

WYROK
z dnia 21 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Kawa-Ogorzałek**

Członkowie: **Ewa Kisiel**

Ernest Klauziński

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2018 r. przez wykonawcę **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1) uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Centralnemu Ośrodkowi Informatyki z siedzibą w Warszawie:
 - dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - odrzucenie ofert wykonawców: **Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni** oraz **Koma Nord z siedzibą w Gdyni** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
 - ponowienie czynności badania i oceny ofert,
- 2) w pozostałym zakresie odwołanie oddać,

3) kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Centralny Ośrodek Informatyki 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 wykonawcę Decsoft S.A. 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. z 2017 r., poz. 1579) 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:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zakup wsparcia na system operacyjny Oracle Linux dla 192 serwerów fizycznych Blade (2CPU każdy)”.

W dniu 27 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni (dalej: „Asseco” lub „Przystępujący”).

W dniu 4 maja 2018 r. wykonawca Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- czynności wyboru oferty złożonej przez Asseco jako najkorzystniejszej;
- zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Asseco oraz Koma Nord sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni („dalej: „Koma Nord”) jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”);
- zaniechania odrzucenia ofert Asseco oraz Koma Nord jako ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- zaniechania odrzucenia wykluczenia Asseco oraz Koma Nord z postępowania, pomimo że wykonawcy Ci, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawili informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które miały istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu;
- prowadzenia postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Asseco oraz Koma Nord podczas, gdy zaoferowane przez tych wykonawców oprogramowanie nie jest oprogramowaniem wspierającym system operacyjny Oracle Linux, jak wymagał tego Zamawiający, a zatem gdy treść oferty Asseco oraz Koma Nord nie odpowiada treści SIWZ;

b) art. 89 ust 1 pkt 3) PZP w zw. z art 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust 1 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r. poz. 419; dalej:

„u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Asseco i Koma Nord podczas, gdy ich złożenie miało na celu utrudnienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, w tym Odwołującemu, dostępu do rynku, a zatem której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

c) art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Asseco i Koma Nord z postępowania podczas, gdy zaoferowali oprogramowanie, które nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, a zatem gdy Asseco i Koma Nord, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawili informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które miały istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w Postępowaniu;

d) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 3) oraz art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o czym świadczy wybór - jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu - oferty Asseco, tj. oferty, która z uwagi na ww. okoliczności podlega odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę, który z uwagi na ww. okoliczności podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący podniósł również zarzut ewentualny, tj.:

e) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Asseco oraz Koma Nord podczas, gdy zaoferowane przez tych wykonawców oprogramowanie nie jest systemem równoważnym do posiadanego przez Zamawiającego systemu Oracle Linux, ani systemem równoważnym do systemu RedHat Linux Server, a zatem gdy treść ofert Asseco oraz Koma Nord nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Asseco jako najkorzystniejszej;

b) dokonania ponownego badania i oceny ofert;

c) odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Koma Nord i Asseco i/lub wykluczenia ww. wykonawców z postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wymagał od wykonawców zakupu i dostarczenia wsparcia na obecnie posiadany przez siebie system operacyjny Oracle Linux dla 192 serwerów fizycznych Blade (2 CPU każdy). Zdaniem Odwołującego zarówno treść Formularza ofertowego jak i Wzoru Umowy nie przewidywała możliwości zastąpienia posiadanego przez Zamawiającego systemu Oracle Linux innym rozwiązaniem informatycznym. Odwołujący zauważył, iż jedyne postanowienie SIWZ odnoszące się do równoważności - pkt V OPZ nie mogło być interpretowane w tak szeroki sposób.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby przyjąć, w ślad za Asseco i Koma Nord, że Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania systemu zastępującego posiadany przez niego system Oracle Linux wraz z migracją oraz wykupieniem do niego wsparcia to, po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że obaj wykonawcy zaoferowali wsparcie na system operacyjny Eurolinux, a po drugie - system Eurolinux nie spełnia wymagania wskazanego przez Zamawiającego w pkt V OPZ odnośnik pierwszy - „jest zgodny z Red Hat Linux Server”.

Odwołujący wyjaśnił, że w chwili obecnej za jedyny zgodny (wstecznie i w przód) z Red Hat Linux Server można uznać Centos, który jest również rozwijany przez Red Hat. Umowy licencyjne Red Hat wskazują na to, że gdyby którykolwiek system był zgodny, to w celu jego wykorzystania konieczne byłoby wnoszenie również opłat za subskrypcje Red Hat.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że pod uwagę, system Eurolinux nie jest w jakimś stopniu równoważny do systemu Red Hat Linux Server, zaś wskazywanie przez producenta systemu Eurolinux, że należy on do tej samej rodziny co Red Hat Enterprise Linux jest zabiegiem marketingowym, który w żaden sposób nie potwierdza równoważności obu systemów. Można by tak twierdzić, gdyby oferowany system posiadał takie same certyfikacje jak Red Hat Enterprise Linux Server, np. oficjalną certyfikację wydawaną przez producentów sprzętu IBM, HP czy aplikacji, W dostępnych wykazach Eurolinux takich certyfikatów nie posiada.

Podkreślił również, że ani Asseco ani Koma Nord nie załączyli do oferty jakichkolwiek dokumentów potwierdzających równoważność oferowanego systemu do systemu Red Hat Enterprise.

W związku z powyższym Odwołujący uznał, iż zaoferowany przez obu ww. wykonawców system Eurolinux nie jest systemem równoważnym do posiadanego przez Zamawiającego systemu Oracle Linux. Tym bardziej oferowany przez tych wykonawców system nie jest systemem, który można uznać za równoważny do systemu Red Hat (wymóg z pkt V OPZ). Ofert Asseco oraz Koma Nord nie sposób interpretować inaczej niż jako oferty migracji 192 maszyn z Oracle Linux do Eurolinux i dopiero w końcowym etapie udzielenia wsparcia na system Eurolinux.

Uzasadniając zarzut popełnienia przez ww. wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący stwierdził, iż ich świadomym zamiarem było uzyskanie Zamówienia niezgodnie z przepisami Pzp, tj. w sposób niekonkurencyjny, naruszający dobre obyczaje i bezprawny, co w oczywisty sposób zagrażało interesom pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, konkurujących na uczciwych zasadach, a w chwili wyboru oferty Asseco jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w Postępowaniu naruszyło te interesy.

Zdaniem Odwołującego opisane w odwołaniu okoliczności implikują również konieczność wykluczenia Asseco oraz Koma Nord z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1

pkt 17 Pzp.

Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 17 maja 2018 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie wniósł o jego oddalenie, zarzuty odwołania uznając za bezzasadne.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego niezgodności ofert złożonych przez spółki Asseco i Koma Nord z treścią SIWZ, Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zakup wsparcia na system operacyjny Oracle Linux lub wsparcia świadczonego na odpowiadającym poziomie na system równoważny pod warunkiem spełnienia wymagań. Przedmiot zamówienia został również wskazany w Załączniku nr 1 do SIWZ w postaci Formularza ofertowego, gdzie wprost określono, że Zamawiający oczekuje wsparcia na system operacyjny Oracle Linux lub zapewnienie równoważnego poziomu wsparcia na system. W przeciwnym - wypadku, gdyby przedmiot zamówienia dotyczył dostawy licencji na oprogramowanie, Zamawiający określiliby przedmiot postępowania jako zakup, dostawę i wsparcie, co też nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Dodatkowo, zdaniem Zamawiającego, istotnym jest, że w punkcie V Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”), stanowiącego integralną część SIWZ, Zamawiający dopuścił zaoferowanie przez wykonawców rozwiązania równoważnego, które spełniać będzie szczegółowo określone w SIWZ wymagania. Z powyższego wynika, że Odwołujący błędnie zinterpretował przedmiot postępowania uznając, że Zamawiający oczekuje bądź wsparcia oferowanego jedynie przez system Oracle/bądź dostawy dodatkowego rozwiązania informatycznego i jego wsparcie. Tymczasem, jak już zostało wskazane powyżej, przedmiotem postępowania jest wyłącznie wsparcie posiadanego przez Zamawiającego systemu operacyjnego, przy czym Zamawiający dopuszcza zapewnienie równoważnego poziomu wsparcia na system.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż system EuroLinux zaoferowany przez Asseco i Koma Nord nie spełnia wymagania Zamawiającego wskazanego w punkcie V OPZ, tj. nie jest zgodny z Red Hat Linux Server, Zamawiający podkreślił, iż stanowisko Odwołującego jest błędne. System ten należy bowiem do tej samej rodziny produktów co Red Hat Enterprise Linux, Oracle Enterprise Linux, Centos czy Scientific Linux. Dlatego też pełna lista certyfikowanego sprzętu dla EuroLinux, wraz z właściwymi numerami wersji oprogramowania, jest tożsama z listą sprzętu certyfikowanego na odpowiednich stronach internetowych przez tych producentów dla systemów Linux. Naturalnie, wszystkie te systemy są obrandowane własnym logo, jednak użytkownikowi systemu operacyjnego trudno jest wskazać różnice pomiędzy wymienionymi wyżej wersjami. Wynika to z tego, że wszystkie powyższe systemy korzystają z tych samych źródeł, a w zasadzie z jednego źródła source code. To, co je od siebie odróżnia, to miejsce skąd pobierane są uaktualnienia do systemu (updates) oraz możliwość monitorowania stanu maszyn w usłudze EuroLinux Update, Red Hat

NetWork lub podobnych, o ile dany producent taką usługę oferuje. Zamawiający wyjaśnił, iż powyższe potwierdza informacja producenta systemu EuroLinux, zamieszczona na stronie internetowej pod adresem <https://pl.euro-linux.com/migracja-do-platformy-eurolinux/> oraz <https://pl.euro-linux.com/eurolinux/certyfikacje/>.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem Odwołującego w przedmiocie konieczności wykonania przez wybranego wykonawcę dodatkowych prac instalacyjnych i konfiguracyjnych, aby w pełni dostosować do potrzeb Zamawiającego oferowane przez siebie rozwiązanie informatyczne w postaci systemu EuroLinux. Tymczasem, zaoferowane zarówno przez spółkę Asseco jak i spółkę Koma Nord rozwiązanie równorzędne wymaga jedynie dokonania migracji do systemu EuroLinux, co w dużym uproszczeniu, jest procesem zmiany dostawcy uaktualnień do systemu operacyjnego. Wiąże się to z utrzymaniem bieżącej infrastruktury, bez konieczności reinstalacji systemu. Ponadto, wskazane przez wykonawców ceny całkowite oferty obejmują wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotowej umowy, w tym koszty ewentualnej migracji. Stąd dla Zamawiającego nie ma istotnego znaczenia jakie czynności będzie musiał zrealizować wykonawca i jakie koszty będą się z nimi wiązały.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Zamawiający zauważył, iż Odwołujący nie wskazał w jaki sposób złożone dwie konkretne oferty powodują naruszenie konkurencyjności.

Ustosunkowując się do zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Zamawiający wskazał, że dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy niezbędne jest spełnienie wszystkich wskazanych w nim przesłanek. Wykluczenie wykonawcy na tej podstawie może mieć miejsce, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Takie przesłanki, w ocenie Zamawiającego, w niniejszym postępowaniu nie miały miejsca. Zamawiający dokładnie zweryfikował pod kątem formalnym wszystkie złożone w postępowaniu oferty i uznał, że przedstawione przez spółki Asseco i Koma Nord rozwiązanie informatyczne w pełni spełnia oczekiwania Zamawiającego określone w SIWZ. Twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie potwierdzone zostały przez producenta EuroLinux, co również zostało zweryfikowane przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tym samym, w ocenie Zamawiającego, brak jest powodów do zarzucenia wykonawcom celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co mogłoby doprowadzić do wykluczenia ich z prowadzonego postępowania.

Na rozprawie również Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na jego bezzasadność.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie co do części z podniesionych zarzutów.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Asseco Data Systems z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

1) w punkcie I części III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest zakup wsparcia na system operacyjny Oracle Linux dla 192 serwerów fizycznych Blade (2 CPU każdy), bez ograniczenia na ilość maszyn wirtualnych instalowanych na tych serwerach. Wsparciem ma być objęte 192 serwerów fizycznych Blade (2 CPU każdy), bez ograniczenia na ilość maszyn wirtualnych instalowanych na tych serwerach.

2) w punkcie V OPZ Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego wskazując, iż musi ono spełniać wszystkie wymagania określone poniżej:

- system powinien być zgodny z Red Hat Linux Server,
- system ma posiadać wsparcie online 24hx7dni w tygodniu,

- Zamawiający ma mieć zapewniony dostęp do strony internetowej wsparcia i bazy wiedzy,
- system ma posiadać wysoką dostępność (High Availability),
- Zamawiający ma mieć zapewniony dostęp erratu, oraz ma mieć dostęp do aktualizacji i poprawek,
- Zamawiający ma mieć zapewnione korzystanie z dedykowanego narzędzia służącego do zarządzania poprawkami (np. Red Hat Satellite lub równoważne).

3) zgodnie z §1 ust. 1 Wzoru umowy przedmiotem Umowy, jest zakup wsparcia na system Oracle Linux dla 192 serwerów fizycznych Blade (2 CPU każdy) (zwanego dalej „Oprogramowaniem”), zgodnie z ofertą Wykonawcy stanowiącą Załącznik nr 1 do Umowy (zwanej dalej „Ofertą”) oraz Opisem Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy, na okres od dnia podpisania Umowy do 28 grudnia 2018r.

4) w załączniku nr 1 do SIWZ – Formularzu oferty w tabeli cenowej w kolumnie 2 zawarto sformułowanie: „wsparcie na system operacyjny Oracle Linux dla serwerów...”,

5) w odpowiedzi na pytanie 3, udzielonej przez Zamawiającego w dniu 15 marca 2018 r. Zamawiający wskazał, iż „minimalny poziom wsparcia na system operacyjny Oracle Linux to Oracle Basic Limited”.

6) wykonawca Asseco Data Systems S.A. w kolumnie 2 tabeli cenowej zawartej w załączniku nr 1 do SIWZ, stanowiącego Formularz oferty zaoferował: *„wsparcie na system operacyjny Eurolinux dla serwerów fizycznych Blade (2 CPU każdy), bez ograniczenia na ilość maszyn wirtualnych instalowanych na tych serwerach wraz z platformą EuroMan do zarządzania systemami Linuxowymi”*.

7) wykonawca Koma Nord w kolumnie 2 tabeli cenowej zaoferował: *„rozwiązanie równoważne spełniające specyfikację: wsparcie na system operacyjny EuroLinux, Datacenters Standard dla serwerów fizycznych Blade (2 CPU każdy), bez ograniczenia na ilość maszyn wirtualnych instalowanych na tych serwerach”*.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli

odpowiednio: Zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez Zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna. W przypadku natomiast stwierdzenia niekompatybilności tych treści Zamawiający zobowiązany jest taką ofertę odrzucić.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego poczynionych przez Izbę przedmiotem zamówienia był zakup wsparcia na system operacyjny Oracle Linux dla 192 serwerów fizycznych Blade. Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający jednoznacznie zdefiniował przedmiot zamówienia wskazując, iż jest nim usługa wsparcia właśnie tego, konkretnego systemu. Powyższe wynikało wprost z SIWZ, Formularza oferty, tabeli cenowej czy wzoru umowy. Również w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest zakup wsparcia na system operacyjny Oracle Linux.

Izba stwierdziła, że z dokumentacji postępowania nie wynika więc w żaden sposób iż Zamawiający dopuścił możliwość zastąpienia posiadanego przez siebie systemu innym systemem informatycznym. Jedyne postanowienia odnoszące się do równoważności, zawarte w punkcie V OPZ nie mogą być, w ocenie składu orzekającego, interpretowane w tak szeroki sposób, jak dokonał tego Przystępujący oraz wykonawca Koma Nord, tj. poprzez zaoferowanie nowego systemu operacyjnego wraz ze wsparciem. Jak bowiem wyżej wskazano przedmiotem zamówienia był zakup wsparcia na posiadany przez Zamawiającego system.

Izba stwierdziła, iż możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego polegała jedynie na możliwości wsparcia dla Oracle Linux za pomocą rozwiązań równoważnych, a nie umożliwia realizację dostawy nowego oprogramowania w miejsce wsparcia dla oprogramowania istniejącego. Ponadto również z odpowiedzi na odwołanie wynika, iż Zamawiający oczekiwał wsparcia na system operacyjny Oracle Linux lub zapewnienie równoważnego poziomu wsparcia na system. Równoważność dotyczyła więc poziomu wsparcia, który został przez Zamawiającego skonkretyzowany w odpowiedzi na pytanie 3 udzielonej w dniu 15 marca 2018 r., w której wskazał, iż: „*minimalny poziom wsparcia systemu to Oracle Basic Limited*”. Równoważność w ocenie Izby nie odnosiła się natomiast do możliwości zastąpienie jednego systemu innym systemem informatycznym. Przedmiotem zamówienia nie był bowiem zakup wsparcia na system operacyjny Oracle Linux lub system równoważny wraz ze wsparciem tego systemu, lecz zakup wsparcia na konkretnie wskazany przez Zamawiającego system.

Co do ofert złożonych przez Przystępującego oraz wykonawcę Koma Nord bezsporne jest natomiast, że w kolumnie 2 tabeli cenowej zaoferowali oni wsparcie na system operacyjny Eurolinux dla serwerów fizycznych Blade. Co istotne Przystępujący w piśmie procesowym złożonym na rozprawie wprost wskazywał na zmianę z systemu Oracle Linux (strona 4, pkt 7).

Tym samym Izba uznała, iż zaoferowane przez nich wsparcie dotyczyło systemu operacyjnego Eurolinux, a nie jak wymagał tego Zamawiający systemu operacyjnego Oracle Linux.

W konsekwencji Izba uznała, iż zaoferowanie przez Asseco oraz Koma Nord wsparcia na inny system operacyjny niż wymagał tego Zamawiający stanowiło o niezgodności złożonych ofert ww. wykonawców z SIWZ i skutkowało koniecznością odrzucenia tych ofert. Tym samym Zamawiający zaniechując dokonania powyższej czynności naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Stwierdzić ponadto należy, odnosząc się do oświadczenia Przystępującego złożonego na rozprawie, iż jego oferta została złożona na wsparcie systemu o nazwie Oracle Linux, iż niemożliwe jest konwalidowanie treści złożonej oferty po upływie terminu na ich składanie.

Izba uznała również, iż w postępowaniu wykazane zostało przez Odwołującego, iż zaoferowany przez Przystępującego oraz wykonawcę Koma Nord system Eurolinux, nie spełnia wymagania wskazanego przez Zamawiającego w punkcie V OPZ, zgodnie z którym musi on być zgodny z Red Hat Linux Server.

Z oświadczenia pełnomocnika Odwołującego, który wskazywał, iż jest pracownikiem firmy Red Hat oraz dowodu przedłożonego przez Odwołującego wynika, iż: *„system informatyczny EuroLinux nie jest systemem zgodnym z systemem Red Hat opisanym w dokumentacji ww. postępowania tzn. nie spełnia warunku opisanego w pkt. V tiret pierwszy CZĘŚĆ II SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA. Nie posiada również certyfikacji Red Hat do uruchamiania na nim serwerów aplikacyjnych JBoss oraz innych rozwiązań firmy Red Hat. Nie występuje na listach zgodności HCL dla serwerów blade żadnego producenta w przeciwieństwie do systemu Red Hat Enterprise Linux.”*

Izba za niezasadny uznała natomiast zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Na wstępie przypomnieć należy, że Odwołujący twierdził, iż Przystępujący oraz wykonawca Koma Nord wprowadzili Zamawiającego w błąd podając informację o spełnianiu przez zaoferowane przez nich rozwiązanie wymagań Zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje

wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że okoliczność zaofierowanie przez wykonawców Asseco oraz Koma Nord rozwiązania, które nie spełnia wymogów określonych w SIWZ nie może stanowić podstawy do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Wykonawcy Ci bowiem wyraźnie wskazali jakie rozwiązanie oferują, Zamawiający miał więc pełną wiedzę o zaofierowanym rozwiązaniu, oraz mógł ustalić czy owe rozwiązanie spełnia jego wymagania, czy też nie spełnia. W związku powyższym nie sposób uznać, iż został on wprowadzony w błąd przez wykonawców Asseco oraz Koma Nord.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp następuje w przypadku, gdy złożona przez wykonawcę oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy, który to czyn, zgodnie z art. 15 ust. 2 pkt 1 u.z.n.k., może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy. Zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wymaga przeprowadzenia niezbitych dowodów w zakresie każdej z przesłanek, o których mowa w tych przepisach.

W toku postępowania Odwołujący nie wskazał z jakim przepisem prawa sprzeczne jest działanie Przystępującego oraz Koma Nord polegające na podaniu zaofierowaniu przez tych wykonawców oprogramowania, które nie spełnia podstawowych wymagań Zamawiającego. Odwołujący nie wskazał również z jakimi dobrymi obyczajami to działanie jest sprzeczne.

Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, iż Przystępujący oraz wykonawca Koma Nord oferując wskazane wyżej rozwiązanie popełnili czyn nieuczciwej konkurencji, w związku z czym nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe stanowisko Izba orzekła, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....