

Sygn. akt: KIO 614/17

POSTANOWIENIE
z dnia 10 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 10 kwietnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2017r. przez **wykonawcę SANSEC Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Bolesława Prusa 2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miast Ruda Śląska z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Plac Jana Pawła II 6**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy SANSEC Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Bolesława Prusa 2** kwoty 6 750zł. 00 gr. (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dyski twarde oraz licencje na oprogramowania biurowe zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 lutego 2017r. za numerem 29224-2017.

W dniu 23 marca 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy SANSEC Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w zadaniu 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na to, że w ocenie zamawiającego produkt Office 2016 Home and Business ENG Win 32/64 bit P2 o kodzie producenta T5D-02826 jest niezgodny z wymaganiami siwz, gdyż zamawiający wymagał interfejsu polskiego, a zaoferowany produkt posiada interfejs angielskojęzyczny użytkownika. W dniu 28 marca 2017r. drogą elektroniczną odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym złożonym przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana 28 marca 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu dokonanie czynności polegających na:

- 1) naruszeniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na nieuzasadnione przyjęcie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), a także
- 2) naruszeniu przepisu art. 87 ust 1 w zw. z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy przez brak wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, zamawiający przyjął bowiem - całkowicie bezpodstawnie - iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz. Gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy, wówczas to odwołującemu-jako wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą - zostałyby udzielone zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci, niezyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Szkada pozostaje w tej sytuacji w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z uchybieniami/nieprawidłowościami, których - w toku badania i oceny ofert - dopuścił się zamawiający. Powyższe w ocenie odwołującego wyczerpuje przesłanki z przepisu art. 179 ust 1 ustawy .

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: Dyski twarde oraz licencje na

oprogramowania biurowe. W ramach postępowania zamawiający wyodrębnił następujące części: zadanie 1 - Dostawa dysków twardej oraz zadanie 2 - Nabycie licencji na oprogramowanie biurowe. Odwołujący złożył ofertę na zadanie nr 2, oferując cenę za realizację przedmiotu zamówienia: 190.035,00 zł. Podkreślił, iż w ramach zadania nr 2 cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert, a zaoferowana przez odwołującego cena stanowi najniższą cenę ze wszystkich ofert złożonych na zadanie nr 2. Zamawiający, w toku badania i oceny ofert, uznał, iż oferta odwołującego jest niezgodna z treścią siwz i w konsekwencji podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Z dość lakonicznego uzasadnienia faktycznego dla odrzucenia oferty odwołującego wynika, iż owej niezgodności zamawiający dopatrywał się w zaoferowanym przez odwołującego produkcie: Office 2016 Home and Business ENG Win 32/64 bit P2 o kodzie producenta: T5D-02826 (dalej: „Produkt” lub „Oprogramowanie”), a niezgodność ta miałaby się sprowadzać do tego, że zaoferowany przez odwołującego produkt posiada anglojęzyczny interfejs użytkownika, podczas gdy zamawiający wymagał interfejsu polskiego. Ponadto, na anglojęzyczny pakiet miał wskazywać - zdaniem zamawiającego - kod producenta. Odwołujący podkreślił, iż z powyższymi twierdzeniami nie sposób się zgodzić. Czynność odrzucenia oferty odwołującego nie znajduje umocowania zarówno w treści siwz, jak i w przepisach ustawy. W załączniku nr 3 - Opis przedmiotu zamówienia (dalej: Opz) zamawiający wskazał, iż w zakresie zadania nr 2 wymaga: Pakiet oprogramowania biurowego Microsoft® Office 2016 STD PL Government OLP - 150 sztuk lub równoważny. Jednocześnie zamawiający dokonał opisu równoważności, określając wymagania, jakie ma spełniać zaoferowane przez wykonawcę oprogramowanie równoważne. Odwołujący zaoferował oprogramowanie równoważne w stosunku do rozwiązania, jakie zostało przez zamawiającego wskazane wprost z nazwy w opz. Produkt z oferty odwołującego spełnia wszystkie wymagania referencyjne, które składają się na opis równoważności przedstawiony przez zamawiającego. Zamawiający błędnie przyjął, iż oprogramowanie zaoferowane przez odwołującego posiada anglojęzyczny interfejs użytkownika, podczas gdy zamawiający wymagał pełnej polskiej wersji językowej interfejsu użytkownika. Odwołujący podkreślił, iż zaoferowany przez niego produkt umożliwia zainstalowanie pakietu Office 2016 w każdym europejskim języku (EuroZone), w tym także w języku polskim. Innymi słowy, oprogramowanie z oferty odwołującego ma jedynie pudełko w języku angielskim. Odpowiednik tego produktu w „pudełku polskim” - Office Home and Business 2016 Win Polish EuroZone Medialess P2 (T5D-02786) nie różni się niczym od zaoferowanego oprogramowania, poza właśnie pudełkiem, (dowód: fotografie pudełek, wersji Office Home and Business 2016 Win Polish EuroZone Medialess P2 oraz Office Home and Business 2016 Win English EuroZone Medialess P2). Oba ww. produkty instaluje się w ten sam sposób i dokładnie tak samo wybiera się język ich użytkowania. Podstawowe kroki instalacji

pakietu Office 2016, zarówno w zakresie zaoferowanego produktu jak i jego odpowiednika „w polskim pudełku”, przedstawiają się następująco: 1. Założenie Konta Microsoft i zalogowanie się przy użyciu konta służbowego w witrynie office.com/setup. 2. Wprowadzenie klucza produktu. 3. Wybór kraju i języka instalacji. 4. Pobranie instalatora produktu. Pełna instrukcja łącznie z filmem instruktażowym znajduje się na stronie Microsoft pod adresem: <https://support.office.com/pl-pl/article/Gdzie-wprowadzi%20c4%87-klucz-produktu-pakietu-Office-Oa82e5ae-739e-4b92-a6f4-2ec780c185db?ui=pl-PL&rs=pl-PL&ad=PL> oraz <https://support.office.com/pl-pl/article/Pobieranie-i-instalowanie-lub-ponowne-instalowanie-us%C5%82ugi-Office-365-lub-pakietu-Office-2016-na-komputerze-PC-lub-Mac-4414eaaf-0478-48be-9c42-23adc4716658>.

W przypadku niewybrania od razu pakietu w języku polskim jest możliwość pobrania i doinstalowania go w trakcie użytkowania pakietu Office: <https://support.office.com/pl-pl/article/Pakiet-akcesori%C3%B3w-w-j%C4%99zykowych-dla-pakietu-Office-2016-82ee1236-0f9a-45ee-9c72-05b026e809f?ui=pl-PL&rs=pl-PL&ad=PL>. Podsumowując, zaoferowany przez odwołującego produkt posiada pełną polską wersję językową interfejsu użytkownika.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. dokonania ponownej oceny i badania oferty odwołującego,
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy .

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie na rozprawie dowodu w postaci zaprezentowania - na sprzęcie komputerowym odwołującego — instalacji zaoferowanego oprogramowania (oprogramowanie nowe, w zafoliowanym opakowaniu) na okoliczność, iż oprogramowanie to posiada interfejs w pełnej polskiej wersji językowej. Jak już wielokrotnie wskazano w treści odwołania, według odwołującego czynność odrzucenia oferty odwołującego należy uznać za nieuprawnioną. Odnosząc się do braku podstaw prawnych dla odrzucenia oferty odwołującego, zwrócił uwagę na dwa aspekty, a mianowicie odnieść się do tego, i) kiedy w ogóle można mówić o niezgodności oferty z siwz oraz ii) według jakich kryteriów należy oceniać ofertę pod kątem jej zgodności z siwz. Jak podnosi się w orzecznictwie: „Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odnosi się (...) do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.” (tak KIO 2440/16). Niezgodność oferty z treścią siwz musi zatem dotyczyć warstwy stricte merytorycznej, a nie formalnej. W przedmiotowej sprawie

wymóg merytoryczny z opz sprowadzał się do tego, aby rozwiązanie równoważne posiadało interfejs użytkownika w polskiej wersji językowej. Oprogramowanie wskazane przez odwołującego wymóg ten spełnia, a zatem nie można w tym przypadku mówić o niezgodności treści oferty z treścią siwz w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy . Na marginesie warto zauważyć, iż o niezgodności w przedmiotowym zakresie nie rozstrzyga nazwa oprogramowania, kod producenta, czy też sposób jego instalacji - kluczowe jest w tym przypadku posiadanie przez Produkt funkcjonalności w postaci interfejsu w polskiej wersji językowej. Zamawiający jest zobowiązany do stosowania się nie tylko do powszechnie obowiązujących przepisów prawa, ale także do innych dokumentów istotnych dla przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności do siwz. W niniejszej sprawie oprogramowanie zaoferowane przez odwołującego w pełni wpisuje się w wymagania wyartykułowane w siwz, a w konsekwencji nie ma podstaw, aby zakwalifikować ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią siwz. Siwz zawiera opis wymagań zamawiającego dotyczących warstwy podmiotowej i przedmiotowej realizacji zamówienia i jest wiążąca nie tylko dla wykonawców, ale przede wszystkim dla samego zamawiającego. Zamawiający jest bowiem zobowiązany do dokonania badania i oceny ofert na podstawie warunków i wymogów wprost w siwz wyartykułowanych, z zastrzeżeniem, iż ewentualne wszelkie niejednoznaczne treści siwz podlegają interpretacji na korzyść wykonawców. Po otwarciu ofert zamawiający nie może dokonać modyfikacji treści siwz ani też oceniać ofert według zasad, które stanowiły jedynie intencję, zamiar zamawiającego, a nie zostały w siwz bezpośrednio wyrażone. W konsekwencji zamawiający był zobowiązany do oceny, czy zaoferowany przez odwołującego produkt spełnia tylko te wymogi, które zostały ujęte w siwz jako wymogi referencyjne o charakterze merytorycznym składające się na opis równoważności. Jeżeli oprogramowanie spełnia te wymogi, z czym według odwołującego mamy do czynienia w niniejszej sprawie, zamawiający w żadnym razie nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego. Podsumowując dotychczasowe rozważania, odwołujący podkreślił, iż zaoferowane przez odwołującego oprogramowanie posiada interfejs użytkownika w polskiej wersji językowej. W konsekwencji brak podstaw faktycznych i prawnych dla uznania oferty odwołującego za ofertę niezgodną z treścią siwz. Kolejnym istotnym zagadnieniem, obok zdefiniowania niezgodności, do której referuje przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz zasad oceny oferty w zakresie wyznaczonym ww. przepisem, jest obowiązek wyczerpania procedury określonej ustawą , która to procedura winna każdorazowo poprzedzać odrzucenie oferty na podstawie jej niezgodności z treścią siwz. Odrzucenie oferty stanowi mechanizm sankcyjny przewidziany w ustawie, a podstawy skorzystania z niego każdorazowo podlegają wykładni ścisłej. Podstawa odrzucenia oferty musi mieć charakter kategoriowy i nieusuwalny. W przypadku niezgodności treści oferty z treścią siwz, stanowiącej przesłankę odrzucenia wyrażoną w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy , zamawiający winien, w sposób jednoznaczny, przy dochowaniu należytej staranności, zidentyfikować obszar niezgodności oferty z siwz, a następnie ustalić, czy w sprawie nie znajdują zastosowania instrumenty pozwalające sanować zaistniałą, niezgodność. Odwołujący podkreślił, iż nie każda niezgodność oferty z siwz będzie stanowiła podstawę odrzucenia oferty wykonawcy - przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wprost odsyła bowiem do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy . Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią siwz w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z siwz niemających istotnego charakteru (tak np. KIO 1946/16). Odwołujący wracając jednak do kwestii jednoznacznej identyfikacji niezgodności treści oferty z treścią siwz, jako zagadnienia istotnego dla wykazania nieprawidłowego zachowania zamawiającego w toku badania i oceny oferty, zwrócił uwagę na brzmienie przepisu art, 87 ust. 1 ustawy . Przepis ten stanowi, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, z zastrzeżeniem niedopuszczalności prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty. Choć wspomniany przepis traktuje o tym, iż zamawiający może wezwać wykonawcę do wyjaśnień, to nie ulega wątpliwości, iż żądanie to - zwłaszcza w kontekście konieczności dokonania wszechstronnej, rzetelnej i kompetentnej analizy ofert - należy rozpatrywać w kategoriach obowiązku zamawiającego. Jak wskazano w wyroku KIO 2100/16: „zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty. Natomiast w sytuacji kiedy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy to uprawnienie to przeradza się w obowiązek zamawiającego. Czynność odrzucenia oferty wykonawcy winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p.”, Tym samym przepis art. 87 ust. 1 ustawy , choć nie wskazuje na to jego literalne brzmienie, ma charakter obligu. Na charakter ten wskazują wyniki wykładni celowościowej i funkcjonalnej, zwłaszcza w kontekście obowiązków nałożonych przez ustawodawcę na zamawiającego, jako na gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy zauważyć, iż zamawiający nie skierował do odwołującego wezwania do wyjaśnień w trybie i na zasadzie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy . Nie uczynił zatem zadość ciężącemu na nim obowiązkowi - pomimo bowiem zidentyfikowania ewentualnej przesłanki do odrzucenia oferty (choć - co już wykazano w treści odwołania - brak podstaw faktycznych i prawnych dla takiej identyfikacji) nie wezwał odwołującego do wyjaśnień, co było niezbędne i konieczne dla ustalenia, czy istnieje podstawa odrzucenia oferty i czy ma ona charakter zasadniczy i nieusuwalny. Czynności i zaniechania zamawiającego wobec oferty odwołującego prowadzą także do naruszenia zasad wyrażonych w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy.

W dniu 7 kwietnia 2017r. odwołujący złożył pisemne oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało podpisane przez prezesa zarządu umocowanego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: