

Sygn. akt: KIO 1814/11

**WYROK**

**z dnia 7 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Bibliotekę Śląską w Katowicach, pl. Rady Europy 1, 40-021 Katowice**,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Biblioteka Śląska w Katowicach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu komputerowego dla projektu „Śląska Internetowa Biblioteka Zbiorów Zabytkowych”.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu części czwartej - Serwery i Macierze. Jako podstawę unieważnienia wskazał art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa p.z.p.], gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. odrzucił m.in. ofertę wykonawcy ADT Group Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Wobec takich czynności zamawiającego w dniu 22 sierpnia 2011 r. odwołanie złożył wykonawca ADT Group Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszeniu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p., poprzez bezprawne unieważnienie przedmiotowego postępowania i uznanie, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,
- 2) naruszeniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., poprzez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego i bezprawne uznanie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także SIWZ],
- 3) naruszeniu innych przepisów, które wynikają pośrednio lub bezpośrednio z uzasadnienia odwołania.

Wobec powyższych naruszeń odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, uznanie, iż odwołujący złożył ważną ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a co za tym idzie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, z uwagi na fakt złożenia ważnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż zasadniczą częścią przedmiotowego postępowania jest dostawa sprzętu komputerowego, a zatem materialna część komputera. Podnosił, iż tylko co do sprzętu wykonawcy zobowiązani byli do podania nazwy typu oraz nazwy producenta, brak było takiego wymogu co do oprogramowania. W ocenie odwołującego wobec braku żądania podania nazwy typu oraz nazwy producenta wymaganego oprogramowania za wiążące i wystarczające należało uznać oświadczenie złożone przez odwołującego w formularzu ofertowym: „oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ i wszystkich załącznikach do niej”. Dalej odwołujący podnosił, iż zamawiający z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy p.z.p. odrzucił jego ofertę, gdyż wykonawcy zobowiązani byli do podania danych dotyczących oferowanego sprzętu a co do oprogramowania i usług złożyli oświadczenie o realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, zatem, dane dotyczące oprogramowania i usług w zakresie żądania wyjaśnień przez zamawiającego nie są treścią oferty wykonawcy i jako takie nie mogły podlegać ocenie, z uwagi na fakt, iż żądanie powyższych danych nie znajduje oparcia w przepisach prawa, a także wymaganiach zamawiającego.

W zakresie uznania przez zamawiającego, że oferowane oprogramowanie nie spełnia wymogów SIWZ odwołujący wykazywał co następuje:

„(...) Backupowanie, czyli wykonanie kopii zapasowej danych (skopiowanie danych poprzez sieć komputerową), możliwe jest na wiele różnych sposobów. W szczególności, na przykład przy wykorzystaniu dedykowanych agentów instalowanych na kliencie backupu, ewentualnie przy wykorzystaniu standardowych usług systemowych uruchomionych na kliencie i serwerze backupu. Wskazać należy, iż w przypadku oferowanego systemu sposób backupu uzależniony będzie od systemu operacyjnego zainstalowanego na serwerach części 4.7. Gdy na serwerach tych zainstalowany zostanie oferowany system wirtualnego środowiska Windows Server DataCenter z Microsoft Hyper-V, backup (kopia zapasowa) maszyn gości Linux/Windows oraz systemu hostującego te maszyny, wykonany zostanie za pomocą agentów zaoferowanego oprogramowania, które zawarte są w licencji SYMC BACKUP EXEC 2010 MICROSOFT HYPER-V SUITE WIN PER HOST SERVER. Wskazać należy także, iż alternatywną metodą wykonywania kopii zapasowych systemów Windows oraz Linux jest wykorzystanie wbudowanych w te systemy usług oraz ich integracja z zaoferowanym oprogramowaniem backupowym (licencja SYMC BACKUP EXEC 2010 SERVER WIN PER SERVER). Licencja ta, przy wykorzystaniu usług:

- Windows Services for Network File System (NFS), Windows SMB dla serwera backupu Windows
- Windows SMB dla klientów backupu Windows
- Linux NFS oraz Linux SAMBA dla klientów backupu Linux

pozwala na wykonanie kopii zapasowej (backup) systemów zarówno Linux, jak i Windows.

W szczególności gdy na serwerach z części 4.7 (na platformie sprzętowej) zainstalowany zostanie system operacyjny Linux, w celu wykonania backupu wykorzystana zostanie licencja SYMC BACKUP EXEC 2010 SERVER WIN PER SERVER oraz usługi systemowe standardowo dostępne w tychże systemach. Po stronie Klienta backupu (system operacyjny Linux) wykorzystane zostaną usługi udostępniania danych poprzez sieć - Linux NFS oraz ewentualnie SAMBA. Natomiast po stronie serwera backupu wykorzystana zostanie licencja SYMC BACKUP EXEC 2010 SERVER WIN PER SERVER oraz usługi Windows Services for Network File System (NFS) oraz ewentualnie Windows SMB. Powyższe wyjaśnienia

wskazują, iż Zamawiający bezprawnie odrzucił ofertę Odwołującego także i na podstawie danych, które zostały uzupełnione w wyniku wezwania do uzupełnienia i wyjaśnień.”.

Odnośnie zaoferowanego oprogramowania Windows Server 2008 R2 DataCenter odwołujący podnosił iż stanowi ono kompletny system operacyjny posiadający licencję na uruchomienie dowolnej liczby maszyn wirtualnych (guestów) opartych o ten sam system bez konieczności zakupu dodatkowych licencji. System nie wymaga dodatkowych licencji per klient (licencji CAL). Odwołujący powoływał się na warunki używania licencji Microsoft Windows Serwer 2008 R2 DataCenter „Postanowienia Licencyjne dotyczące oprogramowania Microsoft, Microsoft Windows Ser/er 2008 R2 DataCenter” dostępne na stronie producenta. Wskazywał, że zgodnie z powyższym dokumentem „(...)Licencje Dostępu Klienta nie są wymagane w przypadku wystąpień uruchomionych w fizycznym środowisku systemu operacyjnego używanych wyłącznie w celu:

1. uruchomienia oprogramowania do wirtualizacji sprzętu,
2. świadczenia usług wirtualizacji sprzętu,
3. uruchomienia oprogramowania do zarządzania środowiskami systemu operacyjnego i ich obsługi na licencjonowanym serwerze.

Odwołujący podkreślał, iż wszystkie funkcje i role systemu opisane przez zamawiającego w SIWZ spełniają wymogi producenta systemu, odnośnie braku konieczności stosowania licencji dostępowych Klienta (licencji typu CAL) do systemu wirtualnego środowiska.

W zakresie wymogu przeprowadzenia autoryzowanego szkolenia odwołujący wskazywał, iż jako partner usługowy firmy NetApp (status NetApp oraz NetApp APSP) posiada wszelkie niezbędne autoryzacje do świadczenia usług szkoleniowych NetApp.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający Biblioteka Śląska w Katowicach prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu komputerowego dla projektu „Śląska Internetowa Biblioteka Zbiorów Zabytkowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 101-165737.

Zgodnie z pkt I.2. SIWZ zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Opis poszczególnych części, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zamawiający zawarł w załącznik nr 2 do SIWZ. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ część IV obejmowała dostawę Serwerów i macierzy. Izba ustaliła, iż w zakresie pkt 4.4 Macierzy dyskowych – software, odnośnie oprogramowania do kopii zapasowej (backupu) zamawiający postawił wymóg, iż „(...) Oprogramowanie posiada licencję pozwalającą na backupowanie klientów opartych o środowiska Linux i Windows.”. W zakresie pkt 4.8 System wirtualnego środowiska +

wsparcie 3 lata: „(...) Kompletny system operacyjny będący na liście kompatybilności macierzy 4-2 i 4-3, z trzyletnim pakietem wsparcia uprawniającym do aktualizacji systemu do najnowszej wersji. System posiada licencję pozwalającą na uruchomienie dowolnej liczby maszyn wirtualnych (guestów) opartych o ten sam system bez konieczności zakupu dodatkowych licencji. System nie wymaga dodatkowych licencji per klient (licencji typu CAL)”. W zakresie pkt 4.12 Szkolenie administracji: macierz dyskowa zamawiający postawił wymóg: „(...) Autoryzowane co najmniej czterodniowe szkolenie z zakresu macierzy 4-2 i 4-3. (...) Szkolenie będzie się odbywać na terenie Katowic lub wykonawca pokryje koszty transportu i noclegu w przypadku miejsca szkolenia innego niż Katowice.”.

Izba ustaliła również, iż zgodnie z pkt IV.4.1. SIWZ zamawiający wymagał przedłożenia szczegółowego opisu technicznego oferowanego sprzętu, zawierającego wszystkie elementy, o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ. Dokument ten wymagany był na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymogów postawionych przez zamawiającego.

Do upływu terminu składania ofert w ramach części 4 swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Technology Space S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 2) Konsorcjum firm: Login Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz Veganet Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu;
- 3) Comtegra Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie;
- 4) ADT Group Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Wobec odrzucenia wszystkich złożonych w ramach części 4 ofert, zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p. unieważnił przedmiotowe postępowanie. Izba ustalił również, iż wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. tj. z uwagi na niezgodność treści złożonych ofert z treścią SIWZ.

Czynności te leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż

odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż skoro zamawiający wymagał złożenia szczegółowego opisu technicznego oferowanego sprzętu zawierającego wszystkie elementy o których mowa w załączniku nr 2 do SIWZ (pkt IV.4.1 SIWZ) to nieuprawnione jest zawężanie przez odwołującego do podania jedynie parametrów sprzętu z pominięciem oprogramowania. Bezsprzeczne jest, iż przedmiotem zamówienia jest i sprzęt i oprogramowanie, dlatego nie sposób podzielić stanowisko odwołującego, iż „(...) dane dotyczące oprogramowania i usług w zakresie żądania wyjaśnić przez Zamawiającego nie są treścią oferty Wykonawcy i jako takie nie mogą podlegać ocenie, z uwagi na fakt, iż żądanie powyższych danych nie znajduje oparcia w przepisach prawa, a także wymaganiach zamawiającego”. Izba stoi na stanowisku, że skoro na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wszystkich wymagań określonych w załączniku nr 2 do SIWZ zamawiający żądał szczegółowego opisu technicznego to w opisie tym winny były się znaleźć również wszelkie niezbędne dane oferowanego oprogramowania, co dałoby zamawiającemu podstawę do oceny zgodności oferty z SIWZ. Nie ma wątpliwości, iż powyższy dokument mieści się w katalogu dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. i jako taki mógł być przedmiotem zarówno uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p., jak i wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p.

W zakresie wymogu z pkt 4.4. załącznika nr 2 do SIWZ Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Jak słusznie zauważył odwołujący zamawiający nie wymagał przedłożenia opisu sposobu implementacji, wdrożenia oprogramowania, a jedynie jego zainstalowania i konfiguracji na dostarczonych serwerach. Wymóg taki nie pojawiał się również w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, czy też uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. z dnia 18 lipca 2011 r. Należy wziąć pod uwagę, iż na rozprawie zamawiający przyznał, że skoro system backup będzie wykorzystywał system udostępniania plików to wyczerpuje to jego wymagania określone w SIWZ. Izba wskazuje, iż oferta odwołującego w tym zakresie nie uległa zmianie ani uzupełnieniu. Powyższe przesądza o zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie wymogu z pkt 4.4 załącznika nr 2 do SIWZ.

W zakresie wymogu z pkt 4.8 załącznika nr 2 do SIWZ, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego uznając, iż oferta odwołującego w zakresie wymogu „system nie wymaga dodatkowych licencji per klient (licencji typu CAL) jest niezgodna z treścią SIWZ. Należy zauważyć, iż przywoływane przez odwołującego postanowienia licencyjne dotyczące oprogramowania Microsoft Windows Server 2008 R2 DataCenter faktycznie wskazują, iż licencje Dostępu Klienta nie są wymagane w przypadku wystąpień uruchomionych w fizycznym środowisku systemu operacyjnego ale używanych wyłącznie do celu:

1. uruchomienia oprogramowania do wirtualizacji sprzętu,

2. świadczenia usług wirtualizacji sprzętu,
3. uruchomienia oprogramowania do zarządzania środowiskami systemu operacyjnego i ich obsługi na licencjonowanym serwerze.

Zamawiający wymogu, aby oferowany system wirtualnego środowiska nie wymagał dodatkowych licencji typu CAL nie ograniczył do enumeratywnie wskazanych sytuacji, przypadków, zastosowań. Wobec stwierdzenia, „system nie wymaga dodatkowych licencji” zastrzeżenie to należało odczytywać, jako bez ograniczeń. Sam odwołujący wskazał, że „(...) Nie należy mylić wymagania Zamawiającego ze stosowanym obecnie dla każdego dostępnego na rynku rozwiązaniem polegającego na tym, że dostęp na poziomie wyższym - wyłącznie do maszyn gości uruchomionych na warstwie wirtualnego środowiska - może wymagać stosowania licencji dostępowych Klienta. Zgodnie z ideą wirtualizacji warstwy sprzętowej (serwerów), system wirtualnego środowiska służyć będzie do uruchomienia kolejnej warstwy oprogramowania systemowego - maszyn gości typu Windows oraz typu Linux. Dostęp do maszyn gości uruchomionych na warstwie systemu wirtualnego środowiska może wymagać stosowania licencji dostępowych Klienta.”. Powyższe wskazuje, iż sam odwołujący przewiduje sytuacje, w których konieczne będzie pozyskanie dodatkowych licencji typu CAL aby można było korzystać z systemu wirtualnego środowiska. Izba wzięła również pod uwagę informacje pozyskane przez zamawiającego od producenta oprogramowania. Zgodnie z odpowiedzią Microsoft przy zakupie oprogramowania Windows Server DataCenter [oprogramowanie zaoferowane przez odwołującego], który licencjonowany jest na procesor, nadal wymagane są usługi dostępowe CAL. Nie ma innej możliwości licencjonowania Windows Server, niż wykupywanie CAL dla użytkowników wewnętrznych. Mając na względzie powyższe, zamawiający słusznie uznał, iż oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ tj. pkt 4.8 załącznika nr 2 do SIWZ i jako taka winna być odrzucona.

W zakresie wymogu z pkt 4.12 załącznika nr 2 do SIWZ Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Nie ma wątpliwości, iż odwołujący uprawniony jest do przeprowadzania autoryzowanych szkoleń z zakresu macierzy dyskowych firmy NetApp zaoferowanych przez odwołującego. Izba wzięła pod uwagę załączone do odwołania oświadczenie producenta zaoferowanych macierzy dyskowych potwierdzające uprawnienie odwołującego do świadczenia usług szkoleniowych związanych z rozwiązaniami NetApp posiadających autoryzację producenta. Powyższe przesądza o zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ co do wymogu z pkt 4.12 załącznika nr 2 do SIWZ.

Mając na względzie powyższe wobec potwierdzenia się niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, (co do pkt 4.8 zał. Nr 2 do SIWZ) Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. i w konsekwencji zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania. Ponadto Izba wskazuje, iż zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Wobec nieprzedłożenia przez zamawiającego żadnych rachunków, Izba nie zasądziła na jego rzecz żadnych kosztów.

**Przewodniczący:**

.....