

Sygn. akt: KIO 2198/13

POSTANOWIENIE
z dnia 30 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 30 września 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2013 r. przez **wykonawcę NextiraOne Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sienna 73** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach z siedzibą w Katowicach, ul. 1 Maja 50**

przy udziale wykonawcy **WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2198/13 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze

2 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **NextiraOne Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sienna 73** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę platformy wirtualizacyjnej i innego sprzętu na potrzeby Centrum Nowoczesnych Technologii Informatycznych (CNTI) zostało wszczęte przez zamawiającego Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach, ul. 1 Maja 50 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w dniu 22 czerwca 2013r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2013/S 120-205144.

W dniu 4 września 2013r. faksem zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. Wasko Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6 (dalej przystępującego) i o odrzuceniu oferty wykonawcy NextiraOne Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chmielna 85/87 (dalej odwołującego) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. t.j. z 2013r. poz. 907 – dalej ustawy) z uwagi na to, że zamawiający wymagał dostarczenia macierzy dyskowej pozwalającej na instalację minimum 220 dysków bez konieczności dodawania kolejnych par kontrolerów, a zaoferowana przez odwołującego EMC 5300 pozwala na instalację maksymalnie 125 dysków oraz zamawiający wymagał, by w sytuacji konieczności corocznego wnoszenia opłat licencyjnych przedstawić dodatkową tabelę kalkulacyjną zawierającą szczegółowe informacje dotyczące wyceny poszczególnych rat wykupu licencji oprogramowania, a złożona przez odwołującego oferta takiej kalkulacji nie zawiera.

W dniu 13 września 2013r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 września 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 września 2013r. na biuro podawcze.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez błędną ocenę oferty odwołującego, a w konsekwencji nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego,
2. naruszenie art. 91 ust. 1. ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego i zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która w przedmiotowym postępowaniu jest ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego,
2. powtórzenie czynności oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, jako niepodlegającej odrzuceniu.

Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył w niniejszym postępowaniu ofertę najkorzystniejszą w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Nieuzasadnione odrzucenie oferty pozbawia więc odwołującego szans na realizację przedmiotowego zamówienia, a zatem naraża go na szkodę, obejmującą w szczególności utracony zysk, który odwołujący osiągnąłby realizując zamówienie.

Odwołujący podniósł, że zamawiający swoją decyzję oparł na dwóch okolicznościach faktycznych, które - cytując zamawiającego - sprowadzają się do:

1. niespełnienia wymagania „dostarczenia macierzy dyskowej pozwalającej na instalację minimum 220 dysków bez konieczności dodawania kolejnych par kontrolerów”, oraz
2. niespełnienia wymagania „przedstawienia dodatkowej tabeli kalkulacyjnej zawierającej szczegółowe informacje dotyczące wyceny poszczególnych rat wykupu licencji oprogramowania”

Odwołujący stwierdził, że żadne z powyższych wymagań nie zostało postawione przez zamawiającego w SIWZ, zaś wszystkie wymagania, zarówno co do funkcjonalności i parametrów przedmiotu zamówienia, jak i co do wymaganej treści oferty, zostały przez odwołującego spełnione. Zamawiający w sposób nieściśle zacytował wymagania SIWZ, z którymi oferta odwołującego miałaby być niezgodna i dokonał wykładni wykraczającej poza treść dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Co do macierzy dyskowej, to zamawiający odrzucenie oferty odwołującego oparł w tym zakresie na tezie, że oferowana macierz dyskowa EMC VNX 5300 „nie pozwala na instalację 220 dysków bez konieczności dodawania kolejnych par kontrolerów. Tymczasem wymagania odnoszące się do liczby dysków znajdują się na stronie 30 SIWZ, w punkcie 3 opisu przedmiotu zamówienia i zostały sformułowane w następujący sposób:

3. Macierz dyskowa

Macierz dyskowa pełnić będzie funkcję centralnego punktu przechowywania danych, wykorzystywanych zarówno przez wirtualne i fizyczne serwery, jak i wirtualne stacje robocze. Macierz wyposażona będzie w co najmniej dwa tiery (poziomy) wydajnościowe dysków twardych:

- minimum 5 dysków 200GB SSD (bardzo szybkie dyski o relatywnie niewielkiej pojemności, przeznaczone dla najbardziej wymagających zastosowań, takich jak dostarczenie bardzo dużej ilości operacji IOPS podczas startu wirtualnych stacji roboczych. Dla zapewnienia wysokiej wydajności dostarczona pojemność użytkowa dysków SSD będzie zapewniać przestrzeń dla min. 250 000 bloków danych (tzw. Extent);
- minimum 21 dysków 600GB SAS 15K lub 27 dysków 600GB 10K (Dyski o wydajności znacząco mniejszej od SSD, ale zapewniającej pojemność i efektywność pracy wystarczającą dla większości usług serwerowych oraz dla bieżących danych pracujących już wirtualnych stacji roboczych);

- minimum 9 dysków 1TB NL-SAS lub SATA 7.2K (bardzo pojemne i niedrogi dyski o niewielkiej wydajności, dedykowane na potrzeby składowania danych plikowych).

Dostarczona macierz będzie umożliwiała rozbudowę do min 220 dysków bez konieczności dodawania kolejnych par kontrolerów. Macierz wyposażona będzie w pełną redundancję podzespołów (kontrolerów, zasilaczy, modułów I/O itd.) w taki sposób, żeby uniemożliwić powstanie pojedynczego punktu awarii. Aby zapewnić odpowiednią wydajność macierzy, musi być ona wyposażona w minimum 16GB cache (dla wszystkich kontrolerów razem) wykorzystywanej do obsługi buforowania operacji odczytu i zapisu.

Jak wynika z powyższego według odwołującego, wykonawcy winni dostarczyć macierz umożliwiającą instalację łącznie 35 dysków (lub 41 dysków w przypadku dostarczenia dysków SAS 600GB 10K) .

Równocześnie zamawiający wymaga, by macierz umożliwiała rozbudowę do minimum 220 dysków, bez konieczności dodawania kolejnych par kontrolerów. Odwołujący stwierdza, że dostarczona przez niego macierz spełnia powyższe wymaganie, to jest umożliwia rozbudowę do 220 dysków, a do takiej rozbudowy nie jest konieczne dodanie kolejnej pary kontrolerów. Oczywiście, rozbudowa macierzy wymaga wykonania szeregu czynności i zmian w konfiguracji macierzy, w szczególności konieczne jest dodanie dodatkowych półek dyskowych i samych dysków, okablowania etc. Jednak zamawiający nie wykluczył takich czynności, stwierdzając wyraźnie, iż macierz ma umożliwiać rozbudowę do 220 dysków, bez konieczności dodawania kolejnych par kontrolerów. Skoro zamawiający wyraźnie wskazał dodawanie kolejnych par kontrolerów jako czynność, która nie może być niezbędną do rozbudowy, to a contrario, inne czynności niezbędne do rozbudowy zostały przez zamawiającego dopuszczone. Odwołujący przedstawia w załączeniu do niniejszego odwołania pismo producenta macierzy EMC VNX 5300, który potwierdza wprost możliwość rozbudowy macierzy do 220 dysków, bez konieczności dodawania kolejnych par kontrolerów.

W zakresie braku dodatkowej tabeli kalkulacyjnej, odwołujący podniósł, że zamawiający uznał, iż z faktu zaoferowania licencji Microsoft w ramach programu subskrypcyjnego OVS - ES wynika, iż konieczne jest za korzystanie z tego oprogramowania uiszczanie corocznych opłat licencyjnych, a zatem konieczne było przedstawienie dodatkowej tabeli kalkulacyjnej zawierającej szczegółowe informacje dotyczące wyceny poszczególnych rat wykupu licencji oprogramowania. Zamawiający nie wskazał zapisu SIWZ, z którego wynika taki obowiązek, więc odwołujący założył, że zamawiający ma na myśli zapisy zawarte w formularzu nr 5 (str. 22 i 23 SIWZ), gdzie pod tabelą cenową zamawiający stwierdził, że:

Dotyczy pot 4 tabeli (Oprogramowanie do wirtualizacji serwerów i do wirtualizacji stacji roboczych). O ile wykonawca oferuje w ramach dostawy oprogramowania dostawę oprogramowania i/lub licencji dostępowych dla których okres ich legalnego użytkowania

został określony w SIWZ na minimum 3 lata w postaci licencji na czas określony i jednocześnie wykonawca nie będzie mógł wraz z licencją dostarczyć dowodu opłacenia takiej licencji na okres wymaganych trzech lat ze względu na określoną prowadzoną politykę producenta polegającą na pobieraniu opłat w ratach rozłożonych w czasie dla takich licencji, wykonawca zobowiązany będzie do przedstawienia osobnej tabeli kalkulacji dla takiego oprogramowania i/lub licencji dostępowych. Kalkulacja musi zawierać wycenę ww. oprogramowania i/lub licencji dostępowych, a także wycenę poszczególnych rat i Informację o przewidywanej dacie realizacji wpłat poszczególnych rat zamawiający wymaga, aby każda wartość raty podana w kalkulacji była proporcjonalna do podanej całkowitej wartości oprogramowania i/lub licencji dostępowych w odniesieniu do okresu dla którego rata jest opłacana - jeżeli raty dotyczą takiego samego okresu, to muszą być tej samej wartości. Zamawiający wymaga również przedstawienia dokumentu, że dostawa oprogramowania i/lub licencji dostępowych w postaci licencji na czas określony nie może być opłacona jednorazowo, tj. bez konieczności wnoszenia opłat w systemie rat.

W przypadku wystąpienia powyższego przypadku:

- Zamawiający dokona zapłaty za przedmiot sprzedaży w kwocie pomniejszonej o sumaryczną wartość wszystkich podanych i wycenionych rat, które zostaną opłacone oddzielnie w Innym określonym terminie.
- Zamawiający dokona oddzielnej zapłaty określonej raty Wykonawcy po pisemnym powiadomieniu przez Wykonawcę o dokonaniu zapłaty raty na rzecz producenta oprogramowania i przedstawieniu Zamawiającemu przez Wykonawcę dowodu realizacji tej wpłaty. Podstawą zapłaty określonej raty Wykonawcy przez Zamawiającego będzie wystawiona faktura wystawiona na kwotę w wysokości przedstawionej dla raty w dodatkowej kalkulacji.

W ocenie odwołującego, wnioski wysnute przez zamawiającego z powyższych zapisów nie znajdują oparcia w ich treści. W ocenie odwołującego, powyżej cytowane sformułowanie zapisów pod tabelą w formularzu ofertowym, dotyczącej poz. 4 tabeli, należy rozumieć nie jako instrukcję wypełnienia tabeli i obowiązek zawarcia w ofercie dodatkowych informacji, lecz jako uwagę dotyczącą produktu opisanego w tej tabeli, definiującą obowiązki Wykonawców po zawarciu umowy. Wynika to z następujących okoliczności:

- a. W przedmiotowych zapisach pod tabelą zamawiający wyraźnie odniósł się do czynności, które będą dokonywane po zawarciu umowy, to jest do kwestii potwierdzenia, że opłata została wniesiona za licencje z góry. Jest oczywiste, że skoro dowód zapłaty opłat licencyjnych ma być dostarczony wraz z licencją, to jest to element realizacji umowy (na co wskazuje też zapis punktu 8 istotnych postanowień umowy - formularza 7, definiujący moment zapewnienia uprawnień licencyjnych i informacji umożliwiających skorzystanie z tych uprawnień).

b. Jest oczywiste, że nie da się z całą pewnością na etapie składania ofert stwierdzić, czy możliwe jest wniesienie opłaty za 3 lata z góry. Jest tak w szczególności dlatego, że wykonawcy nie mają i nie mogą mieć obowiązku wykupienia wsparcia przed złożeniem oferty, ponieważ oznaczałoby to obowiązek wykonania części zamówienia przed terminem składania ofert. Producent może tymczasem po zawarciu umowy zmienić zasady licencjonowania i płatności. W związku z tym wykonawca jest w stanie stwierdzić, w jaki sposób będzie płacił producentowi, dopiero po wyborze jego oferty i po uzyskaniu od producenta konkretnych warunków handlowych. Odwołujący podniósł, że przyjmując wykładnię zamawiającego należałoby stwierdzić, że omawiane zapisy są w praktyce niemożliwe do zastosowania, ponieważ na etapie składania oferty nie da się ustalić, czy wykonawca będzie w stanie wraz z licencją złożyć dowód opłaty za 3 letni okres korzystania z oprogramowania, a więc czy ma złożyć stosowną dodatkową tabelkę.

c. Złożenie dodatkowej tabeli wraz z ofertą nie ma dla zamawiającego i dla oceny ofert żadnego znaczenia. Zamawiający nie przedstawił w odniesieniu do terminów płatności opłat licencyjnych jakichkolwiek wymagań, ani też nie uczynił z nich kryteriów oceny ofert. Omawiana „dodatkowa tabela” ma więc znaczenie wyłącznie dla poinformowania zamawiającego o harmonogramie ponoszenia przez wykonawcę kosztów w celu należytego wykonania umowy (uiszczania opłat licencyjnych), a nie z punktu widzenia zgodności oferowanego rozwiązania z SIWZ, czy też oceny oferty.

d. Także wykładnia literalna omawianych zapisów potwierdza, że obowiązek dostarczenia zamawiającemu dodatkowej tabeli powstanie na etapie realizacji umowy, a w każdym razie po złożeniu oferty. Ilekroć bowiem zamawiający wskazuje informacje, które muszą znaleźć się w ofercie, wprost przewiduje takie wymagania, odnosząc się do treści oferty i posługując się czasem teraźniejszym. Tymczasem w przedmiotowym sformułowaniu zamawiający stwierdził, że jeżeli wykonawca "nie będzie mógł" wraz z licencją przedstawić dowodu jej opłacenia (co jednoznacznie nawiązuje do etapu realizacji umowy), to wykonawca „zobowiązany będzie" do przedstawienia tabeli. Powyższe prowadzi do wniosku, że celem i treścią zapisu w formularzu ofertowym dotyczącego pozycji 4 tabeli, było wyłącznie wskazanie, że o ile Wykonawca po zawarciu umowy (wraz z licencją) nie przedstawi dowodu zapłaty z góry za trzyletnią licencję, to będzie musiał przedstawić harmonogram płatności oraz dowód, że ten harmonogram jest pochodną wymagań producenta (wymagany na końcu zapisu dokument potwierdzający, że licencja nie może być płatna jednorazowo).

Niezależnie od powyższego, odwołujący nie potwierdził, że opłaty licencyjne z tytułu korzystania z oferowanego przez niego oprogramowania Microsoft będą uiszczane corocznie. Odwołujący prowadzi w tej kwestii rozmowy z Microsoft i istnieje duże

prawdopodobieństwo, iż opłata licencyjna zostanie uiszczona jednorazowo, za cały okres korzystania z oprogramowania.

W dniu 13 września 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16 września 2013r. na piśmie przystępujący zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż wniesione odwołanie zmierza do pozbawienia oferty przystępującego statusu najkorzystniejszej oferty. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 lipca 2013r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji i ujawnionego w KRS, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu faksem w dniu 16 września 2013r.

W dniu 27 września 2013r. odwołujący oświadczył na piśmie, że cofa odwołanie. Oświadczenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oświadczenia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący:.....