

Sygn. akt KIO 2703/20

WYROK
z dnia 6 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2020 r. przez wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Apelacyjny w Warszawie

orzeka:

- 1.1. umarza postępowanie w zakresie załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia część nr 2 pkt 3 Gniazda wejścia/wyjścia, pkt 12 Właściwości, pkt 13 Zarządzanie – brak potrzeby maintenance dla wersji chmurowej oraz raportowania klasy korporacyjnej;
- 1.2. uwzględnia odwołanie i nakazuje Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie zmianę załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia część nr 2, pkt 3 Mikroprocesor przez zastąpienie znaku „/” słowem „lub”, oddala odwołanie co do pkt 13 Zarządzanie – dostęp w ramach licencji do korzystania z aplikacji mobilnej;
2. kosztami postępowania obciąża w częściach równych Sąd Apelacyjny w Warszawie i SUNTAR Sp. z o.o. w Tarnowie:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SUNTAR Sp. z o.o. w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Sądu Apelacyjnego w Warszawie na rzecz SUNTAR Sp. z o.o. w Tarnowie kwotę 7.500 (słownie: siedem tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocników ponad 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2703/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Apelacyjny w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu i oprogramowania do wirtualizacji stacji roboczych na potrzeby Sądu Okręgowego w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 195-471177. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający 7 października 2020 r. zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ”, w związku z czym 19 października 2020 r. wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. w Tarnowie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

I. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w szczególności w zakresie następujących parametrów:

1.1. Załącznik nr 1 do SIWZ - Załącznik nr 1 do formularza oferty * Dostawa terminali komputerowych typu thin Client - T-05-01-06-008 - 1300 szt - część nr 2 - Lp. 3 - Mikroprocesor:

Procesor o architekturze x86_64 posiadający przynajmniej 4 rdzenie fizyczne/4 wątki i osiągający w teście PassMark CPU Mark wynik min. 2800 punktów według wyników opublikowanych na stronie <http://www.cpubenchmark.net> (wynik testu aktualny na dzień składania ofert). TDP procesora nie większe niż 15W.

1.2. Załącznik nr 1 do SIWZ - Załącznik nr 1 do formularza oferty - Dostawa terminali komputerowych typu thin Client - T-05-01-06-008 - 1300 szt - część nr 2 - Lp. 7 - Gniazda wejścia/wyjścia:

Na przednim panelu terminala przynajmniej:

-Minimum 4 x porty USB w tym jeden z min. USB 3.0 i USB Typ-C

-1 gniazdo Composite Audio (out)

-1 gniazdo Composite Audio (in & out)

Na tylnym panelu terminala przynajmniej:

-1 gniazdo Composite Audio (out)

-Port szeregowy

-Min. 4 porty USB 3.0

-minimum 2 porty Display Port 1.2

-Minimum 1 wyjście 1Gb/s RJ45

Wymagana ilość i rozmieszczenie (na zewnątrz obudowy komputera) portów nie może być

osiągnięta w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek itp. musi być zapewniona możliwość jednoczesnego korzystania z wszystkich wbudowanych portów

1.3. Załącznik nr 1 do SIWZ - Załącznik nr 1 do formularza oferty - Dostawa terminali komputerowy typu thin client - T-05-01-06-008 - 1300 szt. - część nr 2 - Lp. 12 - Właściwości:

-Microsoft® Windows® 10 IoT LTSC

-wsparcie dla UEFI

-Ericom PowerTerm Interconnect 12.0

-Ericom PowerTerm WebConnect Client 7.5.1

1.4. Załącznik nr 1 do SIWZ - Załącznik nr 1 do formularza oferty - Dostawa terminali komputerowy typu thin client - T-05-01-06-008 - 1300 szt - część nr 2 - Lp. 13 - Zarządzanie:

W cenie licencja na centralne oprogramowanie do zarządzania umożliwiające:

-transmisja pakietów WOL,

-bezpieczna komunikacja (HTTPS)

-zdalna aktualizacja terminala

- wysyłanie informacji i powiadomień do terminali,
- resetowanie do ustawień fabrycznych
- tworzenie polityk grupowych
- zarządzanie poprzez serwer plików FTP
- licencja pozwala na zarządzanie z lokalnych zasobów lub chmury publicznej
- dostęp w ramach licencji do korzystania z aplikacji mobilnej
- typ licencji pływający (wykorzystywanie puli licencji przez podłączonych użytkowników)
- konsola zarządzania oparta na przeglądarce internetowej
- zarządzanie BIOS-em
- brak potrzeby maintenance dla wersji chmurowej
- zintegrowane zarządzanie konfiguracją
- zarządzanie politykami
- Powiadomienia email
- konfiguracja BIOS
- raportowanie klasy korporacyjnej
- zdalne usuwanie danych z urządzenia i odzyskiwanie obrazu
- alerty dotyczące zasad zgodności
- wdrażanie pakietów oparte na podsieć

II. art. 7 ust 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwolujący wniosk o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ w następujący sposób:

1.1. Załącznik nr 1 do SIWZ - Załącznik nr 1 do formularza oferty * Dostawa terminali komputerowy typu thin Client - T-05-01-06-008 - 1300 szt - część nr 2 - Lp. 3 - Mikroprocesor:

Procesor o architekturze x86_64 posiadający przynajmniej **4 rdzenie fizyczne/4 wątki** i osiągający w teście PassMark CPU Mark wynik min. 2800 punktów według wyników opublikowanych na stronie <http://www.cpubenchmark.net> (wynik testu aktualny na dzień składania ofert). TDP procesora nie większe niż 15W.

1.2. Załącznik nr 1 do SIWZ - Załącznik nr 1 do formularza oferty - Dostawa terminali komputerowy typu thin Client - T-05-01-06-008 - 1300 szt - część nr 2 - Lp. 7 - Gniazda wejścia/wyjścia:

Na przednim panelu terminala przynajmniej:

- Minimum **3 x porty USB** w tym jeden z min. USB 3.0 i USB Typ-C
- 1 gniazdo Composite Audio (out)
- 1 gniazdo Composite Audio (in & out)

Zamawiający dopuszcza jedno złącze Jack Audio (combo) zamiast w/w 1x Composite Audio (out) i 1x Composite Audio (in & out)

Na tylnym panelu terminala przynajmniej:

- 1 gniazdo Composite Audio (out) lub **Jack Audio (out)**
- Port szeregowy
- Min. 4 porty USB 3.0

-minimum 2 porty Display Port 1.2

-Minimum 1 wyjście 1Gb/s RJ45

Wymagana ilość i rozmieszczenie (na zewnątrz obudowy komputera) portów nie może być

osiągnięta w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek itp. musi być zapewniona możliwość jednoczesnego korzystania z wszystkich wbudowanych portów

1.3. Załącznik nr 1 do SIWZ - Załącznik nr 1 do formularza oferty - Dostawa terminali komputerowy typu thin client - T-05-01-06-008 -1300 szt. - część nr 2 - Lp. 12 - Właściwości:

-Microsoft® Windows® 10 IoT 2019 LTSC

-wsparcie dla UEFI

-wsparcie dla Ericom PowerTerm Interconnect 12.0

-wsparcie dla Ericom PowerTerm WebConnect Client 7.5.1

1.4. Załącznik nr 1 do SIWZ - Załącznik nr 1 do formularza oferty - Dostawa terminali komputerowy typu thin client - T-05-01-06-008 -1300 szt - część nr 2 - Lp. 13 - Zarządzanie:

W cenie licencja na centralne oprogramowanie do zarządzania umożliwiające:

- transmisja pakietów WOL,
- bezpieczna komunikacja (HTTPS)
- zdalna aktualizacja terminala
- wysyłanie informacji i powiadomień do terminali,
- resetowanie do ustawień fabrycznych
- tworzenie polityk grupowych
- zarządzanie poprzez serwer plików FTP
- licencja pozwala na zarządzanie z lokalnych zasobów lub chmury publicznej
- dostęp w ramach licencji do korzystania z aplikacji mobilnej**
- typ licencji pływający (wykorzystywanie puli licencji przez podłączonych użytkowników)
- konsola zarządzania oparta na przeglądarce internetowej
- zarządzanie BIOS-em
- brak potrzeby maintenance dla wersji chmurowej**
- zintegrowane zarządzanie konfiguracją
- zarządzanie politykami
- Powiadomienia email
- konfiguracja BIOS
- raportowanie klasy korporacyjnej funkcja raportowania**
- zdalne usuwanie danych z urządzenia i odzyskiwanie obrazu
- alerty dotyczące zasad zgodności
- wdrażanie pakietów oparte na podsieć

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty dotyczące załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia część nr 2 pkt 3 Gniazda wejścia/wyjścia, pkt 12 Właściwości, pkt 13 Zarządzanie – brak potrzeby maintenance dla wersji chmurowej oraz raportowania klasy korporacyjnej.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. Strony podtrzymały podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Treść postanowień SIWZ została przywołana w uzasadnieniu odwołania zgodnie z rzeczywistym brzmieniem, co czyni ich powołanie w uzasadnieniu zbędnym.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego zostało umorzone. Stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 4a Pzp Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, gdyż odwołujący ich nie wycofał.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy grożą odwołującemu możliwością poniesienia szkody.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Nie podzielono poglądu zamawiającego, że zarzuty odwołania zostały postawione bardzo ogólnie, co powoduje, że stanowisko odwołującego na rozprawie przekracza granice zakreślone zarzutami odwołania. Izba uwzględniła, że na podstawie lektury odwołania nie można mieć wątpliwości, że odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Zdaniem odwołującego opis wymagań zamawiającego w nieuzasadniony sposób faworyzuje rozwiązanie firmy DELL. Rozpoznanie odwołania na rozprawie nie nastąpiło z przekroczeniem okoliczności wskazanych w odwołaniu. Dowody zgłoszone przez odwołującego w odniesieniu do pierwszego z rozpoznawanych zarzutów nie kreują nowego zarzutu, lecz miały za zadanie jedynie potwierdzenie poglądu odwołującego o nieuzasadnionym wymaganiu, aby procesor posiadał jednocześnie 4 rdzenie i 4 wątki.

1.1. Załącznik nr 1 do SIWZ - Załącznik nr 1 do formularza oferty * Dostawa terminali komputerowych typu thin Client - T-05-01-06-008 - 1300 szt - część nr 2 - Lp. 3 - Mikroprocesor:

Procesor o architekturze x86_64 posiadający przynajmniej 4 rdzenie fizyczne/4 wątki i osiągający w teście PassMark CPU Mark wynik min. 2800 punktów według wyników opublikowanych na stronie <http://www.cpubenchmark.net> (wynik testu aktualny na dzień składania ofert). TDP procesora nie większe niż 15W.

Odwołujący wywodził, że przez wymaganie, aby oferowany procesor posiadał 4 rdzenie fizyczne i 4 wątki zamawiający preferuje rozwiązanie firmy DELL. Opis kwestionowanego wymagania uniemożliwia mu złożenie oferty z procesorem AMD Ryzen Embedded R1505G. Zamawiający natomiast wyjaśniał, że opis *rdzenie fizyczne/4 wątki* oznacza, że zamawiający wymaga procesora z 4 rdzeniami fizycznymi lub 4 wątkami, co dla odwołującego powinno być oczywiste.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego. Znaczenie ukośnika nie jest ustalone ani na gruncie zasad języka polskiego, ani w powszechnej praktyce. Lektura poradników prowadzi do przekonania, że istnieje co najmniej kilka znaczeń ukośnika oddzielającego wyrazy: „lub”, „albo”, „przez”, „bądź”, „za”, natomiast obserwowana praktyka wskazuje, że ukośnik używany jest również jako spójnik „i” albo „oraz”. Potwierdza to również treść SIWZ w badanym postępowaniu.

Gdyby znaczenie ukośnika rzeczywiście było ustalone i nie budziło wątpliwości brak byłoby podstaw do mniemania, że opis dokonany przez zamawiającego faworyzuje procesor firmy DELL.

Izba uznała, że postanowienia SIWZ nie powinny budzić wątpliwości, co do wymagań zamawiającego i narażać wykonawców na złożenie oferty, którą zamawiający może odrzucić, w sytuacji, gdy jest możliwe ich doprecyzowanie przed upływem terminu składania ofert.

Żądanie odwołania skreślenia wymagań dotyczących liczby rdzeni i wątków Izba uznała jednak za zbyt daleko idące. Skoro doprecyzowanie znaczenia ukośnika zapewnia możliwość złożenia oferty opartej o konkurujące rozwiązania, co do czego strony były zgodne, brak jest podstaw do dalszej idącej ingerencji w postanowienia SIWZ.

Uznając zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp za potwierdzony Izba nakazała zamawiającemu zmianę SIWZ przez zastąpienie znaku ukośnika słowem „lub”, zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego prezentowanym podczas rozprawy.

Nie znalazł natomiast potwierdzenia zarzut dotyczący wymagania dostępu w ramach licencji do korzystania z aplikacji mobilnej. Odwołujący wywodził, że wymaganie to może być spełnione wyłącznie przez produkt firmy DELL. W opozycji zamawiający wskazywał, że rozwiązanie takie jest oferowane co najmniej przez Fujitsu oraz jest uzasadnione jego potrzebami jako bezpieczniejsze i łatwiejsze w obsłudze.

Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy. Zgodzono się z argumentacją zamawiającego. Z pewnością korzystanie z aplikacji co do zasady prostsze niż z przeglądarki. Jako jedyny argument dotyczący bezpieczeństwa odwołujący podnosił, że zamawiający winien przeznaczyć do obsługi programu jedną z dostępnych aplikacji, co zdaniem Izby *de facto* potwierdza, że korzystanie z dedykowanej aplikacji jest z punktu widzenia wartości użytkowej rozwiązaniem lepszym. Zamawiający wskazał zatem na swoje uzasadnione potrzeby. Twierdzenia odwołującego Izba uznała za całkowicie gołosłowne, co jest zasadniczą przyczyną oddalenia odwołania w zakresie tego zarzutu. Jakkolwiek opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań art. 29 ust. 1 i 2 Pzp stanowi obowiązek zamawiającego, to wykonawca kwestionujący wymagania zamawiającego nie może pozostać całkowicie bierny. W okolicznościach sporu to na odwołującym stosownie do brzmienia art. 190 ust. 1 Pzp spoczywał ciężar dowodu co do tego, że wymaganie zamawiającego nie znajduje uzasadnienia oraz wyłącza konkurencję w postępowaniu. Odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodu. Izba nie zgodziła się z poglądem prezentowanym przez niego na rozprawie, że nie było możliwe przedstawienie dowodu na tezę negatywną tzn. niemożność złożenia oferty opartej o rozwiązanie inne niż DELL. Przeciwnie, w tej mierze uzyskanie stosownych oświadczeń producenta lub współpracującego z nim podmiotu nie powinno nastęrczać trudności.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Wynikająca z art. 192 ust. 10 Pzp zasada obciążenia kosztami strony odpowiedzialnej za wynik postępowania, jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w postanowieniu z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona - oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego. Pogląd o konieczności rozdzielenia kosztów w razie uwzględnienia części zarzutów podniesionych w odwołaniu ugruntowuje się w orzecznictwie sądów okręgowych (*vide* przykładowo orzeczenia: Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r.

sygn. akt XXIII Ga 1992/15, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18).

W badanej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł (łącznie 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100 zł (22.200,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł (18.600 – 11.100,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Kwota 7.500 zł stanowi jednocześnie różnicę między kosztami należnymi odwołującemu od zamawiającego, a kosztami dotychczas poniesionymi przez zamawiającego - 3.600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Kwoty wynagrodzenia pełnomocników stron w kwocie 3.600 zł, zostały uwzględnione zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący:.....