

Sygn. akt KIO 1759/18

WYROK

z dnia 27 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 września 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KenBIT K. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Transition Technologies-Managed Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Enamor Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KenBIT K. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Transition Technologies-Managed Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KenBIT K. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Transition Technologies-Managed Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** 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 2017 r., poz. 1579 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaprojektowanie, wykonanie oraz dostarczenie środowiska teleinformatycznego spełniającego wymagania określone w przepisach o ochronie informacji niejawnych pozwalające na akredytację do poziomu NATO SECRET dla dwóch miejsc instalacji na terenie siedziby Zamawiającego: Laboratorium Integracji Oprogramowania (ang. SIL - Software Integration Laboratory) oraz kontenerów wykonanych w klasie TEMPEST B.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lutego 2018 r. pod numerem 2018/S 034-075039.

W dniu 3 września 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: KenBIT K. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Transition Technologies-Managed Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Enamor Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, dalej „Enamor”, pomimo jej niezgodności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Enamor jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Enamor; przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert w postępowaniu oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że zaoferowany przez Enamor monitor „Fujitsu E24-8 TS Pro” ma przekątną 23,8 cala. Tym samym nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż Zamawiający wielkość minimalną określił na 24 cale, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ Formularz Techniczny

Przedmiotu Zamówienia w tabeli nr 13 poz. II pkt 1, Załącznikiem nr 3B do SIWZ (Wymagania techniczne na sprzęt i oprogramowanie, strona 23, ppkt 4.2.1) oraz Załącznikiem nr 6a do OWU (str. 23). Ponadto, Enamor zaoferował oprogramowanie „VMware VSphere Enterprise Plus”, a w każdym zestawie w tabeli nr 4 jeden serwer czteroprocessorowy - pozycja 4, natomiast w tabeli nr 5 trzy serwery dwuprocessorowe na każdy zestaw. Tym samym oferta Enamor zawiera liczbę dziesięciu procesorów w każdym zestawie. Oznacza to, że wykonawca zaoferował co najmniej o 9 sztuk licencji za mało na każdy zestaw. Nie zaoferował bowiem oprogramowania VMware VSphere Enterprise Plus dla wszystkich procesorów, tj. w wymaganej przez Zamawiającego liczbie. Przyjmując sposób wyliczenia oferowanych sztuk produktów wykonawca Enamor zaoferował tylko jedną sztukę licencji zamiast 60 licencji (po 10 dla każdego zestawu).

Następnie Odwołujący wskazywał, że Enamor zaoferował przełącznik sieciowy „Juniper EX4600”, który występuje w czterech różnych konfiguracjach, więc nie sposób stwierdzić, który konkretnie został zaoferowany i czy spełnia on wymagania SIWZ. Podobna argumentacja dotyczyła monitorów marki „iiyama”, które także występują w dużej liczbie konfiguracji. Producent posiada w swojej ofercie 29 monitorów wielkoekranowych (tylko w zakresie konfiguracji publicznie dostępnych na stronie internetowej). Wskazanie wyłącznie oznaczenia producenta/marki nie pozwala Zamawiającemu stwierdzić, co konkretnie zostało zaoferowane i czy spełnia wymagania SIWZ.

Odwołujący podnosił, że w wyniku odpowiedzi na pytania stało się oczywistym, że Zamawiający oczekuje dwóch portów mikrofonowych i dwóch portów słuchawkowych bądź dwóch portów Combo (tj. łączących w sobie funkcje portu słuchawkowego i mikrofonowego). Wykonawca Enamor zaoferował urządzenie „Fujitsu Futro S940”, które nie spełnia wymagania SIWZ, bowiem posiada wyłącznie jeden port mikrofonowy i jeden port słuchawkowy. Następnie Odwołujący kwestionował wypełniony przez Enamor formularz, gdzie w pewnych pozycjach wprowadzono samą nazwę producenta bez żadnej szczegółowej specyfikacji, w szczególności nazwy, parametrów technicznych, numeru katalogowego, która była wymagana przez Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Enamor Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, dalej również „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, że parametr 23,8 cala nie odnosi się do przekątnej monitora, a do przekątnej matrycy. Podnosił, że Odwołujący błędnie utożsamia oprogramowanie (utwór w rozumieniu prawnoutorskim) z licencją do korzystania z oprogramowania, a więc prawem do korzystania z danego utworu. Zauważał, że Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ, w tym w Formularzu Technicznym, nie wymagał zadeklarowania przez wykonawcę liczby licencji, które zostaną udzielone w ramach realizacji zamówienia. Odwołujący nie wskazał, z którym postanowieniem SIWZ oferowany przełącznik miałby być niezgodny. Podobna argumentacja

została zaprezentowana w odniesieniu do monitorów wizyjnych. W ocenie Przystępującego wymóg łącznie 4 wyjść nie wynikał z treści SIWZ, niemniej potwierdził, że zaoferowany terminal dostępowy posiada 2 wejścia mikrofonowe i 2 wyjścia słuchawkowe. W zakresie zaś zarzutu opisanego w pkt 6 odwołania nie podano, które elementy oferty są rzekomo niezgodne z SIWZ.

Pismem z dnia 17 września 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie z uwagi wygaśnięcie pełnomocnictwa załączonego do odwołania oraz brak interesu w uzyskaniu zamówienia, ewentualnie oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, że w pkt 3.2 Załącznika nr 3b do SIWZ określił wielkość monitora jako całości, nie podając celowo obszaru roboczego, czyli tzw. przekątnej matrycy. Nie wymagał zadeklarowania przez wykonawcę liczby licencji, które zostaną udzielone w ramach realizacji zamówienia, tylko liczby oprogramowania. Następnie ocenił, że oferowany przez Przystępującego przełącznik Juniper EX4600 w każdej konfiguracji, która istnieje na rynku spełnia wymagania funkcjonalne wyszczególnione w SIWZ. Ponadto, monitor „iiyama” bez wskazania konkretnego modelu, nie stanowi niezgodności z SIWZ. Zamawiający ustalił bowiem, że został mu zaoferowany monitor zgodny z jego oczekiwaniami funkcjonalnymi i technicznymi. Nie podzielał argumentacji Odwołującego że wyspecyfikował typ portów terminali dostępowych, zaoferowane zaś urządzenie posiada 2 wejścia mikrofonowe i 2 wyjścia słuchawkowe frontowego portu mikrofonowego i słuchawkowego oraz tylnego portu liniowego, który jest wykorzystywany jako mikrofonowy i słuchawkowy.

W dniu 24 września 2018 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, wskazując że cofa zarzut opisany w pkt 6 uzasadnienia odwołania, a podtrzymuje odwołanie w pozostałym zakresie. Podnosił, że stosowanie oznaczenia wielkości monitora poprzez wskazanie podanej w calach długości przekątnej matrycy, jest powszechną praktyką rynkową. Tym samym dane dotyczące wielkości monitora wyrażone w calach dotyczą zawsze przekątnej matrycy. Uznał za absurdalną tezę, że wymaganie dotyczące wielkości monitora wraz z obudową (ramką) ma uzasadnienie funkcjonalne. Wskazywał, że rozumienie wymagania podania liczby oferowanych produktów nie ma żadnego uzasadnienia celowościowego, bowiem podanie „liczby oprogramowania” nie ma z punktu widzenia Zamawiającego jakiegokolwiek znaczenia. Stwierdził, że oferta Enamor jest sprzeczna z SIWZ nie dlatego, że oferowane urządzenia (przełącznik sieciowy, monitor) nie posiadają wymaganych funkcjonalności (ponieważ nie można ustalić, jakie urządzenie jest oferowane), lecz dlatego że nie zawierają wymaganych przez Zamawiającego informacji.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego oraz dowodach złożonych na rozprawie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 i 24 września 2018 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wykonanie oraz dostarczenie środowiska teleinformatycznego spełniającego wymagania określone w przepisach o ochronie informacji niejawnych pozwalające na akredytację do poziomu NATO SECRET dla dwóch miejsc instalacji na terenie siedziby Zamawiającego: Laboratorium Integracji Oprogramowania (ang. SIL - Software Integration Laboratory) oraz kontenerów wykonanych w klasie TEMPEST B. Zgodnie z pkt 9.3 SIWZ oferta winna zawierać m.in. wypełniony Formularz oferty, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ, oraz wypełniony Formularz Techniczny, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 18 000 000,00 zł. Według informacji zamieszczonej w protokole postępowania, podstawą ustalenia wartości zamówienia była analiza rynku oraz planowany koszt prac. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 22 140 000,00 zł.

W wyznaczonym terminie złożono 3 oferty: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KenBIT K. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Transition Technologies-Managed Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 25 943 305,26 zł, wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie na kwotę 31 781 983,60 zł oraz wykonawcy Enamor Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni na kwotę 21 771 520,29 zł.

W dniu 24 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Enamor Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Chybiony był wniosek o odrzucenie odwołania z uwagi na brak stosownego umocowania do jego złożenia. Izba podziela pogląd Zamawiającego oraz Przystępującego, że z treści pełnomocnictw udzielonych przez konsorcjantów liderowi konsorcjum wynika, iż przedmiotowe pełnomocnictwa wygasły, z dniem poinformowania Odwołującego przez Zamawiającego o niewybraniu wspólnie złożonej oferty przez konsorcjum, tj. w dniu 24 sierpnia 2018 r. Niemniej powyższe okoliczności nie stanowią podstawy do odrzucenia odwołania, co podkreślał Zamawiający, uzasadniając przedmiotowy wniosek. Powyższe należy poczytywać za uchybienie formalne podlegające poprawieniu, o czym poniżej, i obarczone, w razie jego nieusunięcia, sankcją inną niż odrzucenie odwołania.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący załączył do odwołania następujące pełnomocnictwa:

1. pełnomocnictwo z dnia 30 sierpnia 2018 r. udzielone p. P.N., p. K.G., p. M.B. przez p. D.K., działającego w imieniu KenBIT K. i Wspólnicy Spółka Jawna, jako lidera konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KenBIT K. i Wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Transition Technologies-Managed Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum udzielonego przez członków konsorcjum do reprezentowania w postępowaniu, obejmujące, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia wniosku Zamawiającego oraz Przystępującego, uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie przepisów ustawy Pzp i reprezentowania przed Izbą.
2. pełnomocnictwo z dnia 16 marca 2018 r. udzielone KenBIT K. i Wspólnicy Spółka Jawna przez p. P. S. oraz p. G. G., reprezentujących S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, uprawniające, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia wniosku Zamawiającego oraz Przystępującego, do samodzielnego występowania przed Izbą oraz składania w imieniu konsorcjum odwołań. Z treści pełnomocnictwa wynikało, że jest ważne na czas nieoznaczony z zastrzeżeniem, iż *wygasa z dniem poinformowania przez Zamawiającego o niewybraniu wspólnie złożonej oferty przez konsorcjum.*
3. pełnomocnictwo z dnia 16 marca 2018 r. udzielone KenBIT K. i Wspólnicy Spółka Jawna przez p. S.S., reprezentującego Transition Technologies-Managed Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, uprawniające, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia wniosku Zamawiającego oraz Przystępującego, do samodzielnego występowania

przed Izbą oraz składania w imieniu konsorcjum odwołań. Z treści pełnomocnictwa wynikało, że jest ważne na czas nieoznaczony z zastrzeżeniem, iż *wygasa z dniem poinformowania przez Zamawiającego o niewybraniu wspólnie złożonej oferty przez konsorcjum.*

Na posiedzeniu w dniu 18 września 2018 r. pełnomocnik Odwołującego twierdził, że uprawnienie do wniesienia odwołania wynikać miało z pełnomocnictw wymienionych powyżej, a poinformowanie przez Zamawiającego o niewybraniu wspólnie złożonej oferty przez konsorcjum dotyczy decyzji prawomocnej, ostatecznej.

Powyższe okoliczności uzasadniały, zdaniem Izby, wniosek o przekroczeniu przez osobę, która podpisała odwołanie, zakresu udzielonego jej pełnomocnictwa, jako że nie dysponowała ona uprawnieniem do wniesienia odwołania, a jedynie uprawnieniem do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu aż do poinformowania wykonawcy o niewybraniu jego oferty jako najkorzystniejszej. Izba stoi na stanowisku, że pełnomocnictwo jest oświadczeniem woli podlegającym wykładni, która ma zmierzać do ustalenia rzeczywistej woli mocodawcy. Nie uzasadnia to jednak twierdzenia o istnieniu podstawy prawnej odrzucenia odwołania, której zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, nie wskazał.

W przypadku braku pełnomocnictwa należy go traktować jako uchybienie formalne, które może zostać usunięte w następstwie wezwania skierowanego do odwołującego przez Prezesa Izby (§ 9 w zw. z § 4 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1092), bądź przez skład orzekający (§ 13 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 i § 4 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia). Natomiast skutkiem niezuzupełnienia wspomnianego braku formalnego jest zwrot odwołania, nie zaś jego odrzucenie, co wynika z § 9 ww. rozporządzenia. Z uwagi na powyższe Izba uznała za zasadne wezwanie Odwołującego do złożenia pełnomocnictwa (pełnomocnictw) uprawniającego (uprawniających) do wniesienia odwołania w terminie 3 dni pod rygorem jego zwrotu. Reasumując, wnioski o odrzucenie odwołania zostały przez Izbę oddalone. Ponadto, wobec uzupełnienia przez Odwołującego stosownego pełnomocnictwa, odwołanie podlegało rozpatrzeniu.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Izba nie podzieliła

argumentacji Zamawiającego jakoby Odwołujący nie posiadał interesu w uzyskaniu zamówienia, bowiem cena jego oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a kwota ta, z przyczyn organizacyjno-budżetowych, nie zostanie zwiększona. Zamawiający podnosił również, że w przypadku uwzględnienia odwołania Zamawiający unieważniłby postępowanie, co stanowi także przesłankę (brak interesu) do odrzucenia odwołania. W ocenie Izby takie stanowisko Zamawiającego jest bezzasadne. Zgodnie z utrwalonym poglądem w orzecznictwie, zarówno Izby jak i sądów okręgowych, brak interesu w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi podstawy do odrzucenia odwołania. Przesłanka ta jest uznawana za materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania, której brak skutkuje oddaleniem odwołania, a nie jego odrzuceniem.

Wymaga również podkreślenia, że stanowisko Zamawiającego nie znajduje oparcia w art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeśli: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. W niniejszym stanie faktycznym ofertą najkorzystniejszą i ofertą z najniższą ceną jest oferta Przystępującego, zatem Zamawiający nie miał podstaw prawnych, aby rozważyć zastosowanie tego przepisu. Nadto, istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia należy oceniać na datę wniesienia odwołania. W tej dacie jak i na datę rozpoznania sprawy Odwołujący nie był wykonawcą z najkorzystniejszą ofertą, ani wykonawcą z najniższą ceną, tym samym wyeliminowanie konkurenta wybranego leżało jak najbardziej w jego interesie w uzyskaniu zamówienia. Należy również wskazać, że w dacie wnoszenia odwołania Odwołujący nie posiadał wiedzy o braku zamiaru Zamawiającego zwiększenia kwoty finansowania zamówienia do ceny jego oferty. Dodatkowo na datę wyrokowania nie przedłożono, poza stanowiskiem pełnomocnika Zamawiającego, jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego, że Zamawiający podjął decyzję o niezwiększeniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie niniejszego zamówienia. Tym samym nie ma podstaw do uznania, że Odwołujący w rzeczywistości zmierza do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Ponadto, wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W wyroku wydanym w sprawie C-689/13 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania. Wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć

udział i w ten sposób pośrednio je otrzymać. Z orzeczeń TSUE (np. wyrok w sprawie C-110/12 *Fastweb*, wyrok w sprawie C-131/16 *Archus et Gama*) jasno wynika, że Trybunał rozumie interes w uzyskaniu zamówienia szeroko, co na gruncie polskich przepisów przekłada się na to, że interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko *do danego postępowania*, ale *do danego zamówienia*. Pojęcie *danego zamówienia* jest więc pojęciem szerszym od pojęcia samego *postępowania o udzielenie zamówienia*. Zamówienia bowiem można udzielić nie tylko w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, ale tych postępowań może być więcej. W związku z powyższym wniosek Zamawiającego należało uznać za chybiony.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu związanego z parametrami monitora Izba ustaliła, że zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ - Formularz Techniczny Przedmiotu Zamówienia w tabeli nr 13 poz. II pkt 1, Załącznikiem nr 3B do SIWZ (Wymagania techniczne na sprzęt i oprogramowanie, strona 23, ppkt 4.2.1) oraz Załącznikiem nr 6a do OWU (str. 23) Zamawiający wymagał monitorów o parametrze *minimum 24" w formacie 16:9*. Wykonawcy składając ofertę byli zobowiązani uzupełnić Załącznik nr 2 do SIWZ - Formularz Techniczny Przedmiotu Zamówienia. Załącznik ten składał się z 13 tabeli, a każda z nich z 3 kolumn, gdzie kolumna pierwsza została nazwana *lp*, kolumna druga – *charakterystyka, parametry techniczne, cech funkcjonalne przedmiotu zamówienia i zamawiana ilość* – zawierała dane określone przez Zamawiającego oraz kolumna trzecia – *specyfikacja oferowanego przedmiotu zamówienia lub specyfikacja oferowanego przedmiotu zamówienia i oferowana ilość*. Zgodnie z uwagami znajdującymi się pod formularzem wykonawca w kolumnie pt. „*Specyfikacja oferowanego przedmiotu zamówienia*” lub „*Specyfikacja oferowanego przedmiotu zamówienia i oferowana ilość*”, w Tabelach nr 1-13, obowiązany jest opisać oferowany przedmiot zamówienia poprzez wskazanie odpowiednio: - parametrów technicznych, cech funkcjonalnych, charakterystyki przedmiotu zamówienia oraz, - producenta, nazwy (marki), numeru katalogowego przedmiotu zamówienia, jeśli jest znany.

Wykonawca Enamor złożył wraz z ofertą wypełniony Formularz Techniczny Przedmiotu Zamówienia, gdzie w tabeli nr 13 poz. II pkt 1 wskazał *Oferta zawiera rozwiązanie spełniające wymaganie. Wielkość matrycy 23,8" w formacie 16:9*. Oś sporu sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii czy długość przekątnej monitora wyrażona w calach dotyczy przekątnej matrycy, czy też nie. Odwołujący argumentował, że wskazanie wartości w calach jest w oczywisty sposób wskazaniem na wymaganą długość przekątnej wyświetlacza (matrycy). Natomiast Zamawiający i Przystępujący twierdzili, że na przekątną monitora składa się zarówno sama matryca monitora, jak i otaczająca ją ramka.

Izba podziela stanowisko, że wymóg Zamawiającego, czytając literalnie dotyczył monitora. Zamawiający wprost określił, aby długość przekątnej monitora wynosiła minimum 24", wymaganie to nie odnosiło się do długości przekątnej matrycy. Zatem nie sposób uznać, że mniejsza przekątna matrycy powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym bardziej, że wymiary ze specyfikacji technicznej oferowanego monitora (szerokość 553 mm, wysokość 330,2 mm) potwierdzają jednoznacznie po przeprowadzeniu wyliczenia matematycznego, że długość przekątnej monitora wynosi ponad 25". Zaoferowany przez Przystępującego monitor spełnia ww. parametr. Izba jako bezprzedmiotową uznała argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego dotyczącą pomijalnych czy też nieistotnych różnic w wymiarach przekątnej matrycy i monitora, bowiem postanowienie w SIWZ dotyczyło monitora, a nie matrycy.

Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć konkretnych, skwantyfikowanych i ustalonych poszczególnymi fragmentami specyfikacji. Występuje w sytuacji, gdy treść zobowiązania ofertowego pozostaje merytorycznie niezgodna z wyartykułowanymi przez zamawiającego w SIWZ wymaganiami. W ocenie Izby wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i posiadający doświadczenie w tej dziedzinie oraz znający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zdaje sobie sprawę, że oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podlega odrzuceniu, a zatem umyślne działanie polegające na przygotowaniu oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – ponosząc wysiłek i koszty sporządzenia tej oferty – jest nielogiczne i bezcelowe (vide: wyrok KIO z 6 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1476/08).

W zakresie zarzutów dotyczących przełącznika sieciowego oraz monitorów wielkoekranowych, Izba z uwagi na argumentację Odwołującego odniesie się do nich łącznie, uznając, że podlegają one również oddaleniu. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zakres rozstrzygnięcia wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność oraz podniesione zarzuty. Zaniechanie pełnego przedstawienia zarzutu uniemożliwia Zamawiającemu analizę jego zasadności i podjęcie ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu.

Stosownie do art. 180 ust. 3 ustawy Pzp (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy

rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, czyli obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (vide: wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 17/18).

Izba wskazuje, że w części odwołania zawierającej uzasadnienie faktyczne Odwołującego, brak jest jakiegokolwiek argumentacji, stanowiska faktycznego uzasadniającego podnoszone przez Odwołującego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać naruszenie wymienionego wyżej przepisu ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie nie wiadomym jest z którym postanowieniem SIWZ zaoferowany przełącznik sieciowy, czy też monitor jest niezgodny, poza tym że Odwołujący wskazuje, iż nie da się ustalić, jakie urządzenie zostało zaoferowane.

Jednakże mimo tych okoliczności, Izba przeanalizowała materiał dowodowy w sprawie pod kątem sformułowanych w odwołaniu zarzutów i stwierdziła, że Enamor w tabeli nr 11 Formularza Technicznego Przedmiotu Zamówienia wskazał, że oferuje przełącznik sieciowy Juniper EX4600, a następnie uzupełnił każdy wiersz w tabeli odnoszący się do właściwości technicznych oferowanego urządzenia, potwierdzając że oferta zawiera rozwiązanie spełniające wymaganie. W zakresie zaś monitora z tabeli nr 13 poz. III Formularza Technicznego Przedmiotu Zamówienia Enamor podał, że oferuje monitor iiyama oraz uzupełnił również każdy wiersz w tabeli odnoszący się do właściwości technicznych oferowanego urządzenia, potwierdzając że oferta zawiera rozwiązanie spełniające wymaganie.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie żądał podania modelu, typu, kodu produktu czy marketingowego numeru, a jedynie producenta, nazwę oraz numer katalogowy, jeśli jest znany. Dodatkowo żądał wypełnienia tabeli zawierającej opisane parametry oferowanego przedmiotu zamówienia. Tym samym, w SIWZ nie znalazły się wyraźne wymagania, co do

wskazania jakie konkretnie urządzenie jest oferowane. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wymagał wskazania i podania (zaoferowania) jednego, skonkretyzowanego co do marki, typu i modelu, urządzenia, którego parametry miały być dodatkowo opisane w tabelach.

Zamawiający poprzestał *de facto* na żądaniu podania w ofercie jedynie parametrów oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z producentem/marką i numerem katalogowym, o ile jest znany. Takie działanie jest dopuszczalne, a skonkretyzowanie przedmiotu dostawy nastąpić może na etapie zawierania umowy albo nawet na etapie dostawy. Przedmiotem zobowiązania ofertowego jest w takim wypadku dostawa urządzenia o określonych parametrach czy funkcjach. Wykonawca może wówczas dostarczać dowolne urządzenia, które spełniają określone parametry, zmieniając ich typ czy model w trakcie dostawy, co jest często praktykowane w trakcie zamówień długookresowych czy realizowanych sukcesywnie, dotyczących rynków na których dokonuje się szybki postęp techniczny, w celu uniknięcia konieczności dostarczania i odbierania urządzeń przestarzałych (vide: wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1292/11).

Bez znaczenia pozostaje argumentacja Odwołującego o występowaniu przełączników sieciowych Juniper EX4600 w czterech różnych konfiguracjach, skoro zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego oraz Przystępującego przełącznik w każdej z dostępnych konfiguracji spełnia wymagania określone w SIWZ, a Odwołujący nie udowodnił, że jest przeciwnie. Tożsama argumentacja dotyczy monitorów iiyama. W tym miejscu pewną niestaranność można przypisać zarówno Odwołującemu, jak i Przystępującemu. Rzeczywiście rubryka w tabeli nr 13 zmieniła nazwę i Przystępujący winien ją uwzględnić, wypełniając Formularz Techniczny Przedmiotu Zamówienia, aczkolwiek o przeznaczeniu urządzenia decydują jego cechy techniczne, a nie umowne nazewnictwo. Faktycznie też oferta Przystępującego wizualnie mogłaby zostać sporządzona lepiej, poprzez wskazanie konkretnych parametrów, a nie powielanie w każdym wersie sformułowania „oferta zawiera rozwiązanie spełniające wymaganie”. Nie zmienia to jednak faktu, że należy ją czytać logicznie oraz przy uwzględnieniu zasad oświadczeń woli. Tym samym Izba uznała, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenia spełniają wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem oferta jest w tym zakresie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zgodna. W przypadku zaś uzasadnienia odwołania wypadałoby nie powielać fragmentów i twierdzeń odnoszących się do innych zarzutów (zarzuty dotyczące monitora Odwołujący odnosił do przełączników).

Kolejny zarzut Odwołującego w zakresie niezgodności oferty Enamor z postanowieniami SIWZ dotyczył oprogramowania do wirtualizacji serwerów, a w zasadzie

zaniechania zaoferowania wymaganej liczby licencji oprogramowania VMware VSphere Enterprise Plus dla wszystkich procesorów. Zgodnie z tabelą nr 3 Formularza Technicznego Przedmiotu Zamówienia należało zaoferować *Oprogramowanie do wirtualizacji serwerów – 1 szt.* Zgodnie z pkt 2 tabeli nr 3 *Należało dostarczyć licencje, które będą umożliwiać zainstalowanie na wyspecyfikowanych w niniejszym postępowaniu serwerach oraz spełniać wymagane funkcjonalności.* Stosownie do §15 OWU, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, *w odniesieniu do przedmiotu Umowy do których nie jest właścicielem autorskich praw majątkowych, udzieli Zamawiającemu na czas nieoznaczony, nieodwołalnej, niewyłączonej nieograniczonej liczby użytkowników licencji na przedmiot Umowy i jego poszczególne elementy, na polach eksploatacji odpowiednio opisanych w art. 50 i 74 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.* Przystępujący w załączonym do oferty formularzu podał *VMware VSphere Enterprise Plus – 1 szt.*, a w pkt 2 tabeli nr 3 wskazał m.in. *Oferta zawiera rozwiązanie spełniające wymaganie.*

W ocenie Izby z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, aby Zamawiający wymagał zadeklarowania liczby licencji, które zostaną udzielone w ramach realizacji zamówienia. W związku z powyższym brak wyszczególnienia dodatkowych informacji w treści formularza ofertowego, czy też technicznego, nie może skutkować zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie określił jasnego i jednoznacznego wymogu, aby wykonawcy wskazali liczbę licencji, zatem wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji braku określenia takich danych. Co za tym idzie odrzucenie oferty Przystępującego byłoby bezpodstawne.

W odniesieniu zaś do terminali dostępowych w porty mikrofonowe i słuchawkowe Izba ustaliła, że zgodnie z tabelą nr 13, poz. I pkt 2 lit. d Formularza Technicznego Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wymagał, aby urządzenie było wyposażone w porty *wejście mikrofonowe/wyjście słuchawkowe.* Następnie pismem z dnia 24 lipca 2018 r. udzielił następujących odpowiedzi na pytania: *Ad 6): Dwa porty służą do podłączenia dwóch zestawów słuchawek z mikrofonami jednocześnie. Ad 76): Zgodnie ze zmianą treści SIWZ. Zamawiający, na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zmienia treść Załącznika nr 2 do SIWZ, w Części 1, Tabeli nr 2, poz. I, pkt. 1, ppkt. i) oraz treść Załączników nr 3a do SIWZ i 6a do OWU, w pkt. 3.1.1.9, które otrzymują brzmienie: BŚT powinno zawierać terminale umożliwiające prace zarówno z wirtualnymi maszynami jak i maszynami fizycznymi. Terminale powinny być wyposażone w dwa porty do podłączenia słuchawek wraz z mikrofonem umożliwiające komunikację operatorów w standardzie VOIP. Zamawiający dopuści zastosowanie portu Combo pod warunkiem, że terminal będzie wyposażony w dwa takie porty.* Wykonawca Enamor zaoferował urządzenie Fujitsu Futro S940 (wskazując że przedmiotowy terminal posiada *2x Microphone, 2xHeadphone*), które w ocenie Odwołującego nie spełniało

wymagania SIWZ, bowiem posiada wyłącznie jeden port mikrofonowy i jeden port słuchawkowy. Równocześnie Odwołujący podnosił, że w wyniku udzielonych odpowiedzi Zamawiający oczekuje dwóch portów mikrofonowych i dwóch portów słuchawkowych bądź dwóch portów Combo, tj. łączących w sobie funkcje portu słuchawkowego i mikrofonowego.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, że nie wymagano, aby terminale były wyposażone w dwa wejścia mikrofonowe oraz dwa wyjścia słuchawkowe. Zamawiający wymagał dla terminala dostępowego *wejście mikrofonowe/wyjście słuchawkowe*. Następnie zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego *terminale powinny być wyposażone w dwa porty do podłączenia słuchawek wraz z mikrofonem*. Z cytowanej treści odpowiedzi na pytanie nie sposób wywnioskować, że Zamawiający żądał dwóch wejść mikrofonowych i dwóch wyjść słuchawkowych. Nie wyspecyfikował też, wbrew twierdzeniom Odwołującego, typów tych portów. Zatem rozważania odnośnie różnicy między portami mikrofonowymi i słuchawkowymi a portami *line in* i *line out* pozostają bezprzedmiotowe. Izba uznała więc, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenia spełniają wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem oferta wykonawcy Enamor jest w tym zakresie zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny i wyboru oferty wykonawcy Enamor, czym potwierdził, że równo traktuje wykonawców w postępowaniu. W zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz racjonalność przepisów, zasada ta dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, a więc w niniejszym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanej zasady.

Z uwagi na fakt, że Odwołujący złożył na posiedzeniu w dniu 24 września 2018 r. oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 6 z uzasadnienia odwołania, nie podlegało ono rozpoznaniu przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł.

Przewodniczący: