

WYROK
z dnia 26 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 września 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2017r. przez **wykonawcę SoftHard Spółka Akcyjna z siedzibą w Płocku, ul. Graniczna 27** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne „SuPeKom” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sulechowie, ul. Poznańska 18**

przy udziale **wykonawcy Aiut spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. L. Wyczółkowskiego 113** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1908/17 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy UNISOFT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, ul. Pułaskiego 8** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1908/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów wycofanych,**
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie,**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SoftHard Spółka Akcyjna z siedzibą w Płocku, ul. Graniczna 27 i**
 - 3.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę SoftHard Spółka Akcyjna z siedzibą w Płocku, ul. Graniczna 27** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wdrożenie ZSI oraz elektronicznych usług dla ludności przez Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne „SuPeKom” sp. z o.o. w Sulechowie” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 czerwca 2017r. za numerem 2017/S 114-229232.

W dniu 1 września 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania to jest o odrzuceniu trzech ofert, w tym wykonawcy SoftHard SA w część 1 zamówienia i wykonawcy Aiut sp. z o.o w części 2 zamówienia. Oferta wykonawcy SoftHard SA – dalej odwołującego została odrzucona w ramach części I postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na to, że odwołujący zaoferował oprogramowanie systemowe Windows Data Center 2016 + 50 CAL User, co oznacza, że zaoferowane licencje dostępne do serwera dotyczą użytkowników, a nie stacji klienckich (Device) jak wymagał tego zamawiający. Nadto odwołujący podał według zamawiającego nieistniejącego producenta firmę ULTIMACO i nie wskazał nazwy modelu HSM, wobec czego zamawiający nie jest w stanie zidentyfikować wyrobu i zweryfikować czy zaproponowany serwer jest zgodny z parametrami technicznymi zamówienia określonymi w załączniku nr 1 do siwz. Zamawiający zaś w siwz wymagał podania nazwy i producenta oferowanego serwera wraz z wymienieniem producenta i nazwy komponentów serwera. Oferta wykonawcy Aiut sp. z o.o. została odrzucona w ramach części 2 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na zaoferowanie wodomierzy różnych średnic nie pochodzących od jednego producenta, co było wymogiem siwz.

Dla części I jedyną ofertą, która pozostała w postępowaniu była oferta wykonawcy Unisoft sp. z o.o. Z informacji z otwarcia ofert wynika, że firma SoftHard zaoferowała wykonanie zamówienia za cenę 751 167,15zł., wydłużenie terminu obowiązywania gwarancji i asysty technicznej na aplikację /ZSI o 0 m-cy, czas reakcji serwisu dla ZSI 12h, termin skutecznego rozwiązania zdarzenia dla ZSI do 3 dni roboczych, zaś Unisoft sp. z o.o. zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 1 286 611,98zł. wydłużenie terminu obowiązywania gwarancji i asysty technicznej na aplikację /ZSI o 0 m-cy, czas reakcji serwisu dla ZSI 18h-24h, termin skutecznego rozwiązania zdarzenia dla ZSI 9 i więcej dni roboczych.

W dniu 11 września 2017r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 września 2017r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 11 września 2017r. Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1

ustawy, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwi mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia ponieważ jego oferta zawiera niższą cenę niż oferta oceniona, tym samym jej przywrócenie i ocena zgodnie z kryteriami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej siwz, skutkować będzie jej najwyższą oceną oraz wyborem jako oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie odwołujący z ostrożności wskazał, że również w przypadku nieuwzględnienia zarzutów dotyczących odrzucenia jego oferty, posiada on interes we wniesieniu odwołania wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Unisoft Sp. z o.o., zwanego dalej Wykonawcą Unisoft, lub jego wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania. Tak rozumiany interes we wniesieniu odwołania potwierdza najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w szczególności wyrok z dnia 11 maja 2017 r. (sygn. C- 131/16). W wyroku tym Trybunał stwierdził, że „[...] dyrektywę 92/13 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie "danego zamówienia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."

Odwołujący zarzucił zamawiającemu w szczególności:

1. prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
2. bezpodstawne uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada siwz, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Unisoft, którego oferta zawiera nieusuwalne wady, zatem bezpodstawnie dokonał oceny jego oferty oraz zastosował wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy;
3. zaniechanie, na etapie badania oferty odwołującego, wezwania do wyjaśnienia treści oferty w zakresie 'licencji na zaoferowanie oprogramowanie oraz modułu bezpieczeństwa, a także założenie a priori, że wyjaśnienia prowadzić będą do uzupełnienie lub zmiany treści oferty.
3. Zamawiający zaniechał również poprawienia omyłek w ofercie odwołującego;
 4. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Unisoft, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Z ostrożności odwołujący zarzucił również, że zamawiający nie unieważnił przedmiotowego

postępowania.

Powyższe czynności oraz zaniechania naruszają w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy, art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 70(1) § 4 Kodeksu cywilnego, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, art. 24 ust. 4 ustawy, art. 26 ust. 1 i 3 lub 3a ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

- (1) unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego;
- (2) wykluczenie wykonawcy Unisoft ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub odrzucenie jego oferty ze względu na zaoferowanie, co najmniej urządzenia wielofunkcyjnego oraz systemu operacyjnego serwera niespełniających wymagań siwz;
- (3) alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów odwołania w zakresie odrzucenia oferty odwołującego oraz uwzględnienia zarzutów w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy Unisoft lub odrzucenia jego oferty, unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa - wynagrodzenia pełnomocnika.

W ocenie zamawiającego zaoferowane przez odwołującego oprogramowanie Windows Data Center 2016 + 50 CAL User nie dotyczy stacji klienckich, jakich oczekiwał zamawiający. Natomiast w ocenie odwołującego, ustalenia zamawiającego nie odpowiadają stanowi faktycznemu. Zaoferowane przez odwołującego licencje do oprogramowania systemowego są zgodne z wymaganiami określonymi w punkcie 3.1.12 Załącznika nr 1 do siwz. Ponadto, zaoferowane licencje CAL User zawierają w sobie uprawnienia dla dowolnych stacji klienckich (Device) czyli więcej niż, zawarte w nich, wymagania zamawiającego. Jednocześnie odwołujący zauważa, że w jego ocenie zaoferowane przez wykonawcę Unisoft oprogramowania systemowe (Windows Server Standard) nie spełnia wymagania punktu 3.1.12 (możliwość w ramach pojedynczej licencji zainstalowania min. 20 systemów wirtualnych) ponieważ pozwala na zainstalowanie co najwyżej dwóch systemów wirtualnych. a także nie jest wiadome ile łącznie licencji -dostępowych zaoferował ten wykonawca. Powyższe wskazuje na różne traktowanie poszczególnych wykonawców, co stanowi naruszenie podstawowych zasad zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy.

Według zamawiającego nie istnieje producent modułów bezpieczeństwa o nazwie ULTIMACO, a także nie wskazano nazwy modelu HSM. Odwołujący wyjaśnił, że podana w ofercie nazwa ULTIMACO zawiera omyłkę pisarską, którą zamawiający winien poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy. Oczywiście jest, że nie istnieje podmiot zajmujący się produkcją rozwiązań związanych z bezpieczeństwem danych, natomiast powszechnie znanym producentem jest firma UTIMACO. Firma UTIMACO oferuje dwa urządzenia HSM

przeznaczone do wbudowania w urządzenie (serwer): (CSe10, CSe100) , z których każde spełnia wymagania zawarte w załączniku nr 1 do siwz. Brak wskazania konkretnego modelu nie powoduje, że zamawiający nie otrzyma urządzenia HSM, a jedynie nie został wskazany jego model. W ocenie odwołującego nadmierny formalizm zamawiającego nie został już zastosowany odpowiednio do wykonawcy Unisoft, który wskazał nieistniejący model se10. Mając na uwadze, że zamawiający przewidział zastosowanie art. 24aa ustawy i przy założeniu, że procedura odwrócona została zastosowana, odwołujący zarzucił, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Unisoft. Wykonawca ten zaoferował monochromatyczne urządzenie wielofunkcyjne Lexmark model Mx711dhe (nr katalogowy 24T8063), które nie spełnia wymagania określonego w pkt 3.1.11 Załącznika nr 1 do siwz. W punkcie 1 (Typ urządzenia) w tabeli zamawiający wymagał urządzenia wielofunkcyjnego kolorowego A4, natomiast zaoferowane przez wykonawcę Unisoft urządzenie wielofunkcyjne Lexmark Mx711dhe' jest urządzeniem monochromatycznym. Niegodność ta jest oczywista, jednoznaczna i nieusuwalna. Powyższą niezgodność potwierdzają ogólnodostępne oficjalne dokumenty Lexmark, stanowiące załączniki do niniejszego odwołania.

W ocenie odwołującego wykonawca Unisoft, ze względu na wadę umocowania Pani B. N., nie wykazał spełniania zdolności technicznej lub zawodowej (wiedzy i doświadczenia), a zatem wobec powyższej niezgodności przedmiotowej brak było możliwości wezwania do uzupełnienia, o którym mowa w pkt 27 protokołu postępowania. Odwołujący wskazał również na zdecydowanie łagodniejsze badanie dokumentów podmiotowych wykonawcy Unisoft, które zawierały wiele sprzeczności pominiętych przez zamawiającego, w tym: pomijając już kwestię wadliwego pełnomocnictwa do złożenia zobowiązania firmy Seven Sp. z o.o., to JEDZ tego podmiotu wskazuje na wspólne ubieganie się o przedmiotowe zamówienie wraz z wykonawcą Unisoft, zakres zobowiązania Seven Sp. z o.o. nie odpowiada części zamówienia powierzonym podwykonawcy, które wykonawca Unisoft wskazał w swojej ofercie. Odwołujący zauważył, że nawet w przypadku nieuwzględnienia odwołania w zakresie oferty odwołującego, niezgodność oferty wykonawcy Unisoft powoduje, że przedmiotowe winno zostać unieważnione. Natomiast zamawiający wbrew powyższemu stanowi faktycznemu, a także wbrew przepisom ustawy zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy. Dodatkową argumentację na potwierdzenie powyższych zarzutów odwołujący zamierza przedstawić w oddzielnym piśmie procesowym przed rozprawą.

W dniu 13 września 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15 września 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił

swój udział wykonawca Aiut sp. z o.o. wskazując, że ma interes w unieważnieniu postępowania, gdyż w przypadku uwzględnienia zarzutu odwołania dotyczącego prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców orzeczenie Izby wpłynie na ocenę całego postępowania czyli również w częściach niezaskarżonych odwołaniem. W przypadku ponownego ogłoszenia postępowania zarówno odwołujący jak i Aiut będą mieli szansę uzyskania zamówienia. Aiut wskazał, że sformułowanie warunków siwz w częściach niezaskarżonych odwołaniem narusza art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż szczegółowe sformułowanie warunków pozwala spełnić wymagania tylko jednemu wykonawcy, który jest przez zamawiającego faworyzowany. Aiut podniósł, że interes w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której się przystępuje jest inną kategorią interesu niż interes wynikający z art. 179 ust. 1 ustawy i jest to interes w rozumieniu uczestnika w postępowaniu nieprocesowym, dla którego wystarczające jest zainteresowanie wynikiem sprawy. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 września 2017r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu 15 września 2017r.

W dniu 15 września 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Unisoft wskazując, że jego oferta na ten moment jest ofertą najkorzystniejszą i ma interes w tym, aby jego oferta nie została odrzucona. Wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego od odwołującego na jego rzecz według norm przepisanych. Wskazał, że zarzuty odwołania są chybione, a postępowanie prowadzono w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, proporcjonalnie i przejrzystie. Zgłoszenie podpisał prezes zarządu ujawniony w KRS i upoważniony do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 14 września 2017r.

W dniu 25 września 2017r. odwołujący cofnął zarzuty częściowo w części dotyczącej odrzucenia oferty odwołującego, a podtrzymał zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy UNISOFT lub odrzucenia jego oferty, a także zaniechania unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W dniu 26 września 2017r. Unisoft złożył pismo przygotowawcze, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie zarzutów podtrzymanych przez odwołującego podniósł, że jego urządzenie wielofunkcyjne spełnia wymagania siwz, na dowód czego dołączył oświadczenie producenta firmy LEXMARK. Co do pełnomocnictwa B N., to stwierdził, że

firma SEVEN będzie podwykonawcą w postępowaniu, co wynika z pkt. 14 formularza oferty, a załączone pełnomocnictwo upoważnia p. N. do reprezentowania spółki. Oferta uczestnika jednoznacznie identyfikuje charakter umocowania p. N., a UNISOFT złożył uzupełniony JEDZ i wyjaśnienia. Wyjaśnił, że zaoferowane przez niego rozwiązanie HSM Utimaco Se10 PCI jest zgodne z wymaganiami zamawiającego, co potwierdza załączony do pisma wydruk ze strony internetowej Utimaco wraz z tłumaczeniem.

Wykonawca Unisoft wskazał także, że zaoferował możliwość w ramach pojedynczej licencji zainstalowania min. 20 systemów wirtualnych, na dowód czego przedstawił korespondencję z producentem Microsoft.

Na posiedzeniu zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty UNISOFT w zakresie zarzutu dotyczącego możliwości zainstalowania w ramach 1 licencji min. 20 systemów wirtualnych oraz w zakresie urządzenia wielofunkcyjnego.

Przystępujący Unisoft złożył sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia.

Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego.

Izba na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy skierowała do rozpoznania na rozprawie odwołanie w części zarzutów uwzględnionych, których uwzględnieniu przystępujący Unisoft się sprzeciwił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, odpowiedzi zamawiającego stanowiące wyjaśnienie treści siwz, protokół postępowania wraz z ofertami złożonymi do części 1 zamówienia, dowody załączone do odwołania, do pisma wykonawcy Unisoft oraz na rozprawie.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że:

Załącznik nr 3 do formularza oferty - zamawiający wymagał podania : producenta oraz odpowiednio marki, modelu, numerów katalogowych, numerów produktów (jeśli istnieją)

Załącznik nr 1 do siwz

3.1.11. Urządzenie wielofunkcyjne: 1 szt.

1. Typ urządzenia Urządzenie wielofunkcyjne kolorowe A4
2. Podstawowe funkcje Funkcja drukowania, kopiowania, skanowania i faksowania
3. Funkcje faksu Przekierowywania faksów odbieranych na faks, email, do folderu, na FTP
4. Prędkość druku Min. 65 str./minuta Mono
5. Prędkość druku dwustronnego Min. 35 str. /minuta Mono
6. Czas wydruku pierwszej strony Poniżej 5 sekund
7. Ekran LCD Kolorowy, 7"
8. Szybkość skanowania dwustronnego 130 str./min.

9. Procesor 400 MHz
 10. Pamięć wbudowana 512 MB
 11. Dysk wbudowany 320 GB
 12. Drukowanie, kopiowanie i skanowanie dwustronne Tak, automatyczne drukowanie, kopiowanie i skanowanie dwustronne
 13. Podajnik papieru 300 arkuszy
 14. Podajnik uniwersalny 100 arkuszy
 15. Wyświetlacz Tak, kolorowy dotykowy wyświetlacz
 16. Obciążenie miesięczne 75 000 str.
 17. Obsługa tonerów Min. 6000 str. każdy z tonerów
 18. Interfejsy Wbudowane interfejsy sieci przewodowej i bezprzewodowej 802.11b/g/n
 19. Średni pobór mocy (tryb gotowości) <90W
 20. Wyposażenie standardowe Kabel zasilający, Kabel UTP 5m kat.6a
- Dodatkowy zestaw pełnowymiarowych tonerów tego samego producenta co oferowane urządzenie i w pełni kompatybilne z oferowanym urządzeniem
21. Gwarancja Minimum 36 miesięcy z czasem reakcji do następnego dnia roboczego, z naprawą w miejscu instalacji sprzętu

3.1.12. Oprogramowanie systemowe (serwer) – 1 szt. 1. 2.

Opis wymagań:

Licencja umożliwiająca połączenie i wykorzystywanie wszystkich dostępnych funkcjonalności serwera. Minimalne wymagane funkcjonalności:

- możliwość dokonywania aktualizacji i poprawek systemu przez Internet z możliwością wyboru instalowanych poprawek;
- możliwość dokonywania uaktualnień sterowników urządzeń przez Internet – witrynę producenta systemu;
- darmowe aktualizacje w ramach wersji systemu operacyjnego przez Internet (niezbędne aktualizacje, poprawki, biuletyny bezpieczeństwa muszą być dostarczane bez dodatkowych opłat) - wymagane podanie nazwy strony serwera www;
- internetowa aktualizacja zapewniona w języku polskim;
- wbudowana zaporę internetową (firewall) dla ochrony połączeń internetowych; zintegrowana z systemem konsola do zarządzania ustawieniami zapory i regułami ip v4 i v6;
- zlokalizowane w języku polskim, co najmniej następujące elementy: menu, pomoc, komunikaty systemowe;
- możliwość uruchomienia kontrolera domeny;
- możliwość uruchomienia kontrolera domeny tylko do odczytu;
- możliwość uruchomienia serwera DNS;
- możliwość uruchomienia serwera usług terminalowych;

- obsługa zdalnego pulpitu - RDS;
- możliwość zdalnej automatycznej instalacji, konfiguracji, administrowania oraz aktualizowania systemu;
- możliwość w ramach pojedynczej licencji zainstalowania min. 20 systemów wirtualnych;
- obsługa certyfikatów w usłudze katalogowej;
- obsługa drzewa katalogowego;
- Zamawiający nie dopuszcza dostawy licencji ograniczonych czasowo.
- Licencje muszą pozwalać na przenoszenie pomiędzy stacjami roboczymi/serwerami

Wykonawca dostarczy wraz z oprogramowaniem 25 szt. (a łącznie dla dwóch sztuk oprogramowania systemowego 50 sztuk) licencji dostępowych do serwera, zapewniających możliwość równoległego zarządzania wybranymi usługami przez administratorów serwera a także dostęp do zasobów serwera dla określonej liczby stacji klienckich.

2. Wdrożenie W ramach wdrożenia Wykonawca zainstaluje system operacyjny na dostarczonym serwerze oraz utworzy usługę katalogową.

Ze strony 5 oferty Unisoft wynika, że firma ta zamierza korzystać z podwykonawcy w zakresie dostawy środków trwałych i wartości niematerialnych i prawnych wraz z uruchomieniem, szkolenia dla administratora w wdrożonych rozwiązaniach sprzętowych oraz modernizacji strony www do standardów WCAG 2.0, zaś na zasobach podmiotów trzecich polega w zakresie zdolności zawodowej. Nazw podwykonawców nie wskazano. Na str. 12 oferty w JEDZ Unisoft wskazano, że wykonawca zamierza polegać na zasobach innych podmiotów i nie wskazano, czy zamierza czy nie zlecić osobom trzecim podwykonawstwo. Z JEDZa Seven sp. z o.o. str. 26 wynika, że bierze udział w postępowaniu wspólnie z Unisoft sp. z o.o. i jest odpowiedzialny za dostawę środków trwałych i wartości niematerialnych i prawnych wraz z uruchomieniem: macierz dyskowa 1 szt, serwer pod aplikacje wraz z infrastrukturą niezbędną do zabezpieczenia e-usług 1 kpl, oprogramowanie do wirtualizacji 1 szt., oprogramowanie do inwentaryzacji sprzętu i oprogramowania 1 szt, oprogramowanie do archiwizacji danych – 1 szt, przełącznik sieciowy switch – 1 szt., zasilacz awaryjny UPS – 1 szt., urządzenie firewall – 1 szt, notebook 2 szt, zestawy komputerowe – 15 szt, urządzenie wielofunkcyjne 1 szt, oprogramowanie systemowe (serwer) 1 szt, szkolenie dla administratora z wdrożonych rozwiązań sprzętowych.

W załączniku nr 3 do oferty na str. 37, 38 i 39 Unisoft podał w pkt. 2 Urządzenie HSM TAK, Utimaco se10, w pkt. 11. Urządzenie wielofunkcyjne tak, producent Lexmark, marka Lexmark, model Mx711dhe, nr katalogowy 24T8063, w pkt. 12. Oprogramowanie systemowe (serwer) tak, producent Microsoft, marka Microsoft, model Windows Serwer Standard Core 2016 Single OLP 16 Lic NL Core License, nr katalogowy 9EM-00118 wraz z licencjami dostępowymi, producent Microsoft, marka Microsoft, model Windows Server CAL 2016

Single OLP NL Device CAL nr katalogowy R18-05121.

Z wydruku ze strony www.lexmark.com wynika, że urządzenie wielofunkcyjne Lexmark Mx711dhe o nr katalogowym 24T8063 jest urządzeniem monochromatycznym. Z podręcznika użytkownika Lexmark MX710, MX711, MX717, MX718 wynika, że menu drukarki wyświetla komunikat „toner czarny”

W dniu 29 sierpnia 2017r. zamawiający wezwał UNISOFT do uzupełnienia JEDZ Unisoft w części II lit. D, części III lit. A i B oraz wskazanie, czy informacje dotyczące niektórych podstaw wykluczenia mogą być bezpłatnie uzyskane przez instytucje z bazy danych państwa członkowskiego UE, uzupełnienia JEDZa dla podwykonawcy w zakresie części III sekcji A i B.

W dniu 31 sierpnia 2017r. wykonawca Unisoft uzupełnił JEDZe oraz wyjaśnił, że Unisoft nie wypełnił części II sekcji D, gdyż będzie wykonywał zamówienie przy udziale podwykonawcy (pkt. 14 tabela wiersz 2 kolumna 2 – zakres powierzonych do wykonania prac), na zdolności którego będzie polegał zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy. Wskazał na wyrok KIO sygn. akt KIO 2334/16 i oświadczył, że w JEDZ podwykonawcy poprawiono oczywistą omyłkę w zakresie części II sekcja A – zaznaczono „NIE”, co do roli SEVEN w tym postępowaniu, który będzie podwykonawcą. JEDZ Seven został podpisany przez prezesa zarządu. Do JEDZy dołączono pełnomocnictwo Unisoft dla K. J. udzielone przez prezesa zarządu.

W dniu 1 września 2017r. zamawiający wezwał wykonawcę UNISOFT w trybie art. 26 ust. 2 ustawy do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia oraz potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego tj. dokumentów określonych w punkcie 8.7.1.1. siwz, dokumentów określonych w punkcie 8.7.2 siwz, dokumentów określonych w punkcie 8.7.3 siwz z wyjątkiem ppkt. 4.

W dniu 12 września 2017r. Unisoft złożył wymagane dokumenty w tym: Wykaz dostaw wraz z referencjami.

W dniu 18 września 2017r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 ustawy wezwał wykonawcę do wyjaśnień, że zaoferowane oprogramowanie systemowe nie spełnia wymagań punktu 3.1.12 ponieważ pozwala na zainstalowanie co najwyżej 2 systemów wirtualnych, wskazany model urządzenia HSM (se10) nie istnieje, zaproponowane urządzenie wielofunkcyjne nie spełnia wymagań punktu 3.1.11.

W dniu 20 września 2017r. przystępujący Unisoft oświadczył, że zaoferowany przez niego wraz z licencjami system Windows Server Standard spełnia wymagania zamawiającego. Zaoferowane rozwiązanie HSM Utimaco Se10 PCI jest zgodne z wymaganiami zamawiającego i urządzenie wielofunkcyjne producenta Lexmark spełnia wszystkie wymagania zamawiającego.

Z załączonych do tych wyjaśnień dokumentów wynika, że Server Development Manager z

firmy Microsoft sp. z o.o. oświadczył na pytanie proszę o potwierdzenie, że w ramach pojedynczej licencji Windows Server Standard Core 2016 SNGL OLP 16Lic NL Core Lic nr katalogowy 9EM-00118 istnieje możliwość zainstalowania min. 20 systemów wirtualnych, potwierdził, że w ramach tej licencji istnieje możliwość zainstalowania nieograniczonej liczby systemów wirtualnych.

Z oświadczenia firmy Lexmark International Polska sp. z o.o. z dnia 13 września 2017r. wynika, że urządzenie Lexmark Mx711dhe jest urządzeniem poza wymaganiami siwz realizującym skanowanie czy faksowanie w kolorze i spełnia wszystkie wymienione w tym oświadczeniu, a zgodne z pkt. 3.1.11 siwz wymagania.

Z porównania wersji Standard i DataCenter systemu Windows Server 2016 wynika, że dla możliwości używania jako gościa wirtualnego wizualizacji wersja Standard oferuje tę funkcjonalność dla 2 maszyn wirtualnych i 1 hosta funkcji Hyper V na licencję, a wersja DataCenter nieograniczoną liczbę maszyn wirtualnych i 1 host funkcji Hyper na licencję.

Izba dokonała następujących ustaleń na podstawie powyższego materiału dowodowego: w zakresie pkt. 3.1.11 zamawiający wymagał urządzenia wielofunkcyjnego kolorowego A4, przy czym szczegółowy wymóg koloru postawił przy ekranie LCD i wyświetlaczu, natomiast przy szczegółowych wymogach dotyczących skanowania, faksowania, czy drukowania zamawiający nie odnosił się w ogóle do kwestii w jakiej skali barwowej mają te czynności być wykonywane. Tym samym brak jest wzorca wynikającego z siwz nakazującego odnośnie słowa „kolorowa” do innych wymagań szczegółowych niż ekran LCD i wyświetlacz, to że zamawiający posłużył się pojęciem toner w liczbie mnogiej nie dowodzi bezspornie, że chodziło tu o tonery w innym kolorze niż czarny, a odwołujący nie wykazał, że w drukarkach monochromatycznych nie występuje więcej niż 1 toner czarny. Izba ustaliła także, że zamawiający nie postawił wymogu obsługi użytkowników na min. 20 systemach wirtualnych, ale wyłącznie możliwości zainstalowania takiej ilości systemów, odwołujący nie wykazał, że system Windows Server Standard 2016 nie posiada możliwości zainstalowania takiej ilości systemów wirtualnych, a przystępujący wykazał za pomocą korespondencji z firmą Microsoft sp. z o.o., że taka instalacja jest możliwa. O ile Izba rozumie stanowisko odwołującego, co do przeciętnego rozumienia pojęcia urządzenie wielofunkcyjne kolorowe jako odnoszącego się do urządzenia mogącego drukować w kolorze, to jednak nie oznacza, że takie rozumienie tego pojęcia da się wywieść z treści siwz. Zamawiający opisał swoje wymagania w sposób szczegółowy wskazując jak rozumie pojęcie kolorowy i nie podjął polemiki ze sprzeciwem w tym zakresie. Analogiczna sytuacja dotyczy wymogu „możliwości zainstalowania min. 20 systemów wirtualnych”, aczkolwiek Izba rozumie stanowisko odwołującego, co do tego, że nieracjonalne jest żądanie instalowania czegoś, czego następnie w ramach licencji nie będzie można używać, jednak to zamawiający jako gospodarz postępowania określa swoje potrzeby i ma to w myśl art. 29 ust. 1 ustawy zrobić

w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych określeń i niewątpliwie takich określeń zamawiający użył i na obecnym etapie nie jest dopuszczalne dokonywanie ich wykładni i ustalanie znaczenia, w sposób niezgodny z literalnym brzmieniem wymogu. To czy zamawiający miał, czy nie miał świadomości racjonalności swoich potrzeb nie podlega ocenie przez Izbę na etapie po upływie terminu składania ofert.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 14 ust. 1 ustawy - Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 26 ust. 1 ustawy - Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Art. 89 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 93 ust. 1 ustawy - Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.

Art. 70 (1) § 4 kc - Organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu.

W ocenie Izby art. 38 ust. 4 ustawy, stanowiący o możliwości zmiany siwz jedynie przed upływem terminu składania ofert w związku z art. 82 ust. 3 stanowiący o zgodności oferty z treścią siwz i art. 91 ust. 1 ustawy wskazujący na konieczność oceny ofert w kryteriach przyjętych w siwz - stanowi odrębną własną regulację ustawy, a zatem w tym zakresie nie zachodzi odesłanie do przepisów kodeksu cywilnego w rozumieniu art. 14 ustawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy, a opozycji strony nie zgłaszały.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

W ocenie Izby odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, przy czym Izba w tym zakresie podziela i uznaje za własne stanowisko TSUE wyrażone w wyroku powołanym przez odwołującego w odwołaniu.

Tym samym przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Unisoft.

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i zgromadzonego materiału dowodowego treść oferty przystępującego Unisoft odpowiada treści siwz w jej literalnym brzmieniu tak w zakresie pkt. 3.1.11, jak i pkt. 3.1.12 tiret 5 załącznika nr 1 do siwz. Tym samym nie było podstawy do dokonania subsumpcji ustalonego stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i Izba doszła do przekonania, że zamawiający prawidłowo nie zastosował tej normy wobec oferty przystępującego Unisoft.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców.

Zarzut nie potwierdził się. Izba ustaliła, że zamawiający prawidłowo ocenił, że oferta przystępującego Unisoft spełnia wymagania siwz, a jednocześnie odwołujący cofnął zarzuty związane z oceną swojej oferty, tym samym Izba nie miała wzorca do porównania równości traktowania wykonawców, gdyż niejako cofnięciem odwołania odwołujący przyznał, że czynność odrzucenia jego oferty była prawidłowa. Tym samym zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania.

Zarzut nie potwierdził się. W świetle art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy do unieważnienia postępowania może dojść, gdy nie zostaną złożone żadne ważne oferty. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i zgromadzonego materiału dowodowego oferta przystępującego Unisoft jest zgodna z treścią siwz, a zatem ważna. Inne zarzuty związane z badaniem i oceną tej oferty odwołujący cofnął, a zatem Izba nie mogła w świetle art. 192 ust. 7 ustawy

zbadać ich zasadności. Tym samym w postępowaniu w części 1 pozostała 1 ważna oferta, a w konsekwencji zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 186 ust. 4, art. 187 ust. 8, art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 sentencji umorzyła postępowanie odwoławcze, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów zaniechania odrzucenia oferty Unisoft jako niespełniającej treści siwz w zakresie urządzenia wielofunkcyjnego i możliwości zainstalowania min. 20 systemów wirtualnych w ramach 1 licencji, a odwołujący cofnął pozostałe zarzuty. Sprzeciw przystępującego Unisoft był częściowy jedynie, co do zarzutów uwzględnionych. Wobec powyższego rozstrzygnięcie odwołań w części, której nie dotyczył już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musiała znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17.

Ponadto zauważenia wymaga, stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach, - które jest w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j.

postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Dodatkowo pominięcie postanowienia o umorzeniu postępowania w sentencji wyroku, może prowadzić do sytuacji pozbawienia stron lub uczestnika postępowania prawa do sądu. Przykładowo na czynność częściowego umorzenia jak w niniejszej sprawie przysługuje bowiem sprzeciw wykonawcy, zawarcie zatem jedynie w uzasadnieniu wyroku informacji o uwzględnieniu przez zamawiającego zarzutów w części, przy jednoczesnym nieprawidłowym ustaleniu przez Izbę, że nie został wniesiony sprzeciw, powoduje, że uczestnik postępowania zostaje pozbawiony możliwości eliminacji tego błędu proceduralnego Izby w drodze kontroli instancyjnej, gdyż w sentencji orzeczenia brak jest substratu zaskarżenia. Natomiast w sytuacji, gdy Izba w wyroku postanowieniem częściowym umorzy postępowanie, mimo skutecznego wniesienia sprzeciwu, uczestnikowi prawo skarżenia tej części orzeczenia będzie w ocenie Izby przysługiwało.

Wobec powyższego orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2sentencji, ma charakter merytoryczny, gdyż odnosi się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 sentencji ma charakter formalny, gdyż dotyczy umorzenia postępowania, wobec wycofania części zarzutów, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Analogiczna sytuacja ma zatem miejsce w przypadku umorzenia postępowania w treści wyroku. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: