

WYROK
z dnia 20 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2011 roku przez wykonawcę **bezpieczne.it Sp. z o.o., 02 – 822 Warszawa, ul. Poleczki 20a**, od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Biuro Logistyki Służby Kontrwywiadu Wojskowego, 02 – 007 Warszawa, ul. W. Oczuki 1**

przy udziale wykonawcy **SILTEC Sp. z o.o., 02 – 347 Warszawa, ul. E. Orzeszkowej 5** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **bezpieczne.it Sp. z o.o., 02 – 822 Warszawa, ul. Poleczki 20a**, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **bezpieczne.it Sp. z o.o., 02 – 822 Warszawa, ul. Poleczki 20a** tytułem wpisu od odwołania;**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Biuro Logistyki Służby Kontrwywiadu Wojskowego z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu sieciowego.

Pismem z dnia 1 lipca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż w przedmiotowym postępowaniu dla zadania nr 1, jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy SILTEC Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie wskazał, iż nie wykluczył z postępowania żadnego wykonawcy oraz nie odrzucił żadnej oferty.

Wobec takich czynności w dniu 11 lipca 2011 r. odwołanie złożył wykonawca bezpieczne.it Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu: naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.), [dalej ustawa p.z.p.]. Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania wykluczenia wykonawcy SILTEC Sp. z o. o.;
- 3) dokonania odrzucenia oferty SILTEC Sp. z o. o.;
- 4) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż treść oferty SILTEC Sp. z o. o. nie obejmuje licencji VMware, ani usług Basic Support/Subscription, opisanych przez zamawiającego w SIWZ. Podnosił, iż nabycie w/w licencji oraz wsparcia posprzedażowego może się odbywać wyłącznie w oficjalnym kanale sprzedaży VMware. Taki zakup może być zrealizowany tylko poprzez autoryzowanych partnerów kanałowych zarejestrowanych w oficjalnym programie VMware Solution Provider Partner. Odwołujący podał, że z oficjalnych danych wynika, że SILTEC Sp. z o. o. nie posiada statusu autoryzowanego resellera VMware w programie VMware Solution Provider. Oznacza to, że nie mógł oferować komukolwiek instalacji oprogramowania VMware. Jednocześnie odwołujący podnosił, że SILTEC Sp. z o. o. nie będzie korzystał z podwykonawców (brak załącznika nr 5), a tym samym nikt za niego (ale w jego imieniu) nie może dostarczyć zamawiającemu tych licencji.

Odwołujący wskazywał, że SILTEC Sp. z o. o. nie objął, (bo nie mógł) zakresem swojej oferty licencji VMware ani usług Basic Support/Subscription, gdyż jako podmiot niezarejestrowany w oficjalnym programie VMware Solution Provider Partner nie może jej nabyć od licencjodawcy. W ocenie odwołującego prowadzi to do wniosku, że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i kwalifikuje się do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy p.z.p. Przyjmując natomiast wariant, że SILTEC Sp. z o. o. zaoferował licencje VMware, to takie oświadczenie stanowi w ocenie odwołującego nieprawdziwą informację

mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania, co powinno skutkować wykluczeniem w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy. Ponadto taka oferta nie mogła być przyjęta, bo prowadziłaby do zawarcia umowy nieważnej ex lege, jako opiewającej na świadczenie niemożliwe. Samą ofertę należało w takiej sytuacji ocenić, jako nieważną na podstawie przepisów odrębnych, a to zwłaszcza art. 58 w zw. z art. 387 §1 k.c. Taka oferta w ocenie odwołującego podlegała odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, jako czynność prawna nieważna (niezgodna zasadami współżycia społecznego i mająca na celu obejście ustawy).

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Biuro Logistyki Służby Kontrwywiadu Wojskowego z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu sieciowego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 99-162007 w dniu 24 maja 2011 r.

W pkt III.1 SIWZ zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu sieciowego, zgodnie ze specyfikacją techniczną stanowiącą załącznik nr 2A i 2B do SIWZ. Jednocześnie zgodnie z ppkt 2 zamawiający podzielił zamówienie na dwie części dopuszczając możliwość składania ofert częściowych (IV.1 SIWZ) zgodnie z podziałem na zadania ofertowe:

- zadanie ofertowe nr 1 – Chassis i serwery typu blade;
- zadanie ofertowe nr 2 – macierze i dyski.

Ponadto wymagał, aby do każdego urządzenia dostarczony był komplet nośników umożliwiających odtworzenie oprogramowania zainstalowanego w urządzeniu (III.6 SIWZ). Zamawiający wskazał również, iż wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom zamawiającego musieli załączyć do oferty wypełnioną Tabelę zgodności, stanowiącą załącznik nr 1A i 1B do SIWZ, z której jednoznacznie musi wynikać jakie parametry posiada oferowany sprzęt. Przy czym Izba ustaliła, iż zarówno dla zadania 1 jak i 2 tabele zgodności określone w załącznika nr 1A i 1B do SIWZ obejmowały wyłącznie sprzęt. Tabelami zgodności nie zostało objęte oprogramowanie. Zgodnie ze specyfikacją techniczną przedmiotu zamówienia dla zadania ofertowego nr 1 – załącznik nr 2A do SIWZ – zamawiający określił, iż oprogramowanie do wirtualizacji serwerów musi składać się z następujących pakietów lub równoważnych:

- 1) VMware vCenter Server 4 Standard for vSphere (Includes Orchestrator and Linked Mode),
- 2) Basic Support/Subscription for vCenter Server 4 Standard for 1 year,
- 3) VMware vSphere 4 Enterprise for 1 processor (Max 6 cores per processor),
- 4) Basic Support/Subscription for VMware vSphere Enterprise for 1 processor for 1 year,
- 5) VMware View 4 Premier Add-On: 10 pack,
- 6) Basic Support/Subscription for VMware View 4 Premier Desktop Add-On desktop VMs for 1 year,
- 7) VMware vCenter Site Recovery Manager (25 VM Pack),
- 8) Basic Support/Subscription for VMware vCenter Site Recovery Manager (25 VM Pack).

Zamawiający wskazywał, iż w przypadku dostarczenia oprogramowania równoważnego na wykonawcy spoczywał obowiązek wykazania równoważności.

Izba ustaliła ponadto, iż odmiennie niż w przypadku sprzętu, w przypadku oprogramowania zamawiający nie powoływał się na numery katalogowe producenta oprogramowania. Dodatkowo zgodnie z brzmieniem załącznika nr 2A do SIWZ zamawiający określając szczegółowe warunki wsparcia technicznego dla oprogramowania (str. 5 załącznika) nałożył na wykonawców wymóg, aby zapewnili dostęp do aktualizacji oprogramowania oraz wsparcia technicznego przynajmniej po swojej, a jeśli to możliwe, także po stronie producenta sprzętu.

Do upływu terminu składania ofert na zadanie ofertowe nr 1 swoje oferty złożyło czterech następujących wykonawców:

- 1) KOMA NORD Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni na kwotę 2.329.628,38 zł brutto,
- 2) Bezpieczne/it Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 2.244.704,00 zł brutto,
- 3) SILTEC Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.897.595,18 zł brutto,
- 4) Orion Instruments Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 2.519.040,00 zł brutto.

Izba ustaliła również, iż wykonawca SILTEC Sp. z o. o. w ramach swojej oferty zaoferował oprogramowanie do wirtualizacji serwerów składające się z pakietów określonych przez zamawiającego w załączniku nr 2A do SIWZ (str. 6 załącznika).

Pismem z dnia 1 lipca 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców, iż w przedmiotowym postępowaniu dla zadania nr 1, jako najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy SILTEC Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie wskazał, iż nie wykluczył z postępowania żadnego wykonawcy oraz nie odrzucił żadnej oferty.

Czynności te leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 12 lipca 2011 r. swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego w dniu 14 lipca 2011 r. zgłosił wykonawca SILTEC Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła, iż wykonawca ten wypełnił przesłanki określone w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. i stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika 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 w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Przyjęcie przez odwołującego, iż zaoferowanie przez SILTEC Sp. z o. o. oprogramowania określonego przez zamawiającego stanowi nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. Nie ma wątpliwości, iż zamawiający określając rodzaj oprogramowania nie zastrzegł, iż może to być wyłącznie oprogramowanie dostępne w oficjalnym kanale sprzedaży, które oferować mogli jedynie wykonawcy posiadający status autoryzowanego resellera VMware w programie VMware Solution Provider. Powyższego nie potwierdza również posłużenie się nazwami oprogramowania, które to należało uznać za nazwy własne. W ocenie Izby gdyby zamawiający oczekiwał tylko i wyłącznie oprogramowania dostępnego w oficjalnym kanale sprzedaży określając nazwę oprogramowania podobnie jak w przypadku sprzętu posłużyłby się numerem katalogowym producenta. Powyższe wskazuje, iż zamawiający dopuszczał możliwość zaoferowania oprogramowania wraz z prawami do tzw. subskrypcji i suportem świadczonym w inny sposób niż w oficjalnym kanale sprzedaży, przez tzw. kanał OEM, w którym producent serwerów dostarczy wraz ze swoimi serwerami licencje VMware i sam będzie świadczył usługi

supportowe. O powyższym w ocenie Izby przesądza również zapis załącznika nr 2A do SIWZ, w którym to zamawiający nie wymagał aby prawo do subskrypcji oraz usługi supportu technicznego realizowane było wyłącznie przez producenta oprogramowania. Zamawiający określił, iż wykonawca zapewni dostęp do aktualizacji oprogramowania oraz wsparcia technicznego przynajmniej po swojej, a jeśli to możliwe, także po stronie producenta sprzętu. Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, iż przystępujący nie wykazał równoważności oferowanego oprogramowania. Wobec zaoferowania oprogramowania określonego przez zamawiającego brak było jakichkolwiek podstaw czy potrzeby wykazywania równoważności oferowanego przedmiotu zamówienia. Nie sposób też uznać, iż w zakresie oferowanego przez przystępującego oprogramowania jego oferta nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Wskazać należy, iż odwołujący nie przytoczył żadnych twierdzeń czy też dowodów, które pozwalałyby stwierdzić, iż treść oferty przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. Oparcie swojego stanowiska jedynie na tym, że w ocenie odwołującego nie można było zaoferować oprogramowania sprzedawanego przez tzw. kanał OEM nie znajduje potwierdzenia w treści SIWZ i nie może prowadzić do uznania oferty przystępującego za niezgodną z treścią SIWZ a w konsekwencji do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p.. Brak również jakiegokolwiek uzasadnienia dla zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy p.z.p, które wskazywałoby na niezgodność oferty przystępującego z ustawą p.z.p. W takim stanie sprawy nie sposób również mówić o naruszeniu przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy p.z.p. Brak jest jakichkolwiek podstaw, do uznania, że skoro przystępujący oferuje oprogramowanie określone przez zamawiającego to przyjęcie takiej oferty prowadzić będzie do zawarcia umowy opiewającej na świadczenie niemożliwe tylko dlatego, że nie jest on autoryzowanym resellerem VMware skoro takiego wymogu nie było. Również w zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. odwołujący nie wykazał w żaden sposób, na czym to naruszenie miało polegać, skoro zamawiający w toku badania i oceny ofert nie żądał od przystępującego żadnych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, jak też nie były prowadzone pomiędzy nimi żadne niedopuszczalne negocjacje dotyczące złożonej ofert.

Powyższe jednoznacznie przesądza, iż działaniom zamawiającego nie można przypisać naruszenia art. 91 ust. 1 jak też art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p. gdyż zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy na podstawie kryterium oceny ofert określonego w SIWZ tj. na podstawie ceny z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby odwołujący nie wykazał i nie udowodnił zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

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. oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....