

WYROK

Warszawa, dnia 5 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2024 roku przez wykonawcę SUNTAR SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚĆ z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kamienica przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego M.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą MKM Market M.M.

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę SUNTAR SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tarnowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2.2. zasądza od wykonawcy SUNTAR SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tarnowie rzecz zamawiającego Gminy Kamienica kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 4282/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający Gmina Kamienica w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Cyberbezpieczny Samorząd w Gminie Kamienica”, nr referencyjny: ZP.271.10.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia nie jest równa i nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 października 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00551115.

W postępowaniu tym wykonawca SUNTAR SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedziby w Tarnowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 20 listopada 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty MKM Market M.M. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „MKM”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MKM, mimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych
- b) dokonania ponownego badania i oceny oferty, w tym odrzucenia oferty MKM.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący wskazał, że w treści SWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, że Serwerowy system operacyjny musi posiadać określone, wbudowane cechy. W ramach postawionych wymagań Zamawiający wskazał m.in., że system musi posiadać:

- Możliwość budowania klastrów składających się z 64 węzłów, z możliwością uruchamiania 7000 maszyn wirtualnych;
- Możliwość implementacji następujących funkcjonalności bez potrzeby instalowania dodatkowych produktów (oprogramowania) innych producentów wymagających dodatkowych licencji(...);
- Wbudowane mechanizmy wirtualizacji (Hypervisor) pozwalające na uruchamianie do 1000 aktywnych środowisk wirtualnych systemów operacyjnych. Wirtualne maszyny w trakcie pracy i bez zauważalnego zmniejszenia ich dostępności mogą być przenoszone pomiędzy serwerami klastra typu failover z jednoczesnym zachowaniem pozostałej

funkcjonalności;

- Nielimitowanej liczby jednocześnie przenoszonych maszyn wirtualnych pomiędzy węzłami klastra.

W ramach złożonej oferty wykonawca MKM zaoferował system Windows Server 2022 Standard, który nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego. W oficjalnych materiałach producenta, w szczególności w ramach oferowanych parametrów na stronie internetowej Microsoft jest podana informacja w tabeli, z której jednoznacznie wynika, że Windows Server 2022 Standard obsługuje jedynie 2 wirtualne maszyny, co nie spełnia wymagań Zamawiającego. Wykonawca MKM miał możliwość zaoferowania systemu Windows Server 2022 Datacenter spełniającego wymagania Zamawiającego, jednakże zmierzając prawdopodobnie do uzyskania nieuczciwej konkurencji i obniżenia swojej ceny ofertowej nie zaoferował systemu zgodnego z warunkami zamówienia.

Pismem z dnia 3 grudnia 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (zał. Nr 6) w pozycji System operacyjny/dodatkové oprogramowanie wskazał jakich konkretnie licencji oczekuje (na jaką ilość maszyn, z jaką ilością licencji dostępowych) tj.:

- Licencja na serwerowy system operacyjny musi uprawniać do zainstalowania serwerowego systemu operacyjnego w środowisku fizycznym lub umożliwiać zainstalowanie dwóch instancji wirtualnych tego serwerowego systemu operacyjnego.
- Licencja musi zostać tak dobrana aby była zgodna z zasadami licencjonowania producenta oraz pozwalała na legalne używanie na zaoferowanym serwerze. Wymaga się aby oferowane licencje umożliwiały korzystanie 25 użytkownikom.

Następnie Zamawiający opisał jakich cech wbudowanych oczekuje od systemu operacyjnego. Zawarł tam wymagania, które w przyszłości Zamawiający może potrzebować i oczekiwał możliwości rozbudowy funkcjonalności dostarczonego systemu operacyjnego. Z informacji Zamawiającego uzyskanych od producenta wynika że wszystkie postawione wymogi określone jako możliwość są spełnione przez zaoferowane licencje w postępowaniu (Windows Server Standard, Windows Server DataCenter) bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego. Odwołujący jako główny zarzut wniesionego odwołania powołuje się na brak możliwości uruchomienia nielimitowanej ilości maszyn wirtualnych. Biorąc pod uwagę fakt że, po pierwsze Zamawiający jasno określił jaką ilość maszyn wirtualnych chce uruchomić (co wskazano powyżej) oraz nie określił w wymaganiach co do rodzajów systemów operacyjnych, które mogą być wirtualizowane w oparciu o wbudowane mechanizmy wirtualizacji (Hyper-V) nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, który we własnym interesie interpretuje zapisy SWZ w sposób uzasadniający wniesienie odwołania. Reasumując Zamawiający wskazał, że:

- Wymagał możliwości uruchomienia 2 maszyn wirtualnych w ramach dostarczonych licencji
- Wymagał 25 licencji dostępowych
- Wymagał możliwości uruchomienia nielimitowanej ilości maszyn wirtualnych w odniesieniu do możliwości technicznych usługi wirtualizacji systemu operacyjnego.
- Zaoferowana w postępowaniu przez większość oferentów licencja Windows Server Standard 2022, pozwala na uruchomienie 2 maszyn wirtualnych posiada 25 licencji dostępowych (zgodnie z treścią złożonych ofert), ma możliwość uruchomienia nielimitowanej ilości maszyn wirtualnych (czyt. nie posiada ograniczeń w tym zakresie).

Wykonawca M.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MKM Market M.M.zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 3 grudnia 2024 r. Uczestnik postępowania odniósł się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba pominęła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego i Uczestnika postępowania na posiedzeniu, jako mające wykazać fakt bezsporny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa do Urzędu Gminy Kamienica następującego sprzętu:

- 1) Serwer urząd - 1 szt.
- 2) UPS- 1 szt.
- 3) Agregat prądowórczy - 1 szt.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 31 października 2024 r. w postępowaniu złożono pięć ofert:

Lp.	Nazwa i adres wykonawcy	Cena netto	Cena brutto
1.	NetCom Sp. z o.o. Ul. Jarzebinowa 22/1 53 – 120 Wrocław	240 980,00	296 405,40
2.	VIRTUALSTOR Robert Solarski ul. Kościuszki 19/6 78 – 400 Szczecinek	175 000,00	215 250,00
3.	MKMMarket MM ul. Zdziarska 83Z/8 lok. 2 03-289 Warszawa	170 000,00	209 100,00
4.	Singum Edward Kuś Ul. Kłodnicka 72/12 40 – 704 Katowice	202 000,00	248 460,00
5.	Suntar Sp. z o.o. Ul. Marii Drodz 12 33 – 100 Tamów	186 237,56	229 072,19

W Załączniku nr 6 do SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia zmodyfikowany dla Serwer Zamawiający w tabeli w pozycji Serwer Urzędu dla System operacyjny/dodatkové oprogramowanie wskazał następujące wymagania:

Licencja na serwerowy system operacyjny musi uprawniać do zainstalowania serwerowego systemu operacyjnego w środowisku fizycznym lub umożliwiać zainstalowanie dwóch instancji wirtualnych tego serwerowego systemu operacyjnego.

Licencja musi zostać tak dobrana, aby była zgodna z zasadami licencjonowania producenta oraz pozwalała na legalne używanie na zaoferowanym serwerze. Wymaga się aby oferowane licencje umożliwiały korzystanie 25 użytkownikom. Serwerowy system operacyjny musi posiadać następujące, wbudowane cechy.

(...)

Możliwość budowania klastrów składających się z 64 węzłów, z możliwością uruchamiania 7000 maszyn wirtualnych.

(...)

Możliwość implementacji następujących funkcjonalności bez potrzeby instalowania dodatkowych produktów (oprogramowania) innych producentów wymagających dodatkowych licencji:

(...)

Wbudowane mechanizmy wirtualizacji (Hypervisor) pozwalające na uruchamianie do 1000 aktywnych środowisk wirtualnych systemów operacyjnych. Wirtualne maszyny w trakcie pracy i bez zauważalnego zmniejszenia ich dostępności mogą być przenoszone pomiędzy serwerami klastra typu failover z jednoczesnym zachowaniem pozostałej funkcjonalności.

(...)

Nielimitowanej liczby jednocześnie przenoszonych maszyn wirtualnych pomiędzy węzłami klastra (...)

Poza sporem było to, że każdy ze wskazanych wykonawców zaoferował system operacyjny Windows Server 2022. Uczestnik postępowania (jak również pozostali wykonawcy - poza Odwołującym) zaoferował licencję Windows Server 2022 Standard. Zdaniem Odwołującego ww. system nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Kluczową rolę w interpretacji meritum przedmiotowej sprawy stanowiła treść opisu przedmiotu zamówienia.

Poza sporem było to, że zaoferowany przez Uczestnika postępowania (jak również pozostałych wykonawców) system operacyjny, tj. Windows Server 2022 posiada funkcję nieograniczonej liczby maszyn wirtualnych. I poza sporem było również, że aby ze wskazanej funkcji korzystać potrzebna jest licencja. Istotą sporu było to czy wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązani byli zaoferować licencję, która taką możliwość daje.

Zdaniem Izby z przywołanych przez Odwołującego zapisów opisu przedmiotu zamówienia powyższe nie wynika.

Zamawiający w sposób wyraźny wskazał, że wymaga licencji na dwie instancje wirtualne. I to wymaganie, co również było poza sporem, licencja w wersji Standard – zaoferowana przez Uczestnika postępowania - spełnia.

Rację miał Zamawiający oraz Uczestnik postępowania, że należy odróżnić wymagania co do licencji od wymagań systemu operacyjnego. Opis przedmiotu zamówienia, zdaniem Izby w sposób jednoznaczny, podzielony jest na licencję i na elementy, które ma zawierać system operacyjny. W żadnym z przywołanych przez Odwołującego zapisów nie wynika aby licencja uprawniała do nieograniczonej liczby maszyn wirtualnych.

Niejako na marginesie, licencja nie ma wbudowanego elementu. Licencja to metoda aktywacji czegoś co jest już w systemie. Inaczej rzecz ujmując, licencja ma umożliwić korzystanie z jakiegoś elementu/funkcji. Zatem wbrew logice byłoby uznanie, że licencja musi posiadać określone, wbudowane cechy.

Powyższe doprowadziło Izbę do przekonania, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania. Co za tym idzie brak jest podstawy faktycznej i prawnej do odrzucenia oferty Uczestnika postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w związku z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: