81M-HDS oraz pamięć RAM - KINGSTON KVR13N9S6/2 nie umożliwiają rozbudowy tej pamięci do 8 GB, rozpatrzeniu podlegał jedynie zarzut odwołania w odniesieniu do zaoferowanego przez odwołującego oprogramowania biurowego - Microsoft Office 365 Pro licencja akademicka.

Bezspornie zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne opisywanym na podstawie art. 30 ust. 4 i 5 ustawy Pzp. Udowodnienie, że zachodzi równoważność oferowanego świadczenia spoczywa na wykonawcy. Odwołujący skupił się jedynie na porównaniu funkcjonalności wskazanego w poz. 17 tabeli A dodatkowego oprogramowania biurowego Microsoft Office Standard 2013 PL Licencja Academic, z zaoferowanym przez siebie oprogramowaniem Microsoft Office 365 Pro licencja akademicka, jako posiadającym składniki wymaganego oprogramowania tj.: edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny, program do tworzenia prezentacji multimedialnych, klient poczty e-mail oraz organizator notatek, które według odwołującego stanowią rozwiązanie równoważne względem wymaganego oprogramowania.

Odwołujący całkowicie pominął inne wymagania SIWZ, wynikające z § 3 ust. 1 wzoru umowy, że wykonawca dostarczy zamawiającemu udzielone przez producenta licencje na korzystanie z dostarczonych oprogramowań, o których mowa w zał. nr 1 (formularzu oferty) i § 3 ust. 3 wzoru umowy - licencje zostaną udzielone na czas nieokreślony. Przy tym zgodnie z § 6 ust. 2 wzoru umowy wartość oferty brutto miała być ceną ostateczną, zawierającą zapłatę za przedmiot zamówienia, wszelkie inne koszty związane z jego realizacją wraz podatkiem VAT, w tym koszty dostawy do siedziby zamawiającego oraz wszystkie koszty pochodne.

Należało zważyć, iż zamawiający nie dyskredytował parametrów - w oprogramowaniu biurowym oferowanym przez odwołującego, ze względu na funkcjonalności, które można uzyskać poprzez to oprogramowanie. Nie zarzucał w powiadomieniu o wyniku przetargu, że wymienione funkcjonalności nie są równoważne, ale poprzez użycie zwrotu – „ze względu na subskrypcyjny charakter oferowanego produktu - zarzucał, że nie spełniony został wymóg wyrażony w SIWZ, poprzez pkt 17, tabeli A oraz § 3 ust. 3 umowy, że opisane przez

zamawiającego oprogramowanie ma mieć licencję wieczystą, czyli wymagania, aby licencje zostały udzielone na czas nieokreślony, a ich koszt ujęty w cenie oferty.

Odwołujący przyznał, że oprogramowanie zaoferowane przez niego ma charakter subskrypcyjny i wymaga ponoszenia dodatkowych kosztów po upływie roku użytkowania, co niewątpliwie wpływało na zaoferowaną przez odwołującego cenę.

Producent oprogramowania w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2014 r. wyraźnie potwierdził, że użytkownik ma możliwość korzystania z usług na czas opłaconej, ważnej subskrypcji. Po wygaśnięciu subskrypcji traci prawo do korzystania z oprogramowania.

Odwołujący nie wziął pod uwagę, że zgodnie z § 6 wzoru umowy ust. 2 wartość brutto jest ceną ostateczną oferty zawierającą zapłatę za przedmiot zamówienia, wszelkie inne koszty związane z jego realizacją. Koszt licencji na czas nieoznaczony winien się mieścić w cenie oferty. Stwierdzone odstępstwo od postanowień SIWZ ma charakter zasadniczy i przesądza o niezgodności istotnej treści oferty z SIWZ. Bezsprzecznie, jeżeli zamawiający wybrałby ofertę odwołującego - musiałby wносить dodatkowe opłaty z tytułu korzystania z oprogramowania biurowego, czego nie obejmowały warunki zamówienia. Odwołujący w Formularzu swojej oferty pkt 4 oświadczył, że zapoznał się z postanowieniami umowy, która jest częścią dokumentacji przetargowej oraz zobowiązywał się w przypadku wyboru jego oferty do zawarcia umowy na określonej w niej przez zamawiającego warunkach. Powyższe zaświadcza, że postanowienia umowy, w tym w zakresie licencji stanowiły istotną treść SIWZ, a jej odpowiednikiem powinny być postanowienia oferty – oferowane świadczenie wraz z podanym sposobem skalkulowania ceny - jako jej *essentialia negotii* w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Skoro merytoryczna treść zobowiązania odwołującego wyrażonego w ofercie nie odpowiada treści istotnych postanowień SIWZ, oznacza to że zamawiający był zobligowany ofertę odwołującego odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Rozważanie możliwości konwalidacji oferty odwołującego na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie było objęte zarzutami odwołania.

Zarzuty odwołania naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na zaoferowanie oprogramowania biurowego z licencją na użytkowanie odpłatną dodatkowo,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, w okolicznościach, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,

- nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Z wyłączeniem przypadku opisanego w art. 181 ustawy Pzp, zamawiający nie ma innej możliwości odniesienia się do zarzutów wykonawcy podnoszonych dopiero w odwołaniu, jak poprzez udzielenie odpowiedzi na odwołanie, w tym też częściowego uwzględnienia zarzutów. Wykonawca w takiej sytuacji może nie podtrzymać pozostałych zarzutów – oceniając podstawy i szanse dla ich uwzględnienia przez Izbę - co byłby równoznaczne z wycofaniem odwołania. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów zastępstwa przez pełnomocnika w oparciu o złożony rachunek, stosownie do § 3 pkt 2b i § 5 ust. 3 pkt 1 powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....