

Sygn. akt: KIO 500/17

WYROK
z dnia 28 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **C.P. S.A. z siedzibą w K., G. Sp. z o.o. z siedzibą w T.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Koszalin,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: C.P. S.A., G. Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Koszalin – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego budowę i wdrożenie pn. *Dostawa, instalacja i kompleksowe wdrożenie w Urzędzie Miejskim w Koszalinie, sieciowego, wielodostępowego systemu do prowadzenia spraw z zakresu państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, planowania i zagospodarowania przestrzennego, udostępniania w sieci Internet danych przestrzennych i opisowych za pośrednictwem portalu mapowego oraz portalu metadanych wraz z niezbędnymi do jego prawidłowego funkcjonowania licencjami, w tym bazą danych, migracją i dostosowaniem danych z obecnie eksploatowanych przez Zamawiającego baz danych wraz z konserwacją.*

W dniu 16 marca 2017 r. Konsorcjum: C.P. S.A., G. Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec odrzucenia jego oferty i zaniechania poprawienia omyłki w tej ofercie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią informacji z 7 marca 2017 r., Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp, ponieważ zgodnie z treścią SIWZ oferta miała zawierać wykaz infrastruktury sprzętowej i systemowej, którą Zamawiający zakupi we własnym zakresie, przy czym opis ten powinien być zgodny z art. 29 ustawy Pzp, to jest w przypadku wskazania przez wykonawcę znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, które mogą utrudniać uczciwą konkurencję, wykonawca powinien uzupełnić wskazanie wyrazem lub równoważny i określić kryteria równoważności. W ocenie Zamawiającego opis infrastruktury załączony do oferty Odwołującego narusza zasadę konkurencyjności – wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 7 marca 2017 r. parametry infrastruktury wskazują na jednego producenta, a Odwołujący tylko przy systemie operacyjnym serwerów wskazał, że możliwe jest zaoferowanie rozwiązań równoważnych i nie opisał kryteriów równoważności.

Odwołujący podniósł, że skoro Zamawiający bardzo precyzyjnie jest w stanie wskazać, które parametry infrastruktury opisanej przez Odwołującego wskazują na jednego producenta (jak to uczynił w piśmie z 7 marca 2017 r.), to zobowiązany był do poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, wykreślając z treści oferty Odwołującego postanowienia, które wskazują na jednego producenta. Odwołujący zobowiązany byłby w konsekwencji do realizacji zamówienia przy założeniu, że Zamawiający

będzie uprawniony do zakupu infrastruktury bez wskazania na te parametry. Odwołujący miałby jedynie prawo do niewyrażenia zgody na poprawienie omyłki w ten sposób, do czego uprawnia go przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (przy czym Odwołujący podkreślił, że w przypadku poprawienia omyłki przez Zamawiającego w opisany sposób wyrazi na to zgodę, co umożliwi dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i pozwoli Zamawiającemu uniknąć konieczności unieważnienia postępowania).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności oceny ofert, poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, w trybie art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonania innych czynności, których Zamawiający zaniechał w związku z odrzuceniem oferty (wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art 26 ust. 3a ustawy Pzp) oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 22 grudnia 2016 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) pkt 3, przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i kompleksowe wdrożenie w Urzędzie Miejskim w Koszalinie, sieciowego, wielodostępnego systemu do prowadzenia spraw z zakresu państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, planowania i zagospodarowania przestrzennego, udostępniania w sieci Internet danych przestrzennych i opisowych za pośrednictwem portalu mapowego oraz portalu metadanych wraz z niezbędnymi do jego prawidłowego funkcjonowania licencjami, w tym bazą danych, migracją i dostosowaniem danych z obecnie eksploatowanych przez Zamawiającego baz danych wraz z konserwacją.

Zgodnie z 12 ppkt 1 IDW (Opis sposobu przygotowania ofert), ofertę stanowi Formularz ofertowy zamieszczony w Rozdziale IV SIWZ wraz z niżej wymienionym załącznikami:

- Wykaz infrastruktury systemowej, niezbędnej do działania systemu (zał. nr 1).
- Wykaz infrastruktury sprzętowej i systemowej, niezbędnej do prawidłowego i wydajnego działania systemu, którą Zamawiający zakupi we własnym zakresie (zał. nr 2).

Niedołączenie do formularza ofertowego ww. załącznika będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

We wzorze załącznika nr 2 do Formularza ofertowego Zamawiający wymagał podania w tabeli parametrów i cech charakterystycznych platformy wirtualizacyjnej, systemu operacyjnego serwerów, serwera fizycznego, macierzy dyskowej, urządzenia do wykonywania kopii zapasowych (urządzenie taśmowe) oraz oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych.

Zgodnie z § 5 ust. 1 projektu umowy, Zamawiający zakupi elementy infrastruktury informatycznej, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Wykonawcę, określonymi w załączniku do Formularza Ofertowego na dostawę przedmiotu zamówienia, o którym mowa w § 1 ust. 1, w terminie 4 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem § 9 ust. 12. Zgodnie z § 5 ust. 2 projektu umowy, *jeżeli elementy infrastruktury informatycznej, zakupione przez Zamawiającego zgodnie z wymaganiami Wykonawcy, zawartymi w załączniku do Formularza Ofertowego na dostawę przedmiotu zamówienia, w okresie wsparcia technicznego i serwisu SYSTEMU (§ 2 pkt 15) przestaną spełniać którekolwiek z wymagań opisanych w § 9 ust. 10 w zakresie wydajnej pracy SYSTEMU, Wykonawca zobowiązany jest w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 1, dostarczyć Zamawiającemu, zainstalować i skonfigurować w Urzędzie dodatkowe elementy tej infrastruktury oraz dostarczyć wymagane licencje lub certyfikaty tak, aby SYSTEM spełniał wymagania opisane w § 9 ust. 10, w terminie 20 dni roboczych od dnia zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego, zgodnie z § 9 ust. 12 (...).*

Odwołujący załączył do oferty Wykaz infrastruktury sprzętowej i systemowej, niezbędnej do prawidłowego i wydajnego działania systemu, którą Zamawiający zakupi we własnym zakresie. Wykaz został przez Odwołującego opatrzony klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z 7 marca 2017 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu obu ofert złożonych w postępowaniu oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1

pkt 1 ustawy Pzp. W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający poinformował, że odrzuca tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wskazał, że złożony wykaz infrastruktury sprzętowej i systemowej jest niezgodny z treścią SIWZ. Zamawiający podał, że opis tej infrastruktury narusza zasadę uczciwej konkurencji w następującym zakresie:

- Opis platformy wirtualizacyjnej zawarty w wierszu dotyczącym „Funkcji oprogramowania”, w szczególności pkt 3, 4, 5, 7 i 8 wskazuje na platformę tylko jednego producenta,
- Opis serwera fizycznego – w szczególności cechy charakterystyczne dla „Obudowy” – wskazują na serwer tylko jednego producenta,
- Opis macierzy dyskowej – a zwłaszcza dwa zapisy zawarte w pkt 10 i 18 – wskazują na macierz tylko jednego producenta.

Zamawiający wskazał, że wykonawca, opisując cechy charakterystyczne systemu operacyjnego serwerów, tylko raz – opisując cechy charakterystyczne systemu operacyjnego serwerów – użył sformułowania „lub równoważne”, jednak nie określił kryteriów spełniających taką równoważność, czego Zamawiający wymagał w SIWZ. Wobec odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ Zamawiający odstąpił od wezwania na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących pełnomocnictw i uznał, że oferta podlega odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Art. 87 ust. 2 pkt 3 stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu, że jego oferta w zakresie wskazanym przez Zamawiającego nie odpowiada treści SIWZ oraz nie polemizował z podstawami faktycznymi stwierdzenia takiej niezgodności. Podniósł jedynie, że jest to niezgodność, która nie powinna prowadzić do odrzucenia oferty, podlega ona bowiem poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze – oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie – niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie – poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Wystąpienie w ofercie Odwołującego niezgodności

z wymogami SIWZ jest okolicznością przyznaną w treści odwołania. Przyjmując nawet założenie, że niezgodność ta była wynikiem omyłki, rozstrzygnięcia wymagało, czy jej poprawienie doprowadzi do istotnych zmian w treści oferty.

Odnosząc się do powyższej kwestii w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Odwołujący nie kwestionował odwołaniu faktu, że stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność dotyczy treści oferty, zatem już tylko z tego powodu wątpliwości zgłoszone przez Odwołującego podczas rozprawy, a dotyczące tego, czy załącznik nr 2 do Formularza ofertowego stanowi treść tej oferty, nie zasługują na uwzględnienie. Niezależnie jednak od tego, w ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości, że załącznik ten jest treścią oferty, określa on bowiem elementy istotne dla realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z postanowieniami przyszłej umowy Zamawiający zobowiązany będzie do zakupu infrastruktury sprzętowej i systemowej wskazanej przez wykonawcę, a zaprzestanie spełniania wymagań w zakresie wydajnej pracy zamawianego systemu spowoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku dostarczenia dodatkowych elementów tej infrastruktury. Cechy tej infrastruktury – wbrew teom Odwołującego prezentowanym na rozprawie – nie stanowiły zatem żadnych zaleceń ani sugestii, a wpływały na zakres obowiązków i odpowiedzialności stron przyszłej umowy. Cechy tej infrastruktury miały bowiem zapewniać działanie zamawianego systemu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Następnie zauważyć należy, że wykonawcy mieli obowiązek sporządzić wykaz infrastruktury, która jest niezbędna, aby system działał prawidłowo i wydajnie. Określenie cech tej infrastruktury miało zatem na celu zapewnienie należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca określał parametry sprzętu, przy zastosowaniu którego dostarczony system będzie działał zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, a w przeciwnym wypadku wykonawca poniesie odpowiedzialność kontraktową. Już z tego powodu parametry te należy uznać za istotny element oferty. Oferta Odwołującego, po wykreśleniu zakwestionowanych parametrów byłaby ofertą inną, niż przed poprawieniem omyłki, inaczej kształtowałyby obowiązki Zamawiającego dotyczące zakupu sprzętu, a przedmiot zamówienia musiałby zostać wykonany przy użyciu sprzętu o innych cechach, niż pierwotnie opisane w ofercie. W przypadku wykreślenia cech wskazujących na konkretne produkty Zamawiający miałby dowolność doboru parametrów. Tym samym powstałoby pytanie o wpływ tychże parametrów na działanie systemu. Tymczasem Zamawiający nie po to żądał od wykonawców określenia cech infrastruktury, aby samodzielnie, w zastępstwie wykonawcy, dokonywać ustaleń co do ich istotności dla działania systemu, którego architektury nie zna, a który dostarczy i wdroży wykonawca.

Nie sposób zaakceptować tezy Odwołującego, że kwestia prawidłowego działania systemu z wykorzystaniem sprzętu niespełniającego zakwestionowanych parametrów byłaby ryzykiem, które wykonawca wzięłby na siebie wykonawca wyrażając zgodę na poprawienie omyłki. Niweczyłoby to cel, jak przyświecał żądaniu przez Zamawiającego opisaną infrastrukturę, którą zobowiązany będzie zakupić, a było nim zapewnienie przez dostawcę systemu, że zakupiony przez Zamawiającego sprzęt będzie odpowiedni do wykonania przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się z kolei do kwestii wpływu parametrów platformy wirtualizacyjnej, serwera fizycznego oraz macierzy dyskowej na prawidłowość działania i wydajność systemu, przede wszystkim podkreślić należy, że brak takiego wpływu nie został podniesiony w odwołaniu, ale dopiero podczas rozprawy. Tymczasem jeśli Odwołujący upatrywał możliwości poprawienia omyłki w tym, że zakwestionowane parametry sprzętu nie wpływają na działanie systemu, to jest okoliczność stanowiąca podstawę faktyczną formułowanych zarzutów, które muszą być sprecyzowane już w treści odwołania. W tej sytuacji na marginesie jedynie zauważyć należy, że podniesiony na rozprawie brak takiego wpływu na działanie systemu był jedynie gołosłownym twierdzeniem Odwołującego i nie został w żaden sposób wykazany. Dodatkowo Odwołujący w swojej wypowiedzi odwołał się do niskiego prawdopodobieństwa wpływu kwestionowanych parametrów na pracę systemu, a stopień prawdopodobieństwa wystąpienia takiego wpływu w żadnej mierze nie może być podstawą wniosków o istotności tych elementów treści oferty.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: