

POSTANOWIENIE

z dnia 20 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **20 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2014 r.

przez wykonawcę: **Matic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja hurtowni danych SAP BW wraz z rozszerzeniem o nowe funkcjonalności poprzez migrację systemu na nową platformę technologiczną* (nr postępowania Z-362 – 17/14)

prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy: **SID sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: Matic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego 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 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Modernizacja hurtowni danych SAP BW wraz z rozszerzeniem o nowe funkcjonalności poprzez migracje systemu na nową platformę technologiczną* (nr postępowania Z-362-17/14). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 12 listopada 2014 r. pod nr 2014/S_218-385263. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} na swojej stronie internetowej {www.wroclaw.sa.gov.pl}. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

29 grudnia 2014 r. Odwołujący – Matic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „Matic”} wniósł, w formie pisemnej, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp ustawy pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty SID sp. z o.o. {spółka zwana również dalej w skrócie „SID”}, która jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie oferowanego sprzętu oraz serwisu producenta Hi-Care Onsite Premier 24x7x4H Engineer Onsite Service_3 Year.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku: odrzucenia oferty SID, ewentualnie – wezwania SID do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków przedmiotowych.
3. Ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowo odwołujący sprecyzował powyższy zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{zarzut pierwszy}

Po pierwsze – Odwołujący zarzucił, że oferta SID jest niezgodna z postanowieniami SIWZ zawartymi w rozdziale III pkt 9 i 10 oraz dziale II SIWZ (*Wymagania techniczne i funkcjonalne dla infrastruktury serwerowej*) pkt 2 i pkt 4.1.1.

Odwołujący podał następujące brzmienie powyżej wskazanych postanowień rozdziału

III SIWZ:

9. W zakresie infrastruktury serwerowej oferowany sprzęt musi być certyfikowaną konfiguracją zgodną z SAP HANA dostępną na stronie SAP HANA Hardware Certification – Appliance (HANA-HWC-AP SU 1.0) – <http://scn.sap.com/docs/DOC-52522> – w przypadku zaoferowania technologii database in-memory równoważnej do SAP HANA, dostarczony sprzęt musi posiadać certyfikat producenta oferowanej technologii database in-memory, z którego będzie wynikało, że można go stosować bez żadnych ograniczeń w połączeniu z oferowaną technologią database in-memory dla posiadanych przez Zamawiającego aplikacji SAP. Oferowany sprzęt równoważny musi być objęty wsparciem technicznym producenta w zakresie oferowanych komponentów programowych oraz infrastruktury serwerowej dla oferowanej technologii database in-memory oraz posiadanych przez Zamawiającego aplikacji SAP.

10. Na potwierdzenie warunku przedmiotowego określonego w pkt. 9 wymagane jest dostarczenie certyfikatu lub oświadczenia producenta o zgodności oferowanego sprzętu z certyfikowanym rozwiązaniem dla SAP HANA; w przypadku zaoferowania produktu równoważnego wymagane jest dostarczenie certyfikatu lub oświadczenia producenta o zgodności oferowanego sprzętu z rozwiązaniem aplikacyjnym.

Odwołujący zarzucił, że ponieważ zaoferowana przez SID konfiguracja sprzętu nie jest dostępna na powyżej wskazanej stronie SAP HANA Hardware Certification – Appliance (HANA-HWC-AP SU 1.0), świadczy to o braku spełnienia wymagania z pkt 9 rozdziału III, aby w zakresie infrastruktury serwerowej oferowany sprzęt był certyfikowaną konfiguracją zgodną z SAP HANA dostępną na tej właśnie stronie internetowej.

Niezależnie od tego Odwołujący zarzucił, że zaoferowana przez SID macierz OceanStor S2200T V1 V100R005 (element oferowanej konfiguracji sprzętowej) nie występuje w żadnej certyfikowanej przez SAP konfiguracji dotyczącej serwerów pod rozwiązanie SAP HANA, w związku z czym nie spełnia ona wymagań SIWZ. Odwołujący dodał, że załączony do oferty certyfikat również nie wskazuje, aby macierz ta występowała w certyfikowanej przez SAP konfiguracji.

{zarzut drugi}

Odwołujący następnie podał, że zgodnie z rozdziałem II pkt 4 SIWZ oferowane serwery muszą posiadać min. 4 procesory Intel® Ivy Bridge EX E7 4880v2.

Natomiast w ofercie SID (na str. 28.) znajduje się certyfikat wystawiony przez SAP AG, w którym zdefiniowane są parametry techniczne sprzętu, m.in. rodzaj procesora: *Używane procesor: 4 x Intel Ivybridge EX E7 4890v2*. Jednocześnie SID na str. 5. oferty w formularzu ofertowym wskazuje na zaoferowanie innego procesora, niż wymieniony w załączonym certyfikacie: *5. Oferujemy urządzenia o następujących danych: (...) 3) Ilość*

i typ CPU: 4x Intel Ivybridge EX Xeon E7-4880v2 15 Core.

Po drugie – Odwołujący zarzucił, że ponieważ SID nie przedstawił – zgodnie z wymaganiami SIWZ – certyfikatu dla zaoferowanej konfiguracji sprzętowej, a przedstawiony certyfikat wskazuje na sprzęt odmienny od zaoferowanego – powinno być to powodem odrzucenia tej oferty.

{zarzut trzeci}

Po trzecie – Odwołujący zarzucił, że oferta SID jest niezgodna z SIWZ również w zakresie serwisu oferowanego sprzętu.

Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem II pkt 4 SIWZ Zamawiający wymagał zapewnienia wsparcia gwarancyjnego dla oferowanego sprzętu na poniższych warunkach:
Wsparcie gwarancyjne na okres 3 lat, spójne z poziomem serwisu istniejącego serwera, realizowane przez serwis producenta, obejmujące:

i. Zintegrowane wsparcie proaktywne i reaktywne obejmujące sprzęt, system operacyjny oraz możliwość współpracy z serwisem SAP w zakresie zgłoszeń dotyczących oprogramowania SAP HANA

ii. Pomoc techniczną świadczoną w siedzibie Zamawiającego w trybie 24x7, włączając dni wolne od pracy

iii. 6 godzinny gwarantowany czas usunięcia awarii sprzętowej w siedzibie klienta od momentu zgłoszenia

iv. 2 godzinną reakcją na problemy z oprogramowaniem (system operacyjny SUSE) realizowane przez serwis producenta sprzętu od momentu zgłoszenia

v. Świadczenie serwisu w miejscu instalacji sprzętu w przypadku problemów technicznych, których nie można usunąć zdalnie

vi. Rekomendacje w zakresie dostępnych zmian w mikrokodach, sterownikach, w przypadku oprogramowania oraz rekomendacje odnośnie poprawek i aktualizacji systemu operacyjnego, nowych wersji oprogramowania funkcjonalnego dostarczanego z produktem.

vii. Cykliczny (min. 2 razy w ciągu roku) audyt konfiguracji w celu optymalizacji wydajności systemu określenia potencjalnych zagrożeń wynikających z konfiguracji sprzętu i oprogramowania objętego wsparciem

viii. Dostępności części zamiennych dla sprzętu objętego wsparciem

ix. Raportowanie incydentów występujących w środowisku

x. Procedury eskalacyjne

xi. Dostęp do aktualizacji oprogramowania i dokumentacji produktu objętego wsparciem

xii. Możliwość zgłaszania problemów telefonicznie (dedykowany numer), pocztą elektroniczną, porta

Dedykowane wsparcie serwisowe w zakresie SAP HANA.

Odwołujący zrelacjonował także, że SID zaoferował sprzęt producenta Huawei (str. 5 oferty), zaś standard serwisu został przez niego określony jako Hi-Care Onsite Premier 24x7x4H Engineer Onsite Service_3 Year.

Odwołujący zarzucił, że według opisu producenta sprzętu serwis o standardzie oferowanym przez SID nie spełnia wymagań SIWZ, a wsparcie gwarancyjne nie jest spójne z poziomem serwisu istniejącego serwera, realizowanym przez serwis producenta, gdyż – jak wynika ze specyfikacji serwisu Hi-Care Onsite Premier 24x7x4H Engineer Onsite Service_3 Year – w tym standardzie nie obejmuje on następujących spośród powyżej wymienionych wymagań: i, iii, iv, vi, vii, ix oraz dedykowanego wsparcia serwisowego w zakresie SAP HANA.

{podsumowanie}

Odwołujący podsumował, że zaniechania Zamawiającego w zakresie należytej oceny dokumentów przedstawionych przez SID *na potwierdzenie warunków spełnienia SIWZ* doprowadziły do nieprawidłowej oceny oferty tego Wykonawcy, gdyż niezgodności w zakresie zaoferowanej platformy sprzętowej powinny spowodować odrzucenie tej oferty.

{brak podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 pzp}

Według Odwołującego powyższe braki i uchybienia oferty SID nie mogły i nie mogą podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, z następujących powodów.

Po pierwsze – zaoferowanie konfiguracji sprzętowej, w tym macierzy, niewskazanych na podanej w SIWZ stronie internetowej nie polega na braku załączenia do oferty dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp.

Po drugie – SID dla oferowanych procesorów Intel przedstawił certyfikat, który nie potwierdza, że są one zgodne z wymaganiami SIWZ. Jednocześnie załączył już certyfikat, który nie potwierdza spełnienia wymogów SIWZ. Wyklucza to możliwość wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż przepis ten dotyczy uzupełnienia brakujących dokumentów lub dokumentów nieprawidłowo złożonych, a nie dokumentów, które wykonawca złożył i z których wynika, że nie spełnia on wymagań z SIWZ.

Po trzecie – art. 26 ust. 3 pzp nie stosuje się, gdy istnieją podstawy odrzucenia oferty wykonawcy, które znajdą zastosowanie bez względu na prawidłowość złożonych przez wykonawcę dokumentów – np. niezgodność treści oferty z treścią SIWZ – co ma miejsce w tym przypadku.

{brak podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 pzp}

Zdaniem Odwołującego powyższe braki i uchybienia nie mogą również zostać skorygowane i uzupełnione w drodze wyjaśnień oferty, gdyż prowadziłyby to do istotnej zmiany jej treści, a także podjęcia przez Zamawiającego niedopuszczalnych negocjacji z Wykonawcą w tym zakresie (art. 87 ust. 1 pzp).

Sygn. akt KIO 2809/14

Pismem z 8 stycznia 2015 r. Zamawiający poinformował, że 29 grudnia 2014 r. przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu.

30 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej – zgłoszenie przez SID sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

5 stycznia 2015 r. wpłynęło do Izby pismo Zamawiającego, w którym poinformował, że w związku z wniesionym przez Wykonawcę: *Matic Sp. z o.o. (...) odwołaniem z dnia 29.12.2009 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, unieważnia w dniu 05.01.2015 r. wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokona ponownego badania i oceny złożonych ofert.*

14 stycznia 2015 r. Izba – działając na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.) – wezwała Przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego. Przystępujący potwierdził otrzymanie wezwania 14 stycznia 2015 r.

W zakreślonym terminie Przystępujący nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba

umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W ocenie składu orzekającego Izb pismo z 5 stycznia 2015 r. należało potraktować jako odpowiedź na odwołanie, w której – w związku z uznaniem zasadności zarzutów powyższego odwołania – Zamawiający poinformował Izbę o uczynieniu zadość zawartemu w odwołaniu żądaniom: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania powtórnego badania i oceny ofert.

Należy zauważyć, że odwołanie w zakresie czynności do powtórzenia zawierało alternatywne żądania: odrzucenia oferty Przystępującego albo wezwania go do uzupełnienia dokumentów. Ponieważ żądania pozostają w ścisłym związku z zarzutami, należy uznać, że odwołanie *de facto* zawierało również alternatywne zarzuty: zaniechania definitywnego odrzucenia oferty Przystępującego albo zaniechania wezwania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w s.i.w.z. Z kolei skoro Zamawiający uznał konieczność powtórzenia badania i oceny oferty Przystępującego, uznał tym samym, że oferta ta zawiera braki, które należy uzupełnić. Z tego względu uczynienie przez Zamawiającego zadość jednemu z alternatywnych żądań – co musiało wynikać z uwzględnienia zasadności jednego z alternatywnych zarzutów, skoro powtórzenie czynności badania i oceny ofert jest związane z wniesionym odwołaniem – jest wystarczające dla uznania zaistnienia stanu uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Istotą alternatywnych zarzutów i żądań jest to, że wzajemnie się wykluczają, stąd obiektywnie nie jest możliwe uznanie zasadności obu zarzutów, ani uczynienie zadość obu żądaniom.

Zważając na powyższe Izba zinterpretowała odpowiedź na odwołanie z 15 stycznia 2015 r., w której Zamawiający formalnie oświadczył, że wnosi o oddalenie odwołania, w kontekście okoliczności podanych w uzasadnieniu tego pisma. Zdaniem Zamawiającego odwołanie podlega oddaleniu, gdyż po unieważnieniu wyboru oferty Przystępującego i pozytywnej oceny tej oferty, czynności zakwestionowane w odwołaniu – jak to określił Zamawiający – wygasły. Niezależenie od tego, czy stanowisko takie jest prawidłowe, wynika z niego, że później zgłoszony wniosek wynika z faktu uprzednio złożonego oświadczenia o uczynieniu zadość żądaniom odwołania, w tym jednemu z żądań alternatywnych. Zamawiający nie wycofał się, ani nie uchylił unieważnionych i powtórzonych, jak ponownie

wskazał – w związku z wniesionym odwołaniem, czynności. Aktualna zatem pozostaje powyżej wyrażona ocena znaczenia pisma Zamawiającego z 5 stycznia 2015 r.

Nie zmieniają jej również pozostałe okoliczności podniesione w uzasadnieniu pisma z 15 stycznia 2015 r., które sprowadzają się, przede wszystkim, do obszernego, acz bez konkretnego odniesienia do okoliczności tej sprawy, wyводу na temat uprawnienia zamawiających do samodzielnej weryfikacji czynności podjętych w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Stanowisko Zamawiającego jest niespójne, gdyż z jednej strony potwierdza on, że unieważnił i powtórzył czynności w związku z wniesionym odwołaniem, a z drugiej jednocześnie sugeruje, że uczynił to w ramach autokontroli. Poza tym Zamawiający ogólnikowo wskazał, że uprzednio podjęte czynności były częściowo błędne i obarczone wadą, nie precyzując tego w odniesieniu do zarzutów odwołania.

Przystępujący, pomimo umożliwienia złożenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, nie skorzystał z tego uprawnienia.

Izba zważyła, że – co do zasady – dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. W tej sprawie, ponieważ Zamawiający uczynił już zadość żądaniom odwołania, należało uznać, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, czemu z kolei nie oponował Przystępujący.

Wobec powyższego Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Uczestnika przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący: