

Sygn. akt: KIO 1784/20

WYROK
z dnia 16 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Matecka**
Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2020 r. przez wykonawcę Infonet Projekt Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku - Białej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Instytut Ekologii Terenów Uprzemysłowionych z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, 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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Instytut Ekologii Terenów Uprzemysłowionych z siedzibą w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. dostawa infrastruktury serwerowej oraz oprogramowania na potrzeby realizacji projektu InfoSMOG-MED. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 czerwca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 553302-N-2020.

I. W dniu 29 lipca 2020 r. wykonawca Infonet Projekt Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku - Białej (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na:

- 1) czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Alto Computers M. B., R. W. Spółka Jawna z siedzibą w Zabrze,
- 2) czynność badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego,
- 3) czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 4) z ostrożności procesowej - zaniechanie czynności poprawienia w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- 5) z ostrożności procesowej - zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- 6) zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) z ostrożności procesowej - naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w sposób wskazany w uzasadnieniu

odwołania, i w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego;

- 3) z ostrożności procesowej - naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie niezbędnym do poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, i w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego;
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Alto Computers M. B., R. W. Spółka Jawna z siedzibą w Zabrze jako oferty najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzył czynność badania i oceny oferty odwołującego;
- 4) w razie konieczności wezwał odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie niezbędnym do poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- 5) w razie konieczności poprawił w ofercie odwołującego inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w sposób wskazany w treści odwołania;
- 6) w konsekwencji dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał, że zarzucana jego ofercie sprzeczność z treścią SIWZ w rzeczywistości nie ma miejsca, gdyż po pierwsze zamawiający nie nakazał w SIWZ, aby w ofercie podać informacje co do wersji/rodzaju licencji dostępowych (licencji CAL), po drugie nie nakazał też w SIWZ, aby podana przez wykonawcę w ofercie strona zawierała informacje o statusie naprawy. Odrzucenie jego oferty opiera się wyłącznie na przyjętej przez zamawiającego wykładni wymagań SIWZ i co więcej wykładni pozbawionej podstaw, sprzecznej z literalnym brzmieniem SIWZ i stanowiącej rażącą nadinterpretację tego, co faktycznie wynika z SIWZ. W ocenie odwołującego, jeśli nawet by przyjąć, że wykonawcy w swoich ofertach mieli podać informacje co do

wersji/rodzaju licencji dostępowych (licencji CAL), względnie że to podana przez wykonawcę w ofercie strona internetowa ma zawierać informacje o statusie naprawy, to każda z powyższych niezgodności oferty odwołującego może zostać usunięta na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czyli poprzez poprawienie w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, po ewentualnym złożeniu przez odwołującego wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 15 września 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez odwołującego stwierdzając, iż jest ono oparte na wykładni postanowień SIWZ niezgodnej z ich dosłownym brzmieniem, co potwierdza między innymi treść ofert pozostałych wykonawców. W ocenie zamawiającego nie było podstaw do poprawienia treści oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na brak w treści oferty niezbędnych informacji, w oparciu o które takie poprawienie mogłoby nastąpić. Za niedopuszczalne, jako prowadzące do zmiany treści oferty, zamawiający uznał również zastosowanie względem oferty odwołującego instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Pismem z dnia 24 lipca 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców m. in. o wyborze oferty wykonawcy Alto Computers M. B., R. W. Spółka Jawna z siedzibą w Zabrze jako oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. W odniesieniu do odrzucenia oferty odwołującego zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie:

„Wykonawca w tabeli specyfikacji technicznej, w pkt. III.1.12 punktów siódmy podał łączną liczbę licencji CAL = 20, nie podał natomiast wersji / rodzaju licencji. Brak tej informacji

uniemożliwia ocenę zgodności oferowanych licencji z wymaganiami zawartymi w Specyfikacji Techniczno-Cenowej.

Równocześnie Zamawiający nie mógł poprawić oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp, gdyż w całej ofercie nie znalazł informacji, jaki rodzaj licencji oferuje Wykonawca.

W Specyfikacji Techniczno-Cenowej w pozycji III.9. NAS. Pkt. 5.Gwarancja punkt 2. Zamawiający wymagał wskazania strony umożliwiającej sprawdzanie statusu naprawy. Wskazana przez Wykonawcę strona <https://www.qnap.com/service/product-warranty/pl-pl> zawiera ogólne informacje dotyczące rodzajów gwarancji udzielanych przez firmę QNAP.

Zamawiający nie mógł również w tym zakresie poprawić oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp, gdyż w całej ofercie nie znalazł informacji zawierającej adres strony, na której mógłby sprawdzić status naprawy.

W związku z powyższym Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy Infonet Projekt S.A. na podstawie art. 89 ust. 2) ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Przedmiotem zamówienia jest zakup infrastruktury serwerowej na potrzeby realizacji projektu InfoSMOG-MED.

W postanowieniu zawartym w pkt I.1.2 Specyfikacji techniczno-cenowej (część: specyfikacja cenowa) zamawiający zawarł następujące wymaganie w odniesieniu do serwerów z wirtualizatorem oraz systemem operacyjnym:

System operacyjny (należy podać wersję/rodzaj licencji wraz z liczbą licencji dostępowych)

Pod tabelą zamieszczoną w pkt I Specyfikacji techniczno-cenowej (część: specyfikacja cenowa) zostało zamieszczone dodatkowe postanowienie odnoszące się do drugiej kolumny tej tabeli [„Nazwa / producent / typ oferowanego sprzętu / urządzenia (*)] o następującej treści:

** Wykonawca zobowiązany jest podać nazwy oferowanego sprzętu / urządzeń (producent oraz typ). W przypadku serwera należy podać wersję/rodzaj licencji wirtualizatora oraz systemu operacyjnego wraz z liczbą licencji dostępowych*

W postanowieniu zawartym w pkt III. 1.12 Specyfikacji techniczno-cenowej (część: specyfikacja techniczna) zamawiający zawarł następujące wymaganie w odniesieniu do dostawy serwerów z wirtualizatorem oraz systemem operacyjnym – w zakresie oprogramowania systemowego:

Liczba licencji CAL umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 10 użytkowników

Należało podać łączną liczbę licencji CAL.

W postanowieniu zawartym w pkt III. 9.5 Specyfikacji techniczno-cenowej (część: specyfikacja techniczna) zamawiający zawarł następujące wymaganie dotyczące dostawy NAS – w zakresie gwarancji:

musi istnieć możliwość sprawdzenia statusu naprawy poprzez stronę internetową zabezpieczoną protokołem https

Należało podać link do strony.

Odwołujący zaoferował serwer HPE ProLiant DL560 Gen10

W odniesieniu do ww. wymagań odwołujący w treści oferty wskazał:

Pkt I.1.2 – System operacyjny Microsoft Windows Server 2019 Standard – 72szt./serwer (łącznie 144 szt. dla wszystkich rdzeni oferowanych serwerów)

Pkt III. 1.12 Specyfikacji techniczno-cenowej – łączna liczba licencji CAL:20

pkt III. 9.5 Specyfikacji techniczno-cenowej – Link do strony:
<https://www.qnap.com/service/product-warranty/pl-pl>

Odwołujący zaoferował serwer NAS QNAP TS-832XU-RP-4G. Ten sam serwer NAS zaoferował wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza – wykonawca Alto Computers M. B., R. W. Spółka Jawna z siedzibą w Zabrze. W odniesieniu do wymagania zawartego w pkt III. 9.5 Specyfikacji techniczno-cenowej wykonawca ten wskazał następujący link do strony: <https://www.qnap.com/pl-pl/download?model=ts-832xu-rp&category=firmware>.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła:

- 1) Izba ustaliła, iż treść oferty odwołującego nie jest sprzeczna z treścią SIWZ w odniesieniu do wymagania wskazanego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, a polegającego na niepodaniu wersji/rodzaju licencji dostępowych

Izba stwierdziła, iż w powyższym zakresie nie może być mowy o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, gdyż wymaganie podania wersji/rodzaju licencji dostępowych nie zostało zawarte w żadnym z postanowień SIWZ, na które powoływał się zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego - pkt I.1.2 oraz pkt III. 1.12 Specyfikacji techniczno-cenowej. Postanowienia te zostały sformułowane w sposób

jednoznaczny i nie nasuwają żadnych wątpliwości interpretacyjnych. W pkt I.1.2 Specyfikacji techniczno-cenowej dotyczącym systemu operacyjnego zamawiający wymagał podania wersji/rodzaju licencji wraz z liczbą licencji dostępowych. Z postanowienia tego wynika, że w odniesieniu do licencji dostępowych zamawiający wymagał podania jedynie liczby tych licencji. Taki sposób rozumienia ww. postanowienia ostatecznie przesądza dodatkowe pouczenie zawarte pod tabelą zamieszczoną w pkt I Specyfikacji techniczno-cenowej (zdanie drugie): „W przypadku serwera należy podać wersję/rodzaj licencji witalizatora oraz systemu operacyjnego wraz z liczbą licencji dostępowych”. Z kolei w pkt III. 1.12 Specyfikacji techniczno-cenowej zamawiający wymagał podania jedynie łącznej liczby licencji CAL. Zaprezentowana przez zamawiającego wykładnia ww. postanowień jest nie do pogodzenia z ich dosłownym brzmieniem. Na gruncie postanowień tej specyfikacji nie znajduje również potwierdzenia argumentacja zamawiającego co do tego, że wymóg podania wersji/rodzaju licencji dostępowych wynikał z tego, że pojęcie „licencja dostępowa” ma węższy zakres znaczeniowy od pojęcia „licencja”. O ile z takim ogólnym stwierdzeniem należy się zgodzić, to jednak w niniejszej sprawie wymaganie podania wersji/rodzaju odnosiło się nie do „licencji”, lecz „licencji systemu operacyjnego”. Treść ww. pouczenia zawartego pod tabelą zamieszczoną w pkt I Specyfikacji techniczno-cenowej ostatecznie przesądza tę kwestię, jak i przeczy twierdzeniom zamawiającego co do nieposługiwania się w treści specyfikacji pojęciem licencji dla systemu operacyjnego.

Dodatkowo należy zauważyć, iż okolicznością nie mającą w tym zakresie istotnego znaczenia jest fakt zawarcia informacji co wersji/rodzaju licencji dostępowych w ofertach pozostałych wykonawców. Na gruncie badania zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądzający charakter ma jednoznaczna treść postanowień specyfikacji, co też miało miejsce w niniejszej sprawie w zakresie wskazanym powyżej.

- 2) Izba ustaliła, iż treść oferty odwołującego nie jest sprzeczna z treścią SIWZ w odniesieniu do wymagania wskazanego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, a polegającego na niepodaniu strony internetowej umożliwiającej sprawdzenie statusu naprawy

Odwołujący zaoferował taki sam serwer NAS, co wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. A zatem w odniesieniu do tego serwera (QNAP TS-832XU-RP-4G) zamawiający pozytywnie zweryfikował wymóg postawiony w pkt III. 9.5 Specyfikacji techniczno-cenowej, który brzmiał: „musi istnieć możliwość sprawdzenia statusu naprawy poprzez stronę internetową zabezpieczoną protokołem https”. Powyższe w sposób

jednoznaczny przesądza spełnienie przez zaoferowany przez odwołującego serwer NAS wymogu zawartego w pkt III. 9.5 Specyfikacji techniczno-cenowej.

Jedynie dodatkowo należy zauważyć, iż w istocie zarówno odwołujący jak i wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wskazali ten sam adres strony internetowej, tj. <https://www.qnap.com>, natomiast różnice występują w zakresie podanej podstrony (część adresu wskazanego po „/”).

Izba zważyła, co następuje:

Mając na uwadze dokonane ustalenia faktyczne, przedstawione powyżej, tj. że:

- 1) treść oferty odwołującego nie jest sprzeczna z treścią SIWZ w odniesieniu do wymagania wskazanego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, a polegającego na niepodaniu wersji/rodzaju licencji dostępowych
- 2) treść oferty odwołującego nie jest sprzeczna z treścią SIWZ w odniesieniu do wymagania wskazanego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, a polegającego na niepodaniu strony internetowej umożliwiającej sprawdzenie statusu naprawy

- Izba stwierdziła, iż w odniesieniu do oferty odwołującego nie wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Brak sprzeczności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie podanym w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty jest oczywista i nie wymaga zastosowania instytucji uregulowanych przez ustawodawcę w art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała odwołanie za zasadne i w związku z tym orzekła jak w punkcie 1 sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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 rozliczenia (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:
.....
.....