

WYROK
z dnia 23 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2013 r. przez wykonawcę **J..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GALAXY – J..... M....., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez Izbę Skarbową w Bydgoszczy, ul. Dr. E. Warmińskiego 18, 85-950 Bydgoszcz

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **"KONCEPT" Sp. z o.o., ORTI B..... Sp. k., ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Izbę Skarbową w Bydgoszczy, ul. Dr. E. Warmińskiego 18, 85-950 Bydgoszcz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GALAXY – J..... M....., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Izby Skarbową w Bydgoszczy, ul. Dr. E. Warmińskiego 18, 85-950 Bydgoszcz** na rzecz wykonawcy **J..... M..... prowadzącego działalność**

gospodarcza pod nazwą GALAXY – J..... M....., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra kwotę 18 799 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Izba Skarbowa w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup sprzętu komputerowego dla jednostek Administracji Podatkowej w ramach projektów: e-podatki, e-Rejestracja, e-Deklaracje na potrzeby wdrożenia Systemu e-Podatki. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25.04.2013 r. pod numerem 136268-2013.

Odwołujący J..... M....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu spółki „KONCEPT” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz ORTI B..... spółka komandytowa (dalej: Konsorcjum) do złożenia wyjaśnień treści oferty, pomimo jej jednoznaczności w części dotyczącej oferowanego oprogramowania, co w rezultacie doprowadziło do zmiany oferty Konsorcjum we wskazanym zakresie, od niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu, że oferta złożona w Postępowaniu przez Konsorcjum jest zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”). Konsekwencją powyższych działań Zamawiającego było zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, iż – w ocenie Odwołującego – oferta ta jest niezgodna z SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w trakcie przedmiotowego postępowania następujących przepisów: art. 87 ust 1 ustawy PZP poprzez żądanie od Konsorcjum wyjaśnień zmierzających w istocie do niedopuszczalnej zmiany treści złożonej przez Konsorcjum oferty, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w Postępowaniu, pomimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ; a w konsekwencji powyższego naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień przez Konsorcjum; unieważnienia czynności oceny ofert złożonych w Postępowaniu; dokonania ponownej oceny ofert złożonych w Postępowaniu, a w jej konsekwencji: odrzucenia oferty Konsorcjum, jako niezgodnej z treścią SIWZ, wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z Załącznikiem E - opis cech, parametrów, funkcjonalności, konfiguracji oraz dokumentacji technicznej i wyposażenie Sprzętu, Zamawiający wymagał, aby zaoferowane przez Wykonawcę komputery posiadały system operacyjny dla procesorów 32 - bitowych.

Zamawiający wymagał jednocześnie dostarczenia nośnika zawierającego wersję instalacyjną systemu operacyjnego. Odwołujący podkreślał, że załącznik precyzuje wymagania w taki sposób, iż nie dopuszcza odstępstw. Zamawiający nie wprowadził bowiem zapisu „dla procesorów min. 32-bit” lub „system operacyjny dla procesorów 32-bit lub wyższych”. W załączniku brak jest również zapisów, które wskazywałyby na możliwość oferowania rozwiązania alternatywnego: „system operacyjny w wersji dla procesorów 32-bitowych lub procesorów 64-bitowych”.

Warunek zaoferowania systemu operacyjnego dla procesorów 32 – bitowych zdaniem Odwołującego jest warunkiem „sztywnym” i sprecyzowanym w sposób jednoznaczny.

Odwołujący podniósł, że postawione przez Zamawiającego wymaganie dotyczące oferowania oprogramowania systemu operacyjnego dla procesorów 32-bitowych jest istotne, gdyż nie wszystkie programy funkcjonujące przy systemie operacyjnym dla procesorów 32-bitowych, będą funkcjonowały przy systemie operacyjnym dla procesorów 64-bitowych.

Odwołujący podkreślał, że sam producent systemu operacyjnego Microsoft Windows wskazuje i rozróżnia dwie wersje systemu: Windows dla systemów operacyjnych 32-bitowych oraz Windows dla systemów operacyjnych 64-bitowych.

Odwołujący podkreślił, że obie wersje systemu operacyjnego stanowią dwa zupełnie odrębne produkty, o różnych cechach użytkowych, funkcjonalnych itd. Odwołujący powołał się na strony internetowe dystrybutorów, na których te dwie wersje systemu Windows również są oferowane jako odrębne produkty, oznaczone różnymi numerami katalogowymi.

W ofercie Konsorcjum „Koncept” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Orti B..... spółka komandytowa w formularzu ofertowym - Opis oferowanego sprzętu - tabela oprogramowanie, Konsorcjum zaoferowało: Windows 8 Pro 64-bit PL z downgrade dla Windows 7 i Windows Vista. Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum zaoferowało wprost rodzaj oprogramowania dla systemów operacyjnych 64-bitowych, a nie tak jak wymagał Zamawiający 32-bitowych. Odwołujący argumentował, że oprogramowanie Windows 8 Pro 32 - bit PL i Windows 8 Pro 64-bit PL to dwie różne wersje, dwa odmienne produkty o różnych cechach.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zamiast odrzucić ofertę Konsorcjum z uwagi na fakt, że jej treść nie opowiada treści SIWZ, podjął nieuprawnione negocjacje z Konsorcjum, a poprzez niedozwolone w świetle ustawy PZP (a w szczególności art. 87 ust 1 PZP) czynności, Zamawiający dopuścił do zmiany oferty Konsorcjum.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający podjął nieuprawnione negocjacje z Konsorcjum. Podkreślił, że narusza to art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień, niedozwolone są jakiegokolwiek negocjacje dotyczące oferty. Zamawiający zgodnie z jego imperatywnym sformułowaniem

("zamawiający poprawia") jest zobowiązany do poprawienia niektórych omyłek w ofercie. Obowiązek ten powstaje co prawda niezależnie od prawa do wyjaśnienia treści ofert, ale też poprawienie omyłek nie wyklucza ich poprzedzenia wyjaśnieniami, o ile nie są uzupełnieniem treści oferty.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający pomimo jednoznacznego brzmienia oferty, w sposób całkowicie nieuprawniony wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, na skutek których „wymógł” oświadczenia, że Konsorcjum oferuje wersję 32-bitową oprogramowania.

Odwołujący podkreślał, że oferta Konsorcjum wskazuje wprost na produkt Windows Prof. 8 64 bit, który jest zupełnie odrębnym produktem od Windows Prof. 8 32 bit.

Z powyższego, zdaniem Odwołującego wynika, że konieczne było uznanie złożonej w postępowaniu oferty, za ofertę której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i jako taka, zdaniem Odwołującego, powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podkreślił także, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 ustawy, czynność odrzucenia oferty w przypadku, gdy istnieją ku temu jednoznaczne przesłanki, nie jest zależna od uznania zamawiającego, lecz skutek w postaci konieczności podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wynika wprost z przepisu ustawy PZP.

Zatem, w ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sprawie bezsprzecznie doszło do naruszenia przepisu art. 87 ust 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy PZP, ponieważ wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, jako oferta najkorzystniejsza wybrana została oferta podlegająca odrzuceniu, jako niezgodna z SIWZ.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba za uzasadniony uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł ten stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz

dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Konsorcjum w ofercie zaoferowało rodzaj oprogramowania dla systemów operacyjnych 64-bitowych. Zamawiający skierował zapytanie do wykonawcy Konsorcjum: „czy złożona przez wykonawcę oferta obejmuje nośniki instalacyjne z systemem operacyjnym Microsoft Windows 8 Pro PL w wersji dla procesorów 32-bitowych”. Takie zapytanie wprost zmierzało do zmiany treści oferty tego Wykonawcy. Z oferty Konsorcjum jednoznacznie wynikało, że wykonawca ten zaoferował system operacyjny w wersji dla procesorów 64-bitowych. Oferta Konsorcjum była jednoznaczna i w ocenie Izby nie zachodziły wątpliwości co do rodzaju zaoferowanego systemu operacyjnego. Jednocześnie Izba podziela stanowisko Odwołującego, że system operacyjny dla procesorów 32-bitowych i dla procesorów 64-bitowych, są dwoma różnymi wersjami systemu. Nabycie jednej z tych wersji nie oznacza automatycznego nabycia prawa do drugiej wersji i nośników, na których ta druga wersja systemu została utrwalona. Przystępujący przedstawił umowę licencyjną dotyczącą oprogramowania Microsoft dla Windows 8 Pro. Z treści tej umowy nie wynika, aby nabycie licencji na system operacyjny dla procesorów 32-bitowych oznaczało automatyczne nabycie licencji na system operacyjny dla procesorów 64-bitowych oraz nabycie prawa do nośników, na których ta wersja systemu została utrwalona. Treść umowy licencyjnej stanowi bowiem, że nabywca oprogramowania może zainstalować tylko jedną wersję oprogramowania, a ani producent komputera, ani osoba lub firma instalująca oprogramowanie, ani firma Microsoft, nie mają obowiązku dostarczenia licencjobiorcy wcześniejszych wersji oprogramowania. Wcześniejsza wersja oprogramowania musi zostać nabyta przez licencjobiorcę osobno. Nawet w przypadku, gdyby uznać, iż umowa licencyjna firmy Microsoft upoważnia licencjobiorcę do korzystania zarówno z wersji systemu operacyjnego dla procesorów 64-bitowych jak i procesorów 32-bitowych, to na gruncie postanowień samej umowy licencyjnej nie jest możliwe uznanie, iż dostawca oprogramowania zobowiązany jest dostarczyć nośniki zawierające obie wersje systemu operacyjnego. Co więcej, umowa licencyjna wprost stanowi, że dostawca oprogramowania nie ma takiego obowiązku. Jednocześnie z treści oferty Przystępującego nie wynika, aby zobowiązał się on do dostarczenia Zamawiającemu nośników zawierających system operacyjny dla procesorów 32-bitowych, a taki był wymóg SIWZ. Jednocześnie podkreślić należy, że opinia, jaką na zlecenie Przystępującego sporządziło Polskie Towarzystwo Informatyczne, której przedmiotem była kwestia możliwości użytkowania 32-bitowej wersji MS Windows 8Pro zamiennie z wersją 64-bitową, została sporządzona wyłącznie w oparciu o analizę treści umowy licencyjnej firmy Microsoft. Z tego powodu opinia ta w ogóle nie odnosi się do kwestii możliwości i sposobu uzyskania przez Zamawiającego nośników zawierających system operacyjny w wersji 32-bitowej. W związku z powyższym nie było podstaw do stwierdzenia, że Konsorcjum zaoferowało wymaganą przez Zamawiającego wersję systemu operacyjnego dla procesorów 32 bitowych.

Zatem czynność Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty Konsorcjum była nieuprawniona i wadliwa. Ustawa w powyżej wskazanym artykule zakazuje prowadzenia negocjacji Zamawiającego z wykonawcą. W ocenie Izby czynność wyjaśnienia stanowiła w tym przypadku właśnie niedozwolone prawem negocjacje. Negocjacje, które: po pierwsze Zamawiający rozpoczął przy jasnej i precyzyjnej treści oferty, po drugie, które prowadziły wprost do zastąpienia jej treści inną wskazaną treścią. Nie jest dopuszczalne zastąpienie treści oferty inną treścią, uzyskaną po wymianie korespondencji z wykonawcą. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert.

Z tego też względu Izba uwzględniła odwołanie, bowiem rację ma Odwołujący, że taka czynność Zamawiającego, która stanowiła niedozwolone negocjacje w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest wadliwa.

W ocenie Izby Zamawiający powinien dokonać ponownej czynności badania i oceny ofert. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, ale po przeprowadzeniu niedozwolonych negocjacji. Izba tę czynność uznała za nieprawidłową. Nie ulega wątpliwości, że oferta wykonawcy Konsorcjum jest niezgodna z treścią SIWZ. Konsorcjum zaoferowało system operacyjny dla procesorów 64-bitowych, podczas gdy SIWZ wyraźnie stanowiła, że Zamawiający wymaga systemu operacyjnego dla procesorów 32-bitowych. Oferta niezgodna z treścią SIWZ w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych podlega odrzuceniu. Jednakże Zamawiający nie odrzucił oferty Konsorcjum jako niezgodnej z treścią SIWZ. Nie mógł także uznać, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ, bowiem Zamawiający wymagał systemu operacyjnego dla procesorów 32-bitowych, a nie, jak zaoferowało Konsorcjum, dla procesorów 64-bitowych.

Należy zauważyć, że przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty wykonawcy, Zamawiający jest zobowiązany rozważyć, czy nie zachodzą przesłanki do poprawienia omyłki (o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) w ofercie wykonawcy. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera nakaz odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ. Jednak oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu niezgodności z treścią SIWZ wyłącznie w sytuacji, gdy nie zachodzi przypadek określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odrzuceniu nie podlega oferta niezgodna z treścią SIWZ, jeżeli niezgodność ta została spowodowana omyłkami niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty, które to omyłki zostały poprawione przez zamawiającego.

W sytuacji, gdy Zamawiający uzna, że zachodzi możliwość poprawienia oferty Konsorcjum w

trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien dokonać takiej czynności poprawienia (zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawie), w sytuacji zaś, gdy uzna, że możliwość poprawienia omyłki nie zachodzi, dokonać odrzucenia oferty Konsorcjum. Zamawiający nie dokonał czynności zbadania, czy nie zachodzą przesłanki umożliwiające dokonanie poprawienia omyłki w ofercie Konsorcjum. Izba nie rozważała, czy zachodzi okoliczność określona w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie dokonywał czynności w tym zakresie, a zarzut taki nie był podnoszony w odwołaniu. Stosownie do artykułu 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zawarty w odwołaniu zarzut braku odrzucenia oferty Konsorcjum jest w ocenie Izby przedwczesny. W pierwszej kolejności bowiem Zamawiający powinien zdecydować o losie tej oferty, dokonać czynności zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawie i o dokonanej czynności powiadomić wykonawcę.

Zamawiający ani nie odrzucił oferty (mimo jej oczywistej niezgodności z treścią SIWZ), ani też nie dokonał żadnej innej czynności, która potwierdzałaby, że wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej i zgodnej z SIWZ jest prawidłowy. Z tego względu Izba nakazała powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....