

Sygn. akt: KIO 2220/18

WYROK
z dnia 9 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komorń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2018 r. przez wykonawcę **DECISOFT S.A., Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowa Agencja Wymiany Akademickiej, ul. Polna 40, 00-635 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **STATIM P. W., ul. Głogowska 3, 01-743 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego DECISOFT S.A. Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego DECISOFT S.A., Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa 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 2018 r., poz. 1986) 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:

Sygn. akt KIO 2220/18

UZASADNIENIE

Zamawiający - Narodowa Agencja Wymiany Akademickiej, ul. Polna 40, 00-635 Warszawa, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę serwerów (numer referencyjny: 17/dost./2018). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2018 r., nr 2017/S 155-355094. Oferty w postępowaniu złożyli m.in.: wykonawca DECISOFT S.A., budynek Blue Office 1, poziom +2, Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa oraz wykonawca STATIM P. W., ul. Głogowska 3, 01-743 Warszawa. Pismem z dnia 18 października 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy STATIM P. W.

W dniu 29 października 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę DECISOFT S.A. (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w wyniku braku odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę STATIM P. W. pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę STATIM P. W. pomimo, że jej treść nie odpowiada treści siwz,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy STATIM P. W., pomimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd poprzez niezgodne z prawdą twierdzenie, że złożona przez niego oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz oraz poprzez wywołanie u zamawiającego mylnego przekonania, że jego oferta jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający zgodnie z rozdziałem Serwery pkt 1.14 załącznika nr 1 (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) do SIWZ wymagał, aby serwery dostarczane w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego wspierały m.in. system operacyjny RHEL6 cyt. „1.14. Wspierane systemy operacyjne Windows Server 2012 R2, Cent OS 7, XenServer 7, Oracle Linux 7 RHEL 6, RHEL 7, SLES11, SLES12, VMware vSphere 5.5 U3, VMware vSphere 6.0 U3”. Wykonawca Statim zgodnie z oświadczeniem zawartym w treści oferty (str. 2 oferty) w ramach przedmiotowego postępowania zaoferował Zamawiającemu serwer obliczeniowy PowerEdge R840 producenta firmy Dell. Jednocześnie w ofercie wykonawca Statim opisując oferowane parametry serwera na str. 4 oferty potwierdził, że przedmiotowy serwer wspiera system operacyjny RHEL6. Serwer PowerEdge R840, zgodnie z ogólnie dostępnymi informacjami dostępnymi na rynku w tym m.in. na stronie internetowej firmy DELL producenta przedmiotowego serwera, nie posiada wsparcia dla systemu operacyjnego RHEL6 link: . (...)

Firma Dell na przedmiotowej stronie wyraźnie wskazała jakie systemy operacyjne są wspierane przez serwer DELL PowerEdge R840 i są to: Ubuntu Server 16.04 LTS, Ubuntu Server 18.04 LTS, Citrix XenServer 7.1, Windows Server 2012 R2, Windows Server 2016, SUSE Linux ES 12, SuSE Linux ES 15, BIOS, Red Hat Enterprise Linux 7, VMware ESXi 6.5, VMware ESXi 6.7. Wśród tych systemów operacyjnych nie znajduje się system Red Hat Enterprise Linux 6 (RHEL6) co jest jednoznaczne z tym, że dany system nie jest wspierany przez serwer DELL PowerEdge R840. Dodatkowo na tej samej stronie firma Dell prezentuje oficjalną informację o treści cyt. „Uwaga na temat systemów operacyjnych, których nie wymieniono na liście powyżej: Firma Dell może nie obsługiwać systemu operacyjnego z różnych powodów, takich jak wycofanie obsługi przez producenta oprogramowania, brak dostępności niektórych produktów lub inne. Aby uzyskać więcej informacji na temat nieobsługiwanej platformy albo systemu operacyjnego, należy skontaktować się z dostawcą oprogramowania”.

Powyższa uwaga prezentowana przez firmę Dell wyjaśnia powody, dla których część systemów nie jest wspierana przez przedmiotowy serwer, jak też wprost wskazuje na bezsporny fakt, że producent serwera zaoferowanego przez wykonawcę Statim zdaje sobie sprawę z faktu, że serwer PowerEdge R840 nie wspiera wszystkich systemów operacyjnych funkcjonujących na rynku w tym RHEL 6.

Producentem systemu Red Hat Enterprise Linux 6 (RHEL6) jest firma Red Hat, która podobnie jak firma Dell, na swoich

stronach internetowych prezentuje jakie urządzenia są wspierane przez oprogramowanie, którego jest producentem. Pod adresem internetowym link: <https://access.redhat.com/ecosystem/hardware/3365961> firma Red Hat prezentuje wszystkie swoje systemy, które wspierają serwer PowerEdge R840. (...)

Certyfikacja firmy Red Hat dla serwera firmy DELL PowerEdge R840 oznacza, że firma Red Hat zapewnia prawidłowe działanie swoich produktów w konkretnych wersjach na danym serwerze, w tym przypadku na serwerze PowerEdge R840. Jeżeli podczas eksploatacji danego produktu firmy Red Hat na wspieranym serwerze, w tym przypadku na serwerze DELL PowerEdge R840, wystąpią jakieś nieprawidłowości w działaniu produktu, który znajduje się na liście certyfikowanych produktów, firma Red Hat podejmie działania i dokona wszelkiej staranności w przywróceniu poprawnego działania swoich produktów. Tym samym w przypadku gdy dojdzie do sytuacji, że na serwerze DELL PowerEdge R840, będzie zainstalowany system operacyjny Red Hat Enterprise Linux 6, i wystąpią jakiegokolwiek nieprawidłowości w działaniu systemu, wówczas firma Red Hat jak też firma Dell odmówią wsparcia dla takiego incydentu ze względu na to, że dany system Red Hat Enterprise Linux 6, nie jest certyfikowanym systemem dla serwera DELL PowerEdge R840.

Aby dany serwer posiadał wsparcie dla konkretnego systemu operacyjnego, producent tego serwera i producent systemu operacyjnego muszą wspólnie dostosować swoje produkty do pełnej zgodności i utrzymywać tą zgodność przez cały czas trwania wsparcia. Producenci wiedząc jak ważna przy doborze serwerów jest poprawność współpracy z systemem operacyjnym przeprowadzają certyfikację swoich produktów, które to certyfikaty potwierdzają, że dany serwer posiada wsparcie danego systemu operacyjnego i publikując te informacje na swoich stronach internetowych informują użytkowników z jakimi systemami operacyjnymi współpracuje dany serwer. Jest to powszechna praktyka na rynku stosowana przez wszystkich czołowych producentów serwerów i producentów systemów operacyjnych. Z uwagi na powyższe nikt inny poza producentem systemu operacyjnego i producentem serwera nie może zapewnić wsparcia serwera dla danego systemu operacyjnego. Potwierdza, to m.in. przytoczona powyżej uwaga firmy Dell odsyłająca użytkowników, którzy oczekują szerszych informacji na temat nie wspieranych systemów operacyjnych do producentów tych systemów.

Tym samym skoro wykonawca Statim zaoferował Zamawiającemu przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami opisanymi w SIWZ, to Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zobowiązany był do odrzucenia oferty złożonej przez tegoż wykonawcę. Wykonawca składając ofertę, nie może pomijać żadnego z wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ. W przypadku braku spełnienia wymagań określonych w SIWZ Zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i opinii doktryny.

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Wykonawca Statim opisując parametry oferowanego serwera PowerEdge R840 na str. 4 swojej oferty złożył oświadczenie, że przedmiotowy serwer wspiera system operacyjny RHEL6 cyt. „Wspierane systemy operacyjne Windows Server 2012 R2, CentOS 7, XenServer 7, Oracle Linux 7, RHEL 6, RHEL 7, SLES 11, SLES 12, VMware vSphere 5.5 U3, VMware vSphere 6.0 U3”. Następnie Zamawiający pismem z dnia 08.10.2018 r. nr PAO/X/MS/151/2018 wezwał wykonawcę Statim do złożenia wyjaśnień w zakresie potwierdzenia, że oferowany serwer PowerEdge R840 wspiera system operacyjny RHEL6. Wykonawca Statim w odpowiedzi na pismo Zamawiającego pismem z dnia 11.10.2018 r. złożył następujące oświadczenie cyt. „W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 05.10.2018 r. pragniemy wyjaśnić, że zaoferowany przez nas serwer Dell PowerEdge R840 wspiera poprawną i kompletną instalację systemu RHEL 6”. Biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego prezentowaną w pkt I przedmiotowego odwołania należy uznać, że Wykonawca Statim oświadczając w dniu 11.10.2018 r., że serwer PowerEdge R840 wspiera system operacyjny RHEL 6 wprowadził Zamawiającego w błąd. Bez wątpienia w dniu 11.10.2018 Wykonawca Statim posiadał wiedzę, że serwer PowerEdge R840 nie wspiera systemu operacyjnego RHEL6, ponieważ producent tegoż serwera jak też producent przywołanego systemu operacyjnego wprost oświadczają, że serwer PowerEdge R840 nie posiada wsparcia dla systemu RHEL6. Oświadczenia wykonawcy Statim spowodowały wprowadzenie Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy Statim z przedmiotowego postępowania. Informacje te wprowadziły Zamawiającego w błąd co do oceny spełnienia wymagań przez wykonawcę i miały wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu.

W ocenie zaistnienia przesłanki wprowadzenia Zamawiającego w błąd nie ma znaczenia potencjalna możliwość posiadania czy pozyskania prawidłowych danych przez samego Zamawiającego. Obowiązkiem wykonawców, jako profesjonalistów jest podanie rzetelnych, wiarygodnych informacji i oświadczeń w ofercie, które są podstawą do oceny zgodności oferty z SIWZ. W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca Statim dopuścił się niedbalstwa w przedstawieniu informacji dotyczących parametrów zaoferowanego serwera. Informacja o tym, że serwer PowerEdge R840 nie wspiera systemu RHEL6 jest informacją powszechnie dostępną, zatem Wykonawca Statim winien dochować należytej staranności i zweryfikować informacje przedstawione mu chociażby przez Zamawiającego, który w piśmie z dnia 8.10.2018 poinformował wykonawcę Statim o swoich wątpliwościach związanych z posiadaniem wsparcia przez oferowany serwer dla systemu RHEL 6.

Zaznaczenia wymaga, że dla uznania określonego działania za wprowadzenie Zamawiającego w błąd nie jest konieczne, aby działanie to było świadomie podejmowane przez wykonawcę właśnie w tym celu. Wprowadzenie w błąd może bowiem nastąpić również poprzez niedbalstwo, a nawet lekkomyślność. Taka właśnie sytuacja wystąpiła w niniejszym postępowaniu, jako że błędy w złożonej przez wykonawcę Statim ofercie i wyjaśnieniach należy uznać za wynikające z braku zachowania należytej staranności przy formułowaniu oferty i udzielaniu wyjaśnień. Powyżej przedstawione okoliczności wypełniają przesłankę określoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, co winno skutkować wykluczeniem Wykonawcy z niniejszego postępowania”.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę STATIM P. W.,
- 4) wykluczenia wykonawcy STATIM P. W.,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 5 listopada 2018 r. wykonawca STATIM P. W. (dalej: „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie. W treści przystąpienia przystępujący przedstawił następujące stanowisko:

„1. w zakresie zarzutu dot. naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp:

Zamawiający w Załączniku nr 1 (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) do SIWZ w części Serwery pkt. 1.14

zawarł następujące wymaganie: „1.14. Wspierane systemy operacyjne Windows Server 2012 R2, CentOS 7, XenServer 7, Oracle Linux 7, RHEL 6, RHEL 7, SLES 11, SLES 12, VMware vSphere 5.5 U3, VMware vSphere 6.0 U2”. Przystępujący zgodnie z powyższym wymogiem zaoferował w swojej ofercie serwer obliczeniowy PowerEdge R840 producenta firmy Dell, na który Przystępujący gwarantuje wsparcie systemu operacyjnego RHEL6.

W związku z powyższym Przystępujący podtrzymuje złożone przez siebie w ofercie oświadczenie oraz oświadczenie zawarte w piśmie z dnia 11.10.2018 r., iż zaoferowany przez niego serwer PowerEdge R840 wspiera poprawną i kompletną instalację systemu RHEL 6.

Przystępujący przedkłada dowód w postaci oświadczenia producenta serwera PowerEdge R840 (pismo z dnia 31.10.2018 r.), z którego jasno wynika, iż Firma Dell potwierdza wykonalność instalacji RHEL 6 na platformie PowerEdge R840. Powyższe oznacza tym samym, że ww. producent poświadcza, że Przystępujący wykona wskazany przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) do SIWZ w części Serwery w pkt. 1.14 wymóg.

Dowód nr 1: Oświadczenie firmy Dell z dnia 31.10.2018 r.

W treści ww. oświadczenia producent zaoferowanego przez Przystępującego serwera dodatkowo zwrócił uwagę na fakt, iż takie same sterowniki jak w PowerEdge R840 zostały użyte w podobnym czteroprotocowym modelu serwera tj. w serwerze PowerEdge R940, który posiada certyfikację dla systemu operacyjnego RHEL6. Ponieważ taki sam pakiet sterowników (wersja 18.04.07 A00) jest także wskazany przez producenta dla PowerEdge R840, uzasadnia to twierdzenie, iż instalacja funkcjonalnej rzeczony wersji OS jest na zaoferowanym przez Przystępującego serwerze całkowicie wykonalna.

Dowód nr 2: wydruk ze strony internetowej RED HAT dot. PowerEdge R940 na potwierdzenie certyfikacji dla systemu RHEL6

Dowód nr 3: wydruki ze strony internetowej DELL dot. PowerEdge R940 i PowerEdge R840 - na potwierdzenie zastosowania w obydwu systemach tożsamyh sterowników.

Przystępujący zwraca uwagę na fakt, że brak certyfikacji dla systemu PowerEdge R840 w zakresie obsługi RedHat6, co potwierdza także sam producent, nie dowodzi braku zgodności, a przez to braku możliwości instalacji RHEL6 na zaoferowanym przez Przystępującego serwerze.

Pomimo, że możliwość taka istnieje, certyfikacja ta z powodu upływu niedostatecznej ilości czasu od premiery PowerEdge R840, co podkreśla w piśmie z dnia 31.10.2018 r. sam producent serwera, nie została jeszcze przeprowadzona. Konsekwencją powyższego jest brak stosownej informacji na stronie Dell tj. brak wymienienia systemu RHEL 6 wśród obsługiwanych przez serwer PowerEdge R840 systemów operacyjnych.

Dowód 4: pismo DELL z 31.10.2018 r (Dowód Nr 1) - na potwierdzenie braku przeprowadzenia certyfikacji ze względu na niedostateczny upływ czasu pomiędzy premierą PowerEdge R840, a dniem złożenia ww. pisma przez producenta serwera.

Jednocześnie podnosimy, iż w SIWZ brak jest jakiegokolwiek wymogu wskazującego, że Wykonawca oferując przedmiot zamówienia musi zaoferować serwer posiadający certyfikację dla wskazanych przez Zamawiającego systemów operacyjnych w tym dla systemu RHEL6. Powyższe oznacza, że Przystępujący mógł zaoferować serwer, który pomimo braku certyfikacji umożliwia instalację systemu RHEL6, wpieraną przez autoryzowanego Partnera firmy DELL, jakim jest STATIM P. W..

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż skoro w SIWZ brak jest jakiegokolwiek wymogu zgodnie z którym oferowane przez Wykonawców serwery muszą posiadać certyfikację (wsparcie producenta serwerów potwierdzone certyfikatem) nie istnieją podstawy prawne i faktyczne do odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania. Takie postępowanie Zamawiającego byłoby niezgodne z przepisami ustawy Pzp i doprowadziłoby do ewentualnego wyboru oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów prawa. (...)

Dodatkowo Przystępujący potwierdza, że przeprowadził już poprawną instalację RHEL6 na przedmiotowej platformie serwerowej. Podczas rozprawy przed KIO Przystępujący jest w stanie potwierdzić możliwość instalacji ww. oprogramowania na testowej platformie PowerEdge R840.

2.w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp:

W ocenie Przystępującego, brak jest także faktycznych i prawnych podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający uznając ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą, naruszył także przepis art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp. Przystępujący składając swoją ofertę i oświadczenie z dnia 11.10.2018 r. nie wprowadził Zamawiającego (co wykazano w pkt. 1 przystąpienia) w błąd, co do funkcjonalności oferowanego przez siebie serwera PowerEdge R840, a tym samym co zgodności złożonej przez siebie oferty z SIWZ. Przywołane w Części I. pkt. 1 przystąpienia uzasadnienie dowodzi, że zaoferowany przez Przystępującego serwer PowerEdge R840, tak jak wymagał Zamawiający, obsługuje system operacyjny RHEL 6, a Przystępujący wspiera w pełni jego instalację i funkcjonowanie. W związku z powyższym, w ocenie Przystępującego, nie istnieją przesłanki prawne o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp uzasadniające możliwość wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania”.

Do przystąpienia przystępujący załączył m.in. oświadczenie firmy Dell Sp. z o.o. o następującej treści:

„Oświadczenie.

Dotyczy dostawy serwerów dla Narodowej Agencji Wymiany Akademickiej (NAWA),nr sprawy 17/ dost./2018. Wydane na potrzeby firmy STATIM Sp. z o.o.

Szanowni Państwo,

Potwierdzamy poprawną instalację systemu Red Hat 6 na platformie R840. Brak certyfikacji dla tego systemu nie dowodzi braku zgodności, a spowodowany jest tym, że premiera R840 była stosunkowo niedawno. Zawracamy jednak uwagę, że żaden certyfikat nie był wymagany w tym postępowaniu.

W pełni popieramy deklarację firmy Statim, że wspiera instalację tego systemu na serwerze PowerEdge R840. Pragniemy zwrócić uwagę, że dostępne na naszej stronie sterowniki do tej wersji systemu dla podobnego modelu czteroprotocowego - PowerEdge R940, który posiada certyfikację dla systemu RHEL6. Ten sam pakiet sterowników (wersja. 18.04.07, A00) jest także dedykowany dla R840, więc instalacja w pełni funkcjonalnej rzeczony wersji OS jest wykonalna.”

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził w szczególności, co następuje. „Zacytowane w odwołaniu fragmenty informacji pozyskane przez Odwołującego na stronach internetowych nie mogą przesądzać czy serwer Dell PowerEdge R840 wspiera bądź nie system operacyjny RHEL6. Na podstawie ww. informacji na temat parametrów rozważanego serwera, zacytowanych ze stron internetowych, Zamawiający nie może czerpać wiedzy na temat wszystkich posiadanych przez serwer Dell PowerEdge R840 funkcjonalności. Dla wymagań Zamawiającego istotna jest faktyczna funkcjonalność oferowanego sprzętu. Informacje zawarte na stronach internetowych producentów

nie muszą zawierać opisu wszystkich funkcjonalności danego sprzętu w tym informacji szczegółowych, które są najistotniejsze dla przeciętnego kupującego.

System operacyjny RHEL 6 jest systemem operacyjnym, który jest stopniowo zastępowany przez jego nowszą wersję. Firma Dell prezentując swoje najnowsze serwery nie ma obowiązku powszechnie informować, czy system RHEL 6 jest obsługiwany, czy też nie (strona internetowa producenta nie musi zawierać wszystkich informacji o produkcie). Informacje zawarte na stronach internetowych należy traktować jako materiały promocyjne, które prezentują produkt w zakresie jego podstawowej funkcjonalności i nie muszą zawierać wszystkich informacji na temat parametrów technicznych wysoce specjalistycznych urządzeń jakimi są serwery. W utrwalonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej informacje pozyskiwane na stronach internetowych producentów nie mogą przesądzać jednoznacznie o pełnej funkcjonalności sprzętu (patrz wyroki KIO: KIO 2575/13).

Należy pamiętać, że serwer jest urządzeniem, który może być konfigurowany pod indywidualne potrzeby kupującego i jeżeli jest to technicznie możliwe, również obsługiwać systemy operacyjne inne niż wskazane przez producenta w materiałach promocyjnych. Tym samym przy rozpatrywaniu ww. zarzutu przesądzającym jest stanowisko producenta, który w piśmie z dnia 31 października 2018 r. jednoznacznie wskazał, że serwer Dell PowerEdge R840 wspiera system operacyjny RHEL6. Ww. stanowisko znajduje potwierdzenie w oświadczeniu Wykonawcy Statim z dnia 11 października 2018 r. złożonego na etapie oceny ofert oraz testów przez niego przeprowadzonych.

Ponadto należy zauważyć, że Zamawiający nie wymagał, aby ww. wsparcia udzielał sam producent serwera lub oprogramowania. Cała konstrukcja dokumentacji jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający precyzyjnie określa to co wymagane i tym samym nie ma pola do dodatkowych interpretacji. W przypadku serwera Zamawiający nie żądał wsparcia producenta, ale jedynie tego, że serwer będzie wspierał wskazane oprogramowanie. Tym samym nie zamieszczenie informacji o wspieraniu przez producenta serwera nie ma związku z brakiem funkcjonalności dot. wspierania przez serwer systemu operacyjnego RHEL 6.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Statim, pomimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd poprzez niezgodne z prawdą twierdzenie odnośnie serwera Dell PowerEdge R840 wspierającego system operacyjny RHEL6 nie ma podstaw dowodowych. Firma Statim po przeprowadzonych testach wydała oświadczenie potwierdzające prawdziwość informacji w SIWZ na temat wsparcia serwera dla systemu RHEL6. Zamawiający uwzględnił wszystkie dowody testów i oświadczenie Wykonawcy Statim i uznał jego ofertę jako spełniającą wszystkie wymagania opisane w SIWZ. Tym samym Wykonawca żaden sposób nie wprowadził Zamawiającego w błąd, ani na skutek niedbalstwa, ani w wyniku lekkomyślności. Wobec powyższego Wykonawca Statim nie podlega wykluczeniu z tytułu podania informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa serwerów. W pkt 1.14. załącznika nr 1 do siwz zawierającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zamawiający zawarł wymóg dotyczący serwerów o następującej treści: „Wspierane systemy operacyjne Windows Server 2012 R2, CentOS 7, XenServer 7, Oracle Linux 7, RHEL 6, RHEL 7, SLES 11, SLES 12, VMware vSphere 5.5 U3, VMware vSphere 6.0 U2”.

Przystępujący złożył ofertę, w której wskazał, że oferuje m.in.: „Wspierane systemy operacyjne Windows Server 2012 R2, CentOS 7, XenServer 7.5, Oracle Linux 7.4, RHEL 6, RHEL 7, SLES 11, SLES 12, VMware vSphere 5.5 U3, VMware vSphere 6.0 U3”.

Pismem z dnia 25 września 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący złożył oświadczenia i dokumenty.

Pismem z dnia 5 października 2018 r. odwołujący skierował do zamawiającego pismo informujące o niezgodności oferowanego przez przystępującego sprzętu z siwz. Odwołujący wskazał, że przystępujący „w swojej ofercie zaoferował serwer firmy DELL PowerEdge E840 i oświadczył, że zaoferowany serwer posiada wsparcie dla systemu operacyjnego RHEL 6, co nie jest zgodne z prawdą”.

Pismem z dnia 8 października 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień. W szczególności zamawiający wskazał: „W załączniku przekazuję informacje uzyskane od uczestnika postępowania dot. niespełniania przez Państwa Sprzęt wymagań dot. wspierania przez oferowane serwery systemu operacyjnego RHEL6. Uprzejmie prosimy o ustosunkowanie się do ww. zarzutu do dnia 11 października 2018 r.”

W odpowiedzi na ww. pismo przystępujący udzielił następujących wyjaśnień: „pragniemy wyjaśnić, że zaoferowany przez nas serwer Dell PowerEdge R840 wspiera poprawną i kompletną instalację systemu RHEL 6. Wykonawca posiada doświadczenie w instalacji tego systemu na zaoferowanej platformie serwerowej”.

Pismem z dnia 18 października 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16),
- 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 (pkt 17).

Rozpatrując niniejszą sprawę pod kątem tego, czy zaoferowany przez przystępującego serwer PowerEdge 840 zapewni wsparcie systemu operacyjnego RHEL 6, należy w pierwszej kolejności odnieść się do dołączonego do przystąpienia oświadczenia firmy Dell. Z oświadczenia tego jednoznacznie wynika, że możliwa jest instalacja systemu RHEL 6 na serwerze PowerEdge 840. Jednocześnie rację ma odwołujący, że ww. oświadczenie zostało podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji spółki Dell wynikającymi z treści z KRS, tj. zostało podpisane przez jednego prokurenta, zamiast przez dwóch (prokura łączna). Mimo powyższego, Izba przyjęła dowód w postaci ww. oświadczenia z dwóch powodów:

- po pierwsze, ww. oświadczenie jest oświadczeniem wiedzy, a niewątpliwie prokurent spółki, nawet działając samodzielnie, posiada wiedzę w zakresie produktów oferowanych przez tę spółkę. Tym samym, nawet przedstawiając oświadczenie podpisane przez jednego prokurenta, przystępujący w wystarczającym stopniu uprawdopodobnił, że możliwa jest instalacja systemu RHEL 6 na serwerze PowerEdge 840, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że serwer jest urządzeniem, które może być konfigurowane pod indywidualne potrzeby klienta;
- po drugie, kontrdowodem dla oświadczenia złożonego przez przystępującego, są informacje zawarte na stronie internetowej firmy Dell, na które powołuje się odwołujący. Należy w związku z tym stwierdzić, że informacje na stronach internetowych danych firm mają na celu przede wszystkim promocję określonych produktów i samej firmy, natomiast nie muszą stanowić pełnych i wyczerpujących danych na temat tych produktów, czy firmy. W szczególności informacje zawarte na stronie internetowej nie muszą zawierać opisu wszystkich parametrów i funkcjonalności określonego produktu. Tym samym, w ocenie Izby, złożone przez przystępującego oświadczenie firmy Dell, nawet z podpisem jednego prokurenta, ma większą moc dowodową, niż powołane przez odwołującego informacje ze strony internetowej.

W konsekwencji, w świetle złożonego przez przystępującego oświadczenia firmy Dell, nie ma podstaw do stwierdzenia, że niemożliwa jest instalacja systemu operacyjnego RHEL 6 na serwerze PowerEdge 840 i wsparcie świadczone przez wykonawcę.

Niezależnie od powyższego należy odnieść się także do stanowiska odwołującego, zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien także posiadać certyfikację dla systemu RHEL 6, aby możliwe było zapewnienie wsparcia. W związku z tym Izba stwierdza, że siwz nie zawiera wymogu posiadania certyfikacji. Powyższe potwierdził także zamawiający, który jednoznacznie oświadczył, że świadomie nie zamieścił takiego wymogu w siwz. Nie można się przy tym zgodzić z odwołującym, który z samego słowa „wsparcie” wyinterpretowuje konieczność posiadania certyfikacji dla systemu. Interpretacja taka nie jest zasadna w świetle postanowień siwz (nie wynika z żadnego z tych postanowień), a nadto – jak wskazano już wyżej – jest sprzeczna z jednoznacznym oświadczeniem zamawiającego, który wprost stwierdził na rozprawie, że był świadomy treści stawianych przez siebie wymogów i na pewno nie wymagał posiadania certyfikacji. Tym samym, wobec braku w siwz wymogu posiadania certyfikacji, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, argumenty i dowody przedstawione na rozprawie, a dotyczące m.in. tego, czy system RHEL 6 jest już wycofywany, czy może być aktualizowany, czy jego ostatnią dostępną wersją jest wersja RHEL 6.10., czy producent serwera lub producent systemu operacyjnego podejmą się serwisu w przypadku braku certyfikacji. Kwestie te pozostają irrelewantne dla rozstrzygnięcia sprawy wobec faktu, że certyfikacja nie była przez zamawiającego wymagana.

Konsekwencją braku zawarcia w siwz wymogu posiadania certyfikacji dla systemu RHEL 6 jest niemożność stwierdzenia, że w tym zakresie oferta przystępującego jest niezgodna z siwz. W szczególności należy podkreślić, że wymaganie od wykonawców na obecnym etapie posiadania certyfikacji, w sytuacji, gdy wymóg taki nie był zawarty w siwz, stanowiłoby naruszenie zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu z powodu niezgodności z treścią siwz. Tym samym zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak też nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Nie można bowiem mówić o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, skoro oferta przystępującego jest zgodna z siwz. W konsekwencji odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący