

Sygn. akt: KIO/UZP 1413/09

**WYROK**  
**z dnia 23 listopada 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Członkowie:** Małgorzata Rakowska  
Małgorzata Stręciwiłk

**Protokolant:** Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: WINUEL Spółkę Akcyjną (lider), Sygnity Spółkę Akcyjną, z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 54-429 Wrocław, ul. Strzegomska 140a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna, 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4** protestu z dnia 25 sierpnia 2009 r.

przy udziale **WASKO Spółka Akcyjna, 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: WINUEL Spółkę Akcyjną (lider), Sygnity Spółkę Akcyjną, z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 54-429 Wrocław, ul. Strzegomska 140a**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: WINUEL Spółkę Akcyjną (lider), Sygnity Spółkę Akcyjną, z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 54-429 Wrocław, ul. Strzegomska 140a,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: WINUEL Spółki Akcyjnej (lider), Sygnity Spółki Akcyjnej, z siedzibą dla lidera Konsorcjum: 54-429 Wrocław, ul. Strzegomska 140a.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., 02-337 Warszawa - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i wdrożenie systemu wymiany informacji.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 25 sierpnia 2009 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. WINUEL S.A. (lider), 54-429 Wrocław, ul. Strzegomska 140a oraz SYGNITY S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 wnieśli protest do zamawiającego na jego czynności podjęte w toku postępowania polegające na:

- 1) uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach (44-100), przy ul. Berbeckiego 6, mimo że oferta ta nie byłaby najkorzystniejszą w przypadku dokonania oceny oferty protestującego,
- 2) odrzuceniu oferty Konsorcjum WINUEL, pomimo że oferta ta nie podlega odrzuceniu, bowiem spełnia wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
- 3) nie dokonaniu poprawnej czynności oceny ofert, tj. nie dokonaniu oceny oferty Konsorcjum WINUEL, która winna podlegać ocenie,
- 4) ewentualnie, nie wezwaniu Konsorcjum WINUEL do złożenia wszystkich wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
- 5) nie wybraniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum WINUEL.

Oprotestowanym czynnościom protestujący zarzucił:

- dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp
- naruszenie zasad określonych przepisem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nie dokonanie poprawnej oceny wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu,
- naruszenie zasad określonych przepisem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum WINUEL,
- naruszenie przepisów art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum WINUEL, której treść odpowiada SIWZ i nie podlega odrzuceniu.

Wobec powyższego protestujący zażądał:

- unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum WINUEL, która nie podlega odrzuceniu, bowiem spełnia wymagania SIWZ i powinna być poddana ocenie,
- powtórzenie czynności oceny ofert spełniających wymagania SIWZ,

- wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum WINUEL.

Pismem z dnia 7 września 2009 roku zamawiający oddalił protest. W dniu 17 września 2009 roku pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego konsorcjum WINUEL wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w załączniku Nr 3 do SIWZ określił reguły punktowania ofert z uwagi na koncepcję. Zamawiający określił, iż w przypadku, gdy oferowane rozwiązanie jest w chwili obecnej gotowe do realizacji wymogu zawartego w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do projektu umowy) to nie wymaga napisania oprogramowania na etapie wdrożenia systemu i odpowiednio konieczność napisania oprogramowania na etapie wdrożenia systemu oznacza, iż rozwiązanie nie jest w chwili obecnej gotowe. Zamawiający w przedmiotowym kryterium oceny ofert punktował rozwiązania, które w chwili obecnej są gotowe do realizacji wymogu zawartego w opisie przedmiotu zamówienia (zał. nr 1 do projektu umowy).

Dodatkowo zamawiający wymagał, aby koncepcję Systemu Wymiany Informacji przygotować jako tabelę, zgodnie z treścią załącznika nr 3 do SIWZ, gdzie dopuścił tylko 2 możliwości odpowiedzi w Formularzu funkcjonalności:

„TAK”, gdy oferowane rozwiązanie jest w chwili obecnej gotowe do realizacji przez wykonawcę i „NIE”, gdy oferowane rozwiązanie wymaga napisania dodatkowego oprogramowania podczas wdrażania systemu.

Zgodnie z treścią oferty (strony 104, 106, 107 i 140 oferty) odwołujący się oświadczył, iż w zakresie funkcjonalności opisanej w pkt. 5.9, 8.2, 8.3, 8.5, 9.1, 9.2 oraz 30.1 załącznika nr 1 do projektu umowy (zał. nr 4 do SIWZ) oferowane rozwiązanie jest w chwili obecnej gotowe do realizacji wymogu i jednocześnie wskazał, iż wymaga napisania na etapie wdrożenia systemu. Zamawiający uznał wobec tego, że treść oferty jest niezgodna z rozdziałem XVI SIWZ oraz załącznikiem nr 3 do SIWZ.

Zgodnie z warunkiem wskazanym w pkt 8 ppkt 8.3 w zał. nr 1 do SIWZ serwery w momencie dostarczenia powinny być wyskalowane nadmiarowo posiadając moc obliczeniową co najmniej o 200% większą niż wymagana dla SWI w chwili dostarczenia (tzn. powinny być przeskalowane 3-krotnie). Ponadto, jak wynika z § 2.3.3 projektu umowy (zał. nr 4 do SIWZ) w ramach wykonania przedmiotu umowy wykonawca zobowiązuje się w szczególności do importu niezbędnych danych, wskazanych przez zamawiającego, z

Systemów współpracujących do SWI oraz zachowanie ich spójności i integralności w SWI, w ramach wdrożenia SWI.

Ponadto w piśmie z dnia 3 lutego 2009 roku OGP/537/2009 roku – pytanie i odpowiedź nr 86 – zamawiający na pytanie jednego z wykonawców – czy zaoferowanie serwerów z możliwością dwukrotnego zwiększenia mocy obliczeniowej spełnia wymaganie opisane w pkt 8 załącznika nr 1 do projektu umowy (zał. nr 4 do SIWZ) udzielił następującej odpowiedzi:

„Nie, zaoferowanie serwerów z możliwością dwukrotnego zwiększenia mocy obliczeniowej nie spełnia ww. wymagania, ponieważ „co najmniej” gwarantuje również wartość większą niż 200%. W cytowanym zapisie intencją zamawiającego było przedstawienie przez wykonawcę rozwiązania gwarantującego możliwość skalowalności sprzętowej całości SWI w celu spełnienia określonych w treści SIWZ warunków dostępności i wydajności SWI”. Pojęcie „sprzętu” zostało zdefiniowane w treści projektu umowy w sprawie zamówienia (zał. nr 4 do SIWZ).

Zamawiający w wyjaśnieniach do treści SIWZ, które zostały udzielone wykonawcom w trakcie trwania postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, wskazał szacunkowe wartości wolumenu danych, które odpowiadają w sposób uogólniony dla wymienionych w SIWZ systemów zamawiającego, które zostały wytypowane do wymiany danych (pismo z dnia 3 lutego 2009 roku, znak OGP/537/2009 – pytanie i odpowiedź nr 56, 70, 86 oraz pismo z dnia 16 czerwca 2009 roku, znak OGP/WZ/2484/2009 – pytanie i odpowiedź nr 36).

W ofercie złożonej przez odwołującego się w specyfikacji macierzy dyskowej IBM DS4700 Express Model 70 zostały zaproponowane jedynie 4 dyski 146 GB na 16 możliwych, które pracowałyby w RAID xx. W ocenie zamawiającego skutkuje to zmniejszeniem pojemności do około 60%.

Ponadto na str. 106 oferty pkt 8.3 wykonawca wskazał w opisie sposobu realizacji wymagania, iż oferowany sprzęt jest wysoko skalowalny i pozwala na zwiększenie mocy obliczeniowej o co najmniej 200%. Pozostaje to w sprzeczności z wymaganiem zawartym w treści SIWZ (pkt 8 ppkt 8.3 załącznika nr 1 do projektu umowy), zgodnie z którym serwery już w chwili dostarczania muszą posiadać moc obliczeniową o co najmniej 200% większą.

Zgodnie z § 2 pkt 2.1 projektu umowy (zał. nr 4 do SIWZ) przedmiotem umowy jest zaprojektowanie, budowa, dostawa, instalacja i wdrożenie oraz wsparcie techniczne i usługa serwisu gwarancyjnego SWI, przeprowadzanie szkoleń, o których mowa w § 5 umowy, a także udzielenie licencji, o których mowa w ust. 2.4.

Zgodnie z treścią oferty odwołującego się (str. 86 oferty) wykonawca ten wskazał m.in., iż w zakresie danych przesyłanych pomiędzy SWI a użytkownikami zewnętrznymi

proponuje szyfrowanie transmisji poprzez protokół https, dla którego zamawiający wykupi certyfikat uzgodniony w projekcie technicznym. Zamawiający uznał, iż obciążenie go dodatkowymi kosztami z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia pozostaje w sprzeczności z postanowieniami SIWZ dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia i związanego z nim wynagrodzenia i uznał, że jest obowiązany odrzucić ofertę odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zgodnie z pkt 3 ppkt 3.2 załącznika nr 1 do projektu umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) zamawiający żądał, by w przypadku zaniku zasilania w sieci energetycznej system powinien utrzymać pełną funkcjonalność działania w czasie 20 minut.

Odwołujący się zaoferował zasilacz UPS umożliwiający rzeczywistą moc 2,4 kVA przez 24 minuty przy 100% obciążenia.

Ponieważ zamawiający wymagał utrzymania pełnej funkcjonalności całego SWI przez 20 minut uznał, iż w przypadku, gdy nadal nie będzie zapewnionego zasilania, to w ciągu 4 minut nie jest możliwe bezpieczne „zamknięcie” całego systemu SWI (techniczna niemożliwość zamknięcia serwerów).

Ponadto zamawiający stwierdził, że jeżeli SWI nie jest w wersji nadmiarowej 3-krotnie przeskalowany, to każde dołożenie dysku w macierzy lub potrzeba zwiększenia mocy spowoduje skrócenie czasu pracy, co będzie skutkowało przy zaniku zasilania natychmiastowego uruchamiania procedury zamykania SWI.

Wobec powyższego zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołujący się złożył sprzeczne oświadczenia w zakresie funkcjonalności opisanej w pkt 5.9, 8.2, 8.3, 8.5, 9.1, 9.2 oraz 30.1 załącznika nr 1 do projektu umowy. Odwołujący się oświadczył bowiem, iż wskazane w tych pozycjach

rozwiązania są zarówno gotowe do realizacji, jak i wymagają napisania na etapie wdrożenia systemu.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego się, iż w tej sytuacji zamawiający obowiązany był bądź wezwać odwołującego się do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 lub dokonać poprawy omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wykładnia przepisu pozwala na wniosek, iż zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty jest nie obowiązkiem, a uprawnieniem zamawiającego. Tym samym odwołujący się nie może, wobec nie skorzystania z tego uprawnienia przez zamawiającego, wnosić na to zaniechanie skutecznego protestu.

Należy jednakże zwrócić uwagę, iż w rozpoznawanym przypadku, ewentualne wyjaśnienia składane przez odwołującego się w zakresie, w którym odwołujący się złożył, sprzeczne ze sobą oświadczenia, byłyby w istocie zmianą w treści oferty. Informacje te stanowiły w ocenie Izby oświadczenia woli odwołującego się co do sposobu wykonania przez niego przedmiotu zamówienia. Zmiany w zakresie tych oświadczeń to zmiany oświadczenia woli, czyli niedopuszczalne w świetle przepisu art. 87 ust. 1 *in finito* zmiany treści oferty.

W świetle powyższego brak jest również podstaw do poprawienia wskazanych niezgodności w ofercie odwołującego się na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zważywszy, iż w ocenie Izby oświadczenia zawarte w Formularzu funkcjonalności, są oświadczeniami woli wykonawcy, ich poprawienie w sposób wskazany przez odwołującego się stanowiłoby istotne zmiany w treści oferty, co należy uznać za niedopuszczalne. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż informacje te były przez zamawiającego punktowane w zależności od udzielonej odpowiedzi. Gdyby zamawiający dokonywał poprawek w tym zakresie prowadziłoby to do znacznej zmiany w ilości punktów przyznanej ofercie odwołującego się. Uzasadnia to ocenę, iż zmiany takie należy uznać za zmiany istotne, czyli takie, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do wymagań w zakresie skalowalności Izba stwierdziła, iż skalowalność sprzętowa dotyczyła całości SWI. Sprzęt winien być przeskalowany już w momencie dostarczenia. Odwołujący się na stronie 106 swojej oferty zawarł oświadczenie, zgodnie z którym oferowany sprzęt jest wysoko skalowalny i pozwala na zwiększenie mocy

obliczeniowej o co najmniej 200% oferty. Niemniej jednak z oferty odwołującego się nie wynika, iż oferowany przez niego sprzęt będzie przeskalowany 3-krotnie już w momencie dostarczenia. Izba nie zgadza się tu z odwołującym się w zakresie interpretacji sformułowania „powinny”. W ocenie Izby „powinny” w tym przypadku jest równoznaczne z „muszą”. Jest to warunek konieczny, nie zaś pożądaný, a jego niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty.

Ponadto odwołującemu się znane były szacunkowe wartości wolumenu danych (pismo z dnia 3 lutego 2009 roku i z dnia 16 czerwca 2009 roku), umożliwiające ocenę wartości pamięci masowej.

Zgodnie z § 2 ust. 2.1 projektu umowy przedmiotem umowy jest zaprojektowanie, budowa, dostawa, instalacja i wdrożenie oraz wsparcie techniczne i usługa serwisu gwarancyjnego SWI, przeprowadzenie szkoleń, o których mowa w § 5 umowy, a także udzielenie licencji, o których mowa w ust. 2.4. Zgodnie z rozdziałem XV ust. 4 SIWZ cenę oferty należy rozumieć jako wynagrodzenie ryczałtowe.

W świetle powyższego niedopuszczalnym jest zobowiązanie zamawiającego do wykupienia certyfikatu. Z treści oferty odwołującego się nie wynikało, iż to odwołujący się zapłaci za certyfikat. W szczególności odwołujący się nie może czynić zamawiającemu zarzutu nieznamomości Kodeksu Postępowania Certyfikacyjnego. Kodeks taki nie jest bowiem aktem prawnym, natomiast w interesie odwołującego się było doprecyzowanie użytego sformułowania tak, by nie pozostawiać żadnych wątpliwości co do osoby płatnika za certyfikat.

Izba uwzględniła natomiast zarzut odwołującego się co do niezasadności odrzucenia oferty odwołującego się z powodu zaoferowania zasilacza UPS niezdołnego do utrzymania pełnej funkcjonalności działania w czasie 20 minut.

Odwołujący się zaoferował zasilacz UPS umożliwiający zasilanie rzeczywistą mocą 3,5 kVA przez 24 minuty. Ponadto w pismach procesowych oraz na rozprawie stwierdził, iż w przypadku obciążenia zasilacza UPS mocą 2,6 kW czas pracy będzie odpowiednio dłuższy i wyniesie ok. 30 minut.

Zamawiający w wyjaśnieniach złożonych na rozprawie stwierdził, iż przez wymagane przez niego 20 minut zasilacz UPS ma utrzymać pełną funkcjonalność systemu, natomiast po ich upływie – o ile awaria trwa nadal – ma umożliwić bezpieczne zamknięcie systemu. W ocenie zamawiającego bezpieczne zamknięcie systemu nie jest możliwe w czasie 4 czy 9 minut, czyli w czasie pracy zasilacza zaoferowanego przez odwołującego się.

Jednakże zamawiający nie wskazał w SIWZ wymaganego czasu pracy zasilacza po upływie 20 minut. Nie udowodnił również w żaden sposób, iż bezpieczne zamknięcie



systemu nie jest możliwe w czasie 4-9 minut. Tym samym odwołujący się nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku doprecyzowania czasu pracy zasilacza.

W ocenie Izby fakt uwzględnienia jednego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania. Pozostałe czynności zamawiającego nie nosiły znamion niezgodności z przepisami ustawy Pzp, w związku z czym stwierdzić należy zasadność odrzucenia oferty odwołującego się. Tym samym Izba orzekła jak w sentencji wyroku, stosownie do treści art. 191 ust. 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2 i ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....