

WYROK

z dnia 19 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2015 r. przez wykonawcę

Centrum Informatyki ZETO S.A. ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok

w postępowaniu prowadzonym przez

Uniwersytet Medyczny w Białymstoku ul. Jana Kilińskiego 1, 15-089 Białystok

przy udziale wykonawcy **Intrateł Sp. z o.o. Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 39a, 15-111 Białystok** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Intrateł Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Medyczny w Białymstoku i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Centrum Informatyki ZETO S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku na rzecz wykonawcy Centrum Informatyki ZETO S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście**

tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 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 Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę systemu informatycznego: część 1. – sprzęt komputerowy, część 2. – szafy teleinformatyczne” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 marca 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 049-084995. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – Centrum Informatyki ZETO S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w następującym zakresie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Intratel Sp. z o.o. jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował licencję na oprogramowanie do archiwizacji danych – załącznik nr 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poz. 15. opisu przedmiotu zamówienia,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Intratel Sp. z o.o., podlegającej obligatoryjnemu odrzuceniu jako oczywiście niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
3. art. 7 ust. 1 i 3 poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty Intratel Sp. z o.o., dokonania czynności ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołanie dotyczy części 1. zamówienia.

Odwołujący wskazał, że z załącznika nr 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poz. 15. opisu przedmiotu zamówienia wynika, że wymagane przez zamawiającego licencje na oprogramowanie do archiwizacji danych powinny zachować określoną funkcjonalność systemu, tj.:

- system musi oferować moduły do backupu, archiwizacji, replikacji,

monitorowania i zarządzania infrastrukturą wirtualną opartą o technologie wirtualizacji serwerów oferowaną w niniejszym postępowaniu, • wszystkie moduły muszą być dostarczone przez jednego producenta oprogramowania, • wszystkie licencje muszą być dostarczone wraz z min. 3-letnim wsparciem, świadczonym na pierwszej, drugiej i trzeciej linii wsparcia, • rozwiązanie musi współpracować z hostami zarządzanymi przez VMware Center, jak i hostami niezarządzanymi.

Tymczasem Intratel Sp. z o.o. zaoferował w ww. zakresie wyłącznie licencje Veeam Backup & Replication for VMware. Zgodnie z opisem producenta ww. licencja zapewnia wyłącznie funkcje związane z backupem, archiwizacją i replikacją danych oraz ich szybkim odzyskiwaniem, nie zapewnia natomiast spełnienia wymagań dotyczących modułu monitorowania.

Wobec wymagań co do funkcji systemu oraz warunku, że wszystkie moduły muszą być dostarczone przez jednego producenta oprogramowania, konieczne jest więc zaoferowanie następujących produktów: Veeam Backup & Replication Enterprise for VMware oraz Veeam ONE for VMware. Możliwy jest również zakup obu produktów w pakiecie o nazwie Veeam Availability Suite Enterprise for VMware.

Oprócz wersji płatnej produktu Veeam ONE for VMware producent udostępnia wersję darmową Veeam ONE Free Edition, jednakże posiada ona wiele ograniczeń powodujących, że nie spełnia ona wymogów specyfikacji.

Oprogramowanie Veeam Backup & Replication for VMware występuje w 3 edycjach: Standard, Enterprise oraz Enterprise Plus, różniących się zarówno ceną licencji, jak i funkcjonalnością. Cena zaoferowanych przez Intratel Sp. z o.o. licencji na oprogramowanie Veeam Backup & Replication for VMware, przy uwzględnieniu również wymaganego przez zamawiającego 3-letniego okresu wsparcia, wskazuje co najwyżej na zaoferowanie najniższej edycji Standard, nie spełniającej minimalnych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niewskazanie nazwy edycji oznacza w istocie, że zamawiający, który nie podjął żadnych czynności w celu wyjaśnienia, jaki konkretnie produkt został zaoferowany, przyjmuje ofertę wariantową, pomimo że składanie takich wykluczył w części I pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyklucza również możliwość prawidłowego określenia spełnienia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ edycja Standard nie posiada wymaganych funkcji w zakresie funkcji związanych z backupem, archiwizacją i replikacją danych.

Jednak nawet gdyby zamawiający o takie wyjaśnienie poprosił, a wykonawca uszczegółowił edycję oferowanego oprogramowania Veeam Backup & Replication, to i tak oferowane licencje nie spełniłyby wszystkich wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na brak spełnienia wymagań w stosunku do modułu monitorowania.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał, iż zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę w przypadku oczywistej niezgodności jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Same wątpliwości co do treści oferty nie są podstawą do przyjęcia, że występują okoliczności uzasadniające sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji.

Oferta Intratel Sp. z o.o. nie budziła zastrzeżeń, czy wątpliwości zamawiającego w zakresie podniesionego przez odwołującego zarzutu i tym samym zamawiający nie miał faktycznych ani prawnych podstaw do odrzucenia oferty Intratel Sp. z o.o. Z treści oferty wynika, jakie oprogramowanie zaproponowała firma Intratel i że spełnia ono wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający zweryfikował zgodność licencji na podstawie danych technicznych podanych przez producenta Veeam Software. Zamawiający sprawdził też kompetencje handlowe i techniczne firmy Intratel – znajduje się ona wśród autoryzowanych sprzedawców Veeam Software.

Zamawiający sprawdził również, że oferowane oprogramowanie można zakupić w wielu wersjach (np. na system wirtualizacji firmy Microsoft lub VMware),

Zaoferowana przez Intratel Sp. z o.o. licencja na oprogramowanie do archiwizacji danych Veeam Backup & Replication for VMware jest zgodna z minimalnymi wymaganiami technicznymi podanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie zamieścił żadnej szczegółowej instrukcji odnośnie sposobu wypełnienia kolumny dotyczącej oferowanego oprogramowania; nie wymagał np. podania rodzaju edycji oprogramowania. W związku z tym, że przedmiot postępowania dotyczy specjalistycznego oprogramowania, a wykonawca w formularzu cenowym podał nazwę Veeam Backup & Replication for VMware (tak więc nawet w nazwie nie było sprzeczności z nazwą oprogramowania, które według odwołującego spełnia wymagania zamawiającego, tj. Veeam Backup & Replication Enterprise for VMware, gdzie Enterprise oznacza jedną z edycji, w których oprogramowanie jest oferowane), zamawiający nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty.

Dodatkowo wykonawca w formularzu ofertowym oświadczył, że spełnia wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym zakresie zamawiający żądał od wykonawcy złożenia w ofercie oświadczenia, a nie żadnych innych dokumentów, które to oświadczenie miałyby potwierdzać. Na podstawie tej spójnej informacji zamawiający miał dokładną wiedzę, jakie oprogramowanie jest oferowane i że jest ono zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uznał powyższe oświadczenia za wystarczające.

Zamawiający jest pewien, że Intratel Sp. z o.o. zaoferował i dostarczy licencje Veeam Backup & Replication for VMware w wersji Enterprise z dodatkiem Veeam ONE, tj. spełniające wymogi techniczne zapisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na żadnym etapie postępowania zamawiający ani sam, ani poprzez oświadczenia wykonawcy nie dokonywał zmiany treści oferty.

Zamawiający dysponuje także dodatkowym dowodem potwierdzającym, że Intratel Sp. z o.o. oferuje oprogramowanie zgodne w wymaganiach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Firma Intratel Sp. z o.o. w piśmie z 8 czerwca 2015 r. potwierdziła zgodność swojej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. że licencje Veeam Backup & Replication for VMware są oferowane w wersji Enterprise z dodatkiem Veeam ONE, a tym samym potwierdził ustalenia poczynione przez zamawiającego.

III Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

IV Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła przede wszystkim, że odwołujący, zamawiający i przystępujący po jego stronie Intratel Sp. z o.o. są zgodni w kwestii, że – oferując produkty firmy Veeam – dla spełnienia wymogów w spornym zakresie (punkt 15. formularza cenowego dla części 1. „Licencja na oprogramowanie do archiwizacji danych”) konieczne było zaoferowanie łącznie licencji Veeam Backup & Replication for VMware w edycji Enterprise (lub Enterprise Plus) oraz licencji Veeam ONE for VMware. Licencje te można zakupić osobno lub w pakiecie o nazwie Veeam Availability Suite Enterprise for VMware.

Nie było również sporne to, że Veeam Backup & Replication for VMware w edycji Standard nie spełnia postawionych wymogów.

Zgodnie z przygotowanym przez zamawiającego wzorem formularza cenowego wykonawcy mieli w nim wpisać „producenta, model i symbol” oferowanych produktów.

W punkcie 15. formularza cenowego dla części 1. wykonawcy mieli wpisać producenta, model i symbol licencji na oprogramowanie do archiwizacji danych.

Przystępujący Intratel Sp. z o.o. w pozycji tej wpisał „Veeam Backup & Replication for VMware”.

Tym samym wykonawca ten w ogóle nie wskazał, że oferuje licencje na oprogramowanie Veeam ONE for VMware, które są produktem odrębnym od Veeam Backup & Replication for VMware, powinny więc zostać wskazane w ofercie z nazwy. W przeciwnym wypadku nie można przyjąć, że oferta wykonawcy obejmuje ten produkt. Bowiem w takich wypadkach jedynie to, co zostało wskazane, można uznać za zaoferowane. Dotyczy to także darmowych wersji oprogramowania, gdyż je również należy wskazać jako przedmiot oferty.

Zatem nawet jeśli przystępujący Intratel Sp. z o.o. zamierzał zaoferować i dostarczyć licencje Veeam Backup & Replication for VMware z dodatkiem licencji Veeam ONE, to przez omyłkę lub przeoczenie nie uwidocznili tego w ofercie.

Dodawanie kolejnych produktów, nie wskazanych w ofercie z nazwy, należałoby uznać za zmianę treści oferty, co jest wprost sprzeczne z zakazem wyrażonym w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym nie można tego braku uzupełnić w trakcie wyjaśnień ani poprzez żadne inne oświadczenia składane przez wykonawcę po terminie składania ofert.

Zamawiający wskazał, że na podstawie informacji zawartej w punkcie 9. formularza ofertowego zamawiający miał dokładną wiedzę, jakie oprogramowanie jest oferowane i że jest ono zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Owszem, w punkcie 9. formularza oferty wykonawca oświadczył, że konfiguracja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia jest zgodna z danymi zawartymi w załączniku nr 2a i/lub 2b do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak takiego ogólnego oświadczenia wyrażającego ogólne intencje wykonawcy nie można przedkładać ponad szczegółowe informacje wskazane w innych dokumentach, np. formularzu cenowym czy szczegółowym wykazie/opisie oferowanych produktów, jeżeli wynika z nich, że jednak oferowany przedmiot z wymaganiami nie jest zgodny. Taka linia orzecznicza, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych, jest ustalona już od lat. Wynika to z tego, że oświadczenie takie wyraża ogólne intencje wykonawcy, nie oznacza jednak, że intencje te znalazły odzwierciedlenie przy komponowaniu oferty i w konsekwencji oferta może się okazać niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Należy też zwrócić zamawiającemu uwagę, że oprócz oświadczenia w punkcie 9. formularza oferty, zażądał też wypełnienia formularza cenowego, w którym z nazwy miały być wymienione licencje, m.in. licencje do archiwizacji. Zatem wiedzę o oferowanym

oprogramowaniu zamawiający uzyskał raczej z formularza cenowego, niż oświadczenia z punktu 9. formularza ofertowego.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie może uznać, iż licencje Veeam ONE for VMware zostały przez przystępującego Intratel Sp. z o.o. zaoferowane w ofercie, a tym samym stwierdziła, że oferta w tym zakresie jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu, iż przystępujący Intratel Sp. z o.o. podając nazwę licencji „Veeam Backup & Replication for VMware” powinien był podać wersję (edycję), którą oferuje, Izba częściowo zgodziła się z odwołującym.

Co prawda zamawiający, jak podnosił, nie napisał dokładnie, że należy podać edycję, a jedynie „model, symbol” – co, zdaniem Izby, bardziej ma zastosowanie do nomenklatury używanej w stosunku do sprzętu, niż oprogramowania – jednak niezależnie od tego wykonawca powinien w ofercie zidentyfikować oferowany produkt tak, by można go było odróżnić od innych. Zwłaszcza jeśli nie wszystkie wersje (edycje) spełniają wymagania.

Strony były zgodne, że wymagania spełnia edycja Enterprise i Enterprise Plus, a nie spełnia ich edycja Standard.

Jednak w tym przypadku Izba ewentualnie dopuściłaby żądanie od wykonawcy wyjaśnień – skoro jednocześnie w sposób wyraźny nie wskazał, że oferowany produkt nie jest niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. nie wskazał również, że oferuje edycję Standard. Nie byłaby to bowiem tyle zmiana oferty, co jej doprecyzowanie.

W takim przypadku, zdaniem Izby, zamawiający powinien był jednak o takie wyjaśnienia poprosić na etapie badania oferty, aby formalnie i oficjalnie usunąć wszelkie wątpliwości co do treści oferty i uniknąć ewentualnych problemów na etapie realizacji umowy.

Dla porządku należy też wskazać, że złożona oferta nie jest ofertą wariantową, której pojęcie zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, przystępujący nie zaoferował bowiem „odmiennego niż określony przez zamawiającego sposobu wykonania zamówienia”, a jedynie niejednoznacznie określił przedmiot oferty.

W związku z tym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie i nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Intratel Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jako że spór dotyczy części 1. zamówienia, rozstrzygnięcie również dotyczy tej części.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: