

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2017 r. przez wykonawcę C.H. S.A. w W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowym Mieście nad Pilicą

przy udziale wykonawcy S. S.A. w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża C.H. S.A. w W. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez C.H. S.A. w W. tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od C.H. S.A. w W. na rzecz Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowym Mieście nad Pilicą kwotę 3 929 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie oraz opłaty od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Radomiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowym Mieście nad Pilicą – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wdrożenie usług E-zdrowie w SP ZOZ Nowe Miasto nad Pilicą. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 grudnia 2016 roku pod numerem ogłoszenia 2016/S 239-436404. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia pismem z 10 marca 2017 r. 20 marca 2017 r. C.H. S.A. w W. wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 38 ust. 1 ustawy przez unieważnienie postępowania pomimo braku podstaw do stwierdzenia, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z nieudzieleniem odpowiedzi na kilka pytań do treści OPZ oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez unieważnienie postępowania pomimo złożenia w tym postępowaniu dwóch ważnych ofert, w tym oferty odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

S. S.A. w W. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 27 lutego 2017 r. W trakcie postępowania wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty zadawali pytania o wyjaśnienia treści postanowień SIWZ. Takie pytania złożył również W. S.A. Pytania wpłynęły do zamawiającego 27 grudnia 2016 r. 27 lutego 2017 r. przed upływem terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęło pismo W. S.A. z informacją, że zamawiający nie udzielił odpowiedzi na wszystkie zadane przez tego wykonawcę pytania z 27 grudnia 2016 r., co uniemożliwia wykonawcy złożenie oferty.

Zamawiający po przygotowaniu brakujących odpowiedzi umieścił je na swojej stronie internetowej. 27 lutego 2017 r. otworzył złożone oferty. Wpłynęły dwie oferty: odwołującego i przystępującego po jego stronie. Zamawiający nie wykonał czynności badania i oceny ofert, 10 marca 2017 r. unieważnił postępowanie z powodu braku terminowej odpowiedzi na pytania. Uznał to za zaistniałą w trakcie postępowania wadę postępowania, mającą charakter nieusuwalny, powodującą jednocześnie, że umowa zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania w skutek wystąpienia wspomnianej wady podlegałaby unieważnieniu.

Pytania W. S.A. i odpowiedzi udzielone przez zamawiającego po upływie terminu składania ofert brzmiały następująco:

1. „Czy Zamawiający dopuści, jako równoważne rozwiązanie macierz wyposażoną w 12 dysków 600GB 10k SAS? Działając w najlepszym interesie Zamawiającego oraz bazując na naszym doświadczeniu i najlepszych praktykach wskazujemy, że dyski SAS 10k RPM nie odbiegają znacząco wydajnością od dysków SAS 15k RPM?. Nie, Zamawiający podtrzymuje postanowienie”;
2. „W wymaganiach dla macierzy dyskowej Zamawiający napisał, iż: "Fizyczne zabezpieczenie dedykowane przez producenta serwera uniemożliwiające wyjęcie dysków twardej umieszczonych na froncie obudowy przez nieuprawnionych użytkowników". Czy nie nastąpiła omyłka pisarska i powyższe wymaganie ma dotyczyć serwera, a nie macierzy dyskowej? Jeśli tak to zwracamy się z prośbą o poprawę załącznika nr 2 do SIWZ poprzez usunięcie powyższego wymagania. „Nie, Zamawiający podtrzymuje postanowienie”;
3. „Zamawiający w tabeli „Licencja na oprogramowanie serwerowe” napisał, iż: „liczba rdzeni procesorów i ilość pamięci nie mogą mieć wpływu na liczbę oferowanych licencji”. Zwracamy uwagę, że na rynku jest obecnie dostępna nowa wersja systemu operacyjnego Microsoft Windows Server 2016. Licencjonowanie aktualnej wersji oparte jest o model rdzeniowy tzn. liczba licencji, którą należy dostarczyć dla serwera wynika wprost z ilości procesorów zainstalowanych w serwerze. W związku z tym nie możliwe okazuje się zastosowanie np. tego systemu operacyjnego na potrzeby tego postępowania z uwagi na wymagania Zamawiającego. W związku z powyższym, w celu umożliwienia zaoferowania systemu operacyjnego Windows Server 2016 prosimy o zmianę preambuły wymagań dla w/w punktów w taki sposób, aby nie ograniczała możliwości doboru wskazanego systemu operacyjnego - prosimy o wykreślenie z preambuły zapisu „Liczba rdzeni procesorów i ilość pamięci nie mogą mieć wpływu na liczbę wymaganych licencji. Zamawiający nie wyraża zgody”;
4. „Prosimy o wyjaśnienie, co Zamawiający miał na myśli pisząc: „Wszystkie komponenty muszą pochodzić od tego samego producenta do pozostałe urządzenia sieciowe: 1 moduł SFP+, 10GbE, SR, długość fali 850nm, zasięg 300m”. O jakie urządzenia sieciowe chodzi Zamawiającemu - czy ma na myśli przełączniki eth, przełączniki FC, firewalle? Zamawiający ma na myśli jak powyżej”;
5. „Zamawiający w tabeli wyszczególnił parametr: „Moc rzeczywista - Min. 1350W.” Czy

Zamawiający dopuści urządzenie UPS o mocy rzeczywistej 1200 W? „Tak Zamawiający dopuści takie urządzenie”;

6. „Zamawiający wymaga, aby macierz została wyposażona w 12 dysków SAS min. 600GB i w 15 dysków SAS min. 1,2TB. Jednocześnie Zamawiający napisał na stronie 78 załącznika nr 2 do SIWZ, że zaprojektowano wykorzystanie macierzy dyskowej o parametrach: "Zainstalowane dyski SAS:

- RAID6 - 12 dysków o prędkości 15k rpm - pojemność około 7,2 TB - dla potrzeb serwerów produkcyjnych;

- RAID6 - 15 dysków o prędkości 10k rpm - pojemność około 18 TB - dla potrzeb serwerów produkcyjnych."

Czy przez powyższą pojemność Zamawiający rozumie pojemność marketingową dysku pomnożoną przez ilość dysków każdego typu, tj. 12 dysków 600GB = 7,2TB oraz 15 dysków 1,2TB = 18TB? Tak”;

7. „Zamawiający wymaga, aby obudowa dostarczonej macierzy dyskowej miała wysokość maksymalnie 2U wraz z kompletem szyn do montażu w szafie rack oraz umożliwiała instalację minimum 24 dysków 2.5" Hot Plug. Jednocześnie Zamawiający wymaga, aby macierz była wyposażona w łącznie 27 dysków. W związku z tym konieczne jest zastosowanie dodatkowej półki dyskowej, co zwiększy wysokość zajmowanego przez macierz miejsca w szafie rack do 4U. Czy Zamawiający dopuści takie rozwiązanie i zapewni miejsce na dodatkową półkę w szafie rack? Tak Zamawiający dopuści takie rozwiązanie”;

8. „Zamawiający specyfikuje w SIWZ urządzenia kontrolera Wi-fi, które nie jest dostępne w sprzedaży i w związku z tym niemożliwe jest jego dostarczenie w niniejszym postępowaniu. Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dopuści, z racji niemożności dostarczenia wymaganych urządzeń sprzętu, który będzie posiadał będzie 2 porty 10GE SFP+ zamiast 4 cztery interfejsy podwójnego zastosowania 10/100/1 OOOBase-T RJ45 wymiennie z 1000Base-X SFP i port wbudowany port mini- USB konsoli szeregowej RS-232 zamiast wbudowany port RJ45 konsoli szeregowej RS-232. Zamawiający wyraża zgodę”;

9. „Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dopuści przełącznik, którego pobór mocy wynosił będzie 176W. Zamawiający wyraża zgodę”;

10. „Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dopuści przełącznik, którego pobór mocy wynosił będzie 42.9W. Zamawiający wyraża zgodę”;

11. „Zamawiający napisał, iż: Wykonawca musi uwzględnić zvirtualizowanie dotychczasowego środowiska składającego się z dwóch serwerów fizycznych, na których znajdują się: Odpowiedź Zamawiającego: „1. Windows serwer 2003 R2 + baza danych O. + baza danych F. + system O.. 2.Windows serwer 2008 baza danych F. + system części szarej firmy H.”;

12. „Zamawiający napisał, iż „Wykonawca musi zbudować środowisko w oparciu o system usług katalogowych". Czy Zamawiający posiada system usług katalogowych, jeśli tak to, jaki? Zamawiający nie posiada systemu usług katalogowych”;

13. „Czy Zamawiający dopuszcza wykorzystanie zasobów dyskowych opisanych w Załączniku nr 2 (macierz, serwer backupu) do przechowywania backupu?" Tak";
14. „Prosimy o podanie, jaką ilość punktów dostępowych ma obsługiwać kontroler? Zamawiający pisze raz: Umożliwia obsługę, co najmniej 10 bezprzewodowych punktów dostępowych w chwili dostawy z możliwością licencyjnej rozbudowy, do co najmniej 132 podłączonych za pomocą LAN. Punkty dostępu połączone z siecią LAN (maks.) -32 Którą wartość należy przyjąć za wymaganą? Dostawca ma sam zaprojektować sieć";
15. „Prosimy o wyjaśnienie, co Zamawiający rozumie pod pojęciem Obsługa multicastu, min.: [...] - DHCP? „Multicast -to sposób dystrybucji informacji, dla którego liczba odbiorców może być dowolna. Odbiorcy są widziani dla nadawcy, jako pojedynczy grupowy odbiorca {host group} dostępny pod jednym adresem dla danej grupy multikastowej”.;
16. „Prosimy o wyjaśnienie, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „Wydajność pracy zasilaczy na poziomie min. 80%" Prosimy o podanie sposobu pomiaru wydajności zasilaczy, który będzie zadowalający dla Zamawiającego" dla przełącznika rdzeniowego -światłowodowy, przełącznika dystrybucyjnego 24 portowy, przełącznika dystrybucyjnego 24 portowy PoE. 80% obciążenia maksymalnego";
17. „Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający uzna za spełniony warunek siwz, jeżeli Temperatura pracy przełącznika będzie w zakresie od 0 do 45 stopni Celsjusza. Zamawiający wyraża zgodę";
18. „Dla przełącznika dystrybucyjnego 24 portowy PoE Zamawiający wymaga możliwość instalacji drugiego redundantnego zasilacza zapewniającego 1000W mocy. Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający uzna za spełniony warunek SIWZ, jeżeli drugi redundantny zasilacz zapewniający 1000W mocy będzie zasilaczem zewnętrznym. Zamawiający wyraża zgodę”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie jest niezasadne.

Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania jeśli jest ono obarczone nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada wskazywana przez zamawiającego to udzielenie odpowiedzi na pytania W. S.A. w W. zadane na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp po upływie terminu składania ofert. Powołany

przepis stanowi, że zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. W okolicznościach sporu zamawiający powinien udzielić odpowiedzi w terminie wskazanym w art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp, czyli nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Obowiązek udzielenia odpowiedzi wynika z samego faktu zadania pytania dotyczącego niejasnych treści SIWZ, nie ogranicza się natomiast – jak chciałby przystępujący S. S.A. – do sytuacji, w której niezbędna jest zmiana terminu składania ofert, o czym mowa w art. 38 ust. 6 Pzp.

Udzielenie odpowiedzi po upływie terminu składania ofert jest tworzy stan faktyczny i prawny taki, jakby odpowiedzi na pytania nie zostały udzielone w ogóle. *Ratio legis* art. 38 ust. 1 Pzp polega bowiem na uzyskaniu przez wykonawców pewności, co do wymagań zawartych w SIWZ w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji umożliwienie podjęcia decyzji, czy są w stanie złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu.

Nie można jednak tracić z pola praktyki stosowania art. 38 ust. 1 Pzp. W wielu przypadkach instytucja ta jest nadużywana przez wykonawców, którzy nie tyle chcą wyjaśnić budzące wątpliwości postanowienia SIWZ, ile dążą do ich „dopasowania” do swoich możliwości ofertowych. Bywa, że zmierza to do tak daleko idących zmian SIWZ, że nie może być to kwalifikowane inaczej jak faktyczne kwestionowanie postanowień SIWZ po upływie terminu na wniesienie odwołania. Instytucja zadawania pytań bywa nadużywana, co prowadzi do przewlekłości postępowania, ze szkodą dla zamawiającego i naruszeniem zasad uczciwego konkurencyjnego o zamówienie publiczne.

W tej sytuacji należy odwołać się do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zasady te sprzeciwiają się temu, aby – tak jak chciałby odwołujący – dokonać oceny pytań zadanych przez W. S.A. i legalność unieważnienia postępowania uzależnić od ustalenia, czy pytania w istocie dotyczyły niejasności tkwiących w SIWZ. W okolicznościach sporu Izba nie podzieliła tego poglądu, gdyż uznała, że sprzeciwiają się jej zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia oraz równego traktowania wykonawców.

Zasada przejrzystości zakłada transparentność działań zamawiającego. Stanowi ona swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób pozbawiony czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę.

Nie można odmówić zamawiającemu prawa do oceny pytań wykonawców pod kątem tego, czy stanowią one pytania w rozumieniu art. 38 ust. 1 Pzp. Musiałoby to jednak mieć miejsce od początku postępowania, na takich zasadach wobec wszystkich wykonawców zadających pytania, nie zaś wybiórczo. Zasada przejrzystości sprzeciwia się zatem sytuacji, w której zamawiający dokonuje arbitralnej oceny nie wszystkich, lecz niektórych pytań zadanych w trybie art. 38 ust. 1 Pzp.

W okolicznościach uznanie stanowiska odwołującego prowadziłaby również do nierównego

traktowania wykonawców, gdyż W. S.A. byłby jedynym wykonawcą zainteresowanym zamówieniem, który nie otrzymał odpowiedzi na zadane pytania.

W związku z tym Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada prawu. Wada tkwiąca w postępowaniu ma charakter nieusuwalny, gdyż udzielenie odpowiedzi na pytania do treści SIWZ jest prawnie nieskuteczne po upływie terminu składania ofert. Brak tych pytań wywiera, co najmniej potencjalny wpływ na wynik postępowania, gdyż wykonawca zainteresowany zamówieniem nie złożył oferty w związku z brakiem odpowiedzi na zadane przez siebie pytania.

W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że błędy zamawiającego popełnione przy otwarciu ofert, będącym czynnością faktyczną, powodują obowiązek unieważnienia postępowania. Tym bardziej więc błędy popełnione w toku procedury, które mogą mieć znaczenie dla treści ofert i kręgu wykonawców ubiegających się o zamówienie, takie jak brak wyjaśnień treści SIWZ, które kształtują oświadczenia wykonawcy uzasadniają unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Oceny tej nie zmienia to, że W. S.A. nie wniósł odwołania. Wprawdzie mógł być to zrobić, jednak bezczynność wykonawcy nie ma żadnego wpływu na wadliwość czynności zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, koszty jego dojazdu na posiedzenie oraz koszty pełnomocnictw zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm).

Przewodniczący: