

**WYROK**  
**z dnia 19 listopada 2024 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 listopada 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 października 2024 roku** przez wykonawcę **OPTeam Spółka Akcyjna z siedzibą w Tajęcinie (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Politechnikę Lubelską z siedzibą w Lublinie**

przy udziale wykonawcy **Adesco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, Przystępującego** po stronie **Zamawiającego**

**orzeka:**

Jwzględnia odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert, następnie nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 -pkt 5 ustawy Pzp z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia w zakresie ilości wycenionych licencji, a także ponowienie wyboru oferty najkorzystniejszej;

N pozostałym zakresie oddala odwołanie;

kosztami postępowania obciąża Przystępującego - **Adesco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie** i Odwołującego - **OPTeam Spółka Akcyjna z siedzibą w Tajęcinie** w następujący sposób:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Przystępującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. znosi między Stronami koszty składające się na wynagrodzenie pełnomocników;

3.3. zasądza od Przystępującego – **Adesco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie** na rzecz – **Odwołującego OPTeam Spółka Akcyjna z siedzibą w Tajęcinie** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem ½ wpłaconego wpisu.

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:**

.....

**KIO 4020/24**

**UZASADNIENIE**

Zamawiający: Politechnika Lubelska z siedzibą w Lublinie prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa PZP”) pn.: „Dostawa i uruchomienie infrastruktury sprzętowo-programowej dla Systemu Elektronicznego Zarządzania Dokumentacją opartego o oprogramowanie EZD RP (dalej zwana Infrastrukturą)”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. U. UE- 2024-OJS158-00490165 z dnia 14/08/2024.

Dnia 30 października 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca OPTeam Spółka Akcyjna z siedzibą w Tajęcinie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Adesco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (dalej jako „Adesco”) – naruszenie art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 oraz 17 ust 2 Pzp,
- prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty wykonawcy Adesco prowadzących do jej zmiany - naruszenie art.

223 ust 1 Pzp,

-zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Adesco – pomimo że treść złożonej oferty pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia – naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp,.

Odwołujący wnosił o:

- 1.uwzględnienie odwołania,
- 2.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3.powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
- 4.odrzucenie oferty Adesco zgodnie z uzasadnieniem odwołania,
- 5.dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący dowiedział się o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w dniu 21.10.2024r., wobec czego termin określony w Pzp na kwestionowanie czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu został dochowany.

Oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert uplasowana jest na drugiej po wykonawcy Adesco pozycji rankingowej, przy złożonych łącznie w przetargu dwóch ofertach. Uwzględnienie odwołania w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Adesco będzie miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania oraz możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i uruchomienie infrastruktury sprzętowo-programowej dla Systemu Elektronicznego Zarządzania Dokumentacją opartego o oprogramowanie EZD RP (dalej zwana Infrastruktura) zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ opis przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z OPZ Zamawiający wymagał montażu Infrastruktury we wskazanym pomieszczeniu, uruchomienia Infrastruktury i wstępnej konfiguracji, Wykonawca dostarczy niezbędne wymagane do prawidłowej pracy okablowanie do podłączenia Infrastruktury do sieci zasilania elektrycznego, sieci LAN oraz sieci SAN posiadanej przez Zamawiającego.

W opinii wymagań Infrastruktury przy serwerze do wizualizacji (2 sztuki) Zamawiający poinformował, że posiada system wirtualizacyjny oparty o oprogramowanie VMware vSphere 8 Enterprise Plus, oprogramowanie do backupu Veem Enterprise Plus. Oferowane serwery muszą współpracować z posiadanym przez Zamawiającego środowiskiem wirtualizacyjnym i systemem backupu. Wykonawca dokona integracji zamawianych serwerów z posiadanym przez Zamawiającego scentralizowanym systemem zarządzania środowiska VMware opartym o VMware vCenter 8.

W przypadku 2 procesorów, architektura x86\_64, osiągające w teście SPEC CPU2017 Floating Point wynik SPECrate2017\_fp\_base 520 pkt (wynik osiągnięty dla zainstalowanych dwóch procesorów). Wynik musi być opublikowany na stronie dla dowolnego serwera z oferty producenta.

Ze względu na posiadany przez Zamawiającego klaster „VMware vSphere HA” oparty na serwerach z procesorami w technologii Intel Xeon, Zamawiający wymagał aby dostarczony serwer był w pełni kompatybilny i umożliwiał dołączenie go do w/w klastra.

Dla oprogramowania Zamawiający wymagał licencji na oprogramowanie Veem Enterprise Plus – licencja dla 2 procesorów, wsparcie na 3 lata – Zamawiający posiada kompletny system do tworzenia kopii zapasowych Veem dla całego środowiska serwerowego, aby móc, robić kopie zapasowe, dla nowego serwera wymagane jest wykupienie dodatkowych licencji w posiadanym już przez zamawiającego oprogramowaniu.

Zatem przedmiot zamówienia obejmował w szczególności dostawę 2 serwerów, przy czym:

- każdy z serwerów miał być serwerem wyposażonym w 2 procesory,
- dla każdego z serwerów należało zaoferować i wycenić licencje na oprogramowanie służące do tworzenia kopii zapasowych – licencja dla 2 procesorów.

Zatem zgodnie z OPZ obowiązkiem wykonawców było zaoferowanie łącznie 4 licencji na oprogramowanie Veeam Enterprise Plus (po 2 dla każdego z serwerów – 1 licencja na każdy procesor).

Zamawiający wymagał identyfikacji przedmiotu oferty poprzez wypełnienie wymaganego Załącznika nr 2 do SWZ – Formularz ofertowy.

W trakcie postępowania Zamawiający dokonał modyfikacji Formularza ofertowego w zakresie licencji. Odpowiadając na pytanie: *Proszę o poprawę formularza ofertowego tak aby można było w wycenie serwera do wirtualizacji zamieścić zarówno oprogramowanie VMware, jak i Veem, które jest wymagane przez zamawiającego i opisane w załączniku nr 1 do SWZ* Zamawiający odpowiedział, że: Zamawiający zmienia treść załącznika nr 1 do SWZ – wzór formularza ofertowego.

Obowiązkiem wykonawców była w szczególności identyfikacja ilości oferowanych produktów – w tym zarówno jednostek sprzętowych, jak i wymaganych licencji na oprogramowanie.

Adesco wykorzystał do złożenia oferty Formularz ofertowy po zmianie. W świetle powyższego Załącznik nr 2 do

SWZ Formularz ofertowy stanowi treść oferty sensu stricto, a także obowiązkiem wykonawców była identyfikacja ilości oferowanych serwerów, jak również ilości licencji oprogramowania zgodnie z OPZ.

Wykonawca Adesco w złożonym w przetargu Formularzu ofertowym dokonał identyfikacji oferowanego asortymentu w następujący sposób:

- przy serwerze do wirtualizacji dla oprogramowania podano ilość 2 sztuki (producent Veem, model, typ, nazwa oprogramowania – Veem Data Platform Advanced Enterprise Plus). Zdaniem Odwołującego treść oferty wykonawcy Adesco jest jednoznaczna, zaoferowano tylko 2, zamiast wymaganych zgodnie z OPZ 4 licencji Veeam Data Platform Advanced Enterprise Plus.

W związku z charakterem informacji zawartych w treści składanego wraz z ofertą Formularza ofertowego oraz wymaganej w szczególności identyfikacji przedmiotu oferty

w zakresie ilości licencji oprogramowania Veeam uznać należy, że ich zawartość stanowi treść oferty sensu stricto. Niezgodność oferty stanowiąca podstawę jej odrzucenia powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Pojęcie "warunków zamówienia" zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29 Pzp. Przepis ten stanowi, że warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pojęcie "treści oferty" nie posiada definicji legalnej, jednak jego rozumienie zostało ukształtowane w orzecznictwie Izby i potwierdzone w rozstrzygnięciach sądów okręgowych przez odwołanie się do art. 66 § 1 k.c. Przepis ten stanowi, że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

W konsekwencji treść oferty w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym.

Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Wobec tego porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, jego wyznaczonymi cechami i właściwościami, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SWZ - jest z nią zgodna. Podkreślenia wymaga również, że mamy do czynienia z wykonawcą jako podmiotem profesjonalnym, wobec którego obowiązują podwyższone mierniki oceny staranności.

Jeśli wykonawca stwierdzi, że treść dokumentacji wymagałaby w jego ocenie modyfikacji, uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy - powinien co najmniej zadać

w tym zakresie zamawiającemu pytania, celem uzyskania wyjaśnienia bądź modyfikacji brzmienia wymogów SWZ. Wykonawca, który wątpliwości co do treści dokumentacji nie wyjaśni, utraci możliwość powoływania się z korzyścią dla siebie na te okoliczności niezależnie od tego, jak zostałyby one rozstrzygnięte, gdyby faktycznie wystąpiły (tak wyrok Sądu Najwyższego z 05.06.2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 28.02.2018 r., sygn. akt: VIII Ga 554/17).

*Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SWZ. Ponadto zastosowanie wskazanej przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia (tak wyrok KIO 1090/23, wyrok z dnia 24 maja 2023 r.).*

W ocenie Odwołującego Wykonawca Adesco zaoferował jedynie 2 licencje oprogramowania Veeam zamiast wymaganych 4.

Obowiązkiem Zamawiającego jest ścisła interpretacji wymagań przetargowych.

Jak wynika ze złożonej w postępowaniu treści oferty Adesco jednoznacznie zaoferowano realizację zamówienia przy użyciu tylko 2 licencji oprogramowania Veeam Enterprise Plus, co jest niezgodne z OPZ i obliuguje Zamawiającego do odrzucenia tak złożonej oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp jako wprost niezgodnej z warunkami zamówienia.

Adesco rozumiał wymaganie SWZ odnośnie konieczności podania w treści oferty łącznej zaoferowanej ilości

licencji Veeam. Potwierdza powyższe w szczególności podana przez Adesco w Formularzu ofertowym ilość licencji oprogramowania VMware vSphere Foundation 8 w ilości 64, tj. w ilości dla obydwu oferowanych serwerów. Formularz ofertowy

w części dotyczącej zaoferowanego rozwiązania w sposób wyraźny wskazuje na: Serwery – 2 szt. oraz łączne ilości licencji dla zaoferowanych 2 serwerów. Przy czym dla obydwu zaoferowanych w przetargu serwerów wymagana ilość licencji VMware to 64 a ilość licencji Veeam to 4, podczas gdy wykonawca zaoferował tylko 2 licencje Veeam.

Treść SWZ jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający działając w trybie art. 223 ust 1 Pzp wezwał wykonawcę Adesco do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty w odniesieniu do ilości licencji Veeam. W ocenie Odwołującego wezwanie było zbędne, bowiem ilość zaoferowanych przez Adesco licencji wynika jasno z treści samej oferty i Formularza ofertowego – Wykonawca zaoferował nie jak tego wymagała SWZ 4, a jedynie 2 oferty.

W ocenie Odwołującego wezwanie do wyjaśnień klarownej treści oferty wykonawcy i wprost niezgodnej z warunkami zamówienia było zbędne, skoro tryb art. 223 ust 1 Pzp dotyczy wyłącznie przypadków gdy treść oferty wykonawcy budzi wątpliwości co do treści i konieczne są dodatkowe informacje/wyjaśnienia odnośnie przedmiotu zaoferowanego świadczenia ofertowego. W przedmiotowej sprawie sytuacja taka nie wystąpiła bowiem oferta Adesco jest jednoznaczna i nie wymaga żadnych dodatkowych zabiegów interpretacyjnych w myśl zasady clara non sunt interpretanda.

Wezwany do wyjaśnień wykonawca Adesco oświadczył, że Wykonawca w ofercie zawarł:

- a) 64 licencje VMware vSphere Foundation 8 (oprogramowanie równoważne z VMware vSphere 8 Enterprise Plus) – zgodnie z obecnym licencjonowaniem per cor oprogramowania VMware oraz ze wsparciem/subskrypcją na 2 lata;
- b) Wykonawca wpisał w formularzu ofertowym 2 sztuki zlicencjonowanych serwerów oprogramowania Veem Enterprise Plus. W SWZ Zamawiający wymagał licencji dla dwóch procesorów zainstalowanych na serwerze, zgodnie z tym zaoferowane licencje dla dwóch sztuk serwerów, co w realizacji zamówienia łącznie daje cztery licencje oprogramowania Veem Enterprise Plus. Oferta w kwestii oprogramowania Veem zawiera pełne licencjonowanie na dwa serwery dwuprocesowe oraz wsparcie na 3 lata dla całego zamówienia serwerów wirtualizacji.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca usiłuje na etapie po złożeniu oferty w trybie wyjaśnień dokonać zmiany oferty i deklaruje jakoby miał faktycznie zaoferować – 2 sztuki zalicencjonowanych serwerów, tyle, że nie potwierdza powyższego oferta, bowiem

w odniesieniu do ilości zaoferowanych licencji oprogramowania Veeam to są wyłącznie 2 a nie wymagane 4 sztuki. We wskazanej rubryce dotyczącej ilości zaoferowanych licencji wykonawca miał obowiązek podać ilość zaoferowanych i wycenionych licencji oprogramowania a nie ilość serwerów.

Wykonawca zorientował się najprawdopodobniej, że popełnił błąd w ofercie oferując zbyt małą w stosunku do wymagań OPZ ilość licencji i usiłował dokonać niedozwolonej na tym etapie postępowania modyfikacji treści oferty twierdząc, że akurat w przypadku oprogramowania Veeam miałby zaoferować licencjonowanie per serwer (2 serwery) podczas gdy miał podać w rubryce łączną ilość oferowanych licencji a nie serwerów.

Potwierdza to sposób wypełnienia przez Adesco wiersza poprzedzającego tabeli, w którym wykonawca w sposób poprawny podał zgodnie z wymogiem OPZ ilość zaoferowanych licencji VMware 64 licencje – łączna ilość dla 2 serwerów. Brak zatem jakiegokolwiek logiki w podawaniu w ofercie w zależności od rodzaju oprogramowania ilości sztuk licencji (VMware) i ilości zalicencjonowanych serwerów – w sytuacji gdy w obydwu przypadkach wymagane dotyczące konieczności podania licencji dotyczy wszystkich zaoferowanych w przetargu licencji danego producenta.

Tabela była tak skonstruowana, że w wierszu oprogramowanie należało wpisać wymaganą ilość oferowanych licencji (a nie „zalicencjonowanych serwerów”).

Gdyby Adesco miał rozumieć wymaganie inaczej, to w wierszu powyżej również winien wpisać 2 „zalicencjonowane serwery” oprogramowaniem VMware. Skoro jednak w przypadku oprogramowania VMware zaoferowano 64 licencje, to oznacza, że wykonawca nie miał wątpliwości, że wymagane jest wpisanie rzeczywistej łącznej ilości oferowanych licencji.

Opis produktu „Veeam Data Platform Advanced Enterprise Plus” wpisany przez Adesco w kolumnie [Model, typ,

nazwa oprogramowania licencji] ewidentnie i jednoznacznie definiuje oferowany produkt – czyli pojedynczą licencję (na 1 procesor) na oprogramowanie Veeam Data Platform Advanced Enterprise Plus.

Wykonawca nie wpisał tam, że chodzi o licencję na 2 procesory (czyli na 1 serwer) ani nie dodał żadnej innej uwagi, która mogłaby tłumaczyć, że chodzi o inny rodzaj produktu – a tym bardziej, że ma na myśli „zalicencjonowany serwer”.

Sam Zamawiający prawidłowo ustalił, że oferta Adesco nie obejmuje wymaganej w OPZ ilości licencji Veeam tj. 4 szt. W tej sytuacji wyjaśnienia treści oferty nie mogą prowadzić do jej zmiany – bowiem możliwe jest i dopuszczalne wyłącznie wyjaśnienie w ofercie tego co w niej się znajduje nie zaś to czego w niej brak (tak wyrok KIO 621/23 z dnia 21 marca 2023 r.). Orzecznictwo jednoznacznie stoi na stanowisku o niedopuszczalności dokonywania wskutek wyjaśnień zmianie treści oferty (tak wyrok KIO 361/23 z dnia 24 lutego 2023 r.).

Treść wezwania Zamawiającego potwierdza, że faktycznie żadne wątpliwości co do niezgodności oferty, jak i jej treści po stronie Zamawiającego nie występowały – Zamawiający wprost i bezpośrednio z treści oferty ustalił, że wykonawca zaoferował tylko 2 licencje Veeam. Wychodząc z założenia "clara non sunt interpretanda", czyli co jasne, nie potrzebuje wykładni, brak było jakiegokolwiek podstaw jak i potrzeby wyjaśniania pominiętych elementów wyceny.

W konsekwencji przeprowadzonej procedury wyjaśniającej Zamawiający dopuścił na dokonanie zmiany treści tej oferty.

W ocenie Odwołującego treść oferty Adesco jest jednoznaczna – zaoferowano 2 zamiast wymaganych 4 licencji a wyjaśnienia nie mogą skutecznie tej okoliczności zmienić.  
gwarancja wykonawcy Adesco.

Zgodnie z OPZ Zamawiający wymagał od wykonawców zaoferowania w przetargu gwarancji producenta (nie wykonawcy) na parametrach świadczonych usług jak w OPZ  
tj: minimum 3 lata gwarancji producenta serwera w trybie on-site.

Powyższa gwarancja jest gwarancją o szczególnych parametrach niewystępującą standardowo na rynku (zwłaszcza w zakresie czasu gwarantowanej skutecznej naprawy serwera do końca następnego dnia po zgłoszeniu awarii). Tak określony standard świadczenia usług serwisowych gwarancyjnych producenta generuje znaczące koszty po stronie wykonawcy.

W trakcie postępowania wykonawcy zwracali się do Zamawiającego o potwierdzenie tak wymaganego serwisu producenta sprzętu. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, przy odpowiedzi na pytanie nr 8 – Czy przypadkiem nie wkradła się tutaj omyłka pisarska, ponieważ wysoki reżim serwisowy do serwerów jest raczej nie stosowany, Zamawiający zaznaczył, że podtrzymuje zapisy OPZ.

W trakcie postępowania Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Adesco o udzielenie wyjaśnień treści oferty także w przedmiocie rodzaju zaoferowanej usługi serwisu gwarancyjnego producenta na warunkach OPZ, gdzie Wykonawca zaoferował 5-letni okres gwarancji na sprzęt komputerowy, czy Wykonawca zgodnie ze złożoną ofertą będzie świadczył gwarancję przez okres 5 lat również w tym zakresie (gwarancja producenta serwera w trybie on-site z gwarantowaną skuteczną naprawą w miejscu użytkowania sprzętu do końca następnego dnia od zgłoszenia).

Wykonawca Adesco, w udzielonej w dniu 14.10.2024 r. odpowiedzi nie odniósł się w ogóle do zaznaczonej części wezwania dotyczącej gwarancji producenta ale jednocześnie jednoznacznie wskazał, że samodzielnie będzie realizował gwarancję na sprzęt. Powyższa treść złożonych wyjaśnień wprost w ocenie Odwołującego potwierdza niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia i zaoferowanie w powyższym zakresie, pomimo klarownego wymogu OPZ, świadczenia gwarancji na okres 5 lat z gwarantowanym czasem naprawy przez samego wykonawcę a nie producenta.

Zgodnie z treścią złożonych wyjaśnień Adesco Wykonawca zgodnie ze złożoną ofertą będzie świadczył gwarancję na sprzęt komputerowy przez okres lat w trybie on-site  
z gwarantowaną skuteczną naprawą w miejscu użytkowania sprzętu do końca następnego dnia od dnia zgłoszenia.

Wykonawca odpowiedział jedynie na ostatnią część pytania dotyczącą gwarancji świadczonej przez samego wykonawcę, co nie pokrywa treści wezwania. Wykonawca poinformował, że będzie samodzielnie świadczyć serwis gwarancyjny, co jest wprost niezgodne z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w Załączniku nr 1 do SWZ - Opis minimalnych wymagań i stanowi podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że firma Adesco nie ma kompetencji w tym zakresie i nie ma statusu ASO producenta. Jak wskazuje strona producenta zaoferowanego przez Adesco serwera <https://partnerconnect.hpe.com/partners>, firma Adesco sp. z o.o. nie jest partnerem producenta w zakresie świadczenia usług gwarancyjnych dla oferowanych urządzeń HPE (serwerów, macierzy i przełączników). Nie ma koniecznych kompetencji, więc nie może świadczyć usługi na poziomie i w rygorze wymaganym w opisie przedmiotu zamówienia. Sama gwarancja producenta była podstawowym wymogiem dla oferowanych urządzeń, a ponadto okres świadczenia usługi gwarancyjnej stanowił bardzo istotne kryterium oceny ofert, o wadze aż 40%. Udzielone przez Adesco wyjaśnienia wprost potwierdzają, że oferta wykonawcy nie uwzględnia wymaganej gwarancji producenta urządzeń świadczonej na warunkach

i w rygorach opisanych w OPZ.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosił jak na wstępie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk pisemnych Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Do postępowania odwoławczego po tronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca Adesco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Zamawiający w dniu 8 listopada 2024 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący, wezwany do złożenia oświadczenia o korzystaniu z prawa do wniesienia sprzeciwu, oświadczył, że składa sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania. W przedstawionym stanowisku pisemnym wraz z dodatkowym materiałem dowodowym Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, że Wykonawcy wiernie przedstawili zapisy dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia dla przedmiotu sporu, w tym SWZ, OPZ, treść ofert, a także treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Nie zachodziła tym samym konieczność powtarzania zapisów przy ustalaniu stanu faktycznego.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia i zgromadzony materiał dowodowy, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie co do zarzutu złożenia przez Przystępującego oferty, której treść nie odpowiada warunkom zamówienia

w zakresie ilości wycenionych licencji, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.

Nie ulegało wątpliwości, że Zamawiający zamierza nabyć dwa serwery, które mają posiadać po dwa procesory każdy. Nie było również sporne, że Zamawiającemu należało zaoferować licencje na oprogramowanie służące do tworzenia kopii zapasowych.

Zdaniem Przystępującego zapis z OPZ „*licencja dla dwóch procesorów*” oznaczał, że jeden serwer zawierający dwa procesory miał posiadać jedną licencję na oprogramowanie Veeam Enterprise Plus, dlatego w formularzu ofertowym Wykonawca wskazał dwie licencje. Tymczasem Odwołujący uważa, że zgodnie z przywołanym zapisem należało zaoferować łącznie 4 licencje na oprogramowanie Veeam Enterprise Plus (po 2 dla każdego z serwerów – 1 licencja na każdy procesor).

Izba podziela stanowisko wynikające z odwołania, zwłaszcza biorąc pod uwagę przedstawiony przez Odwołującego materiał dowodowy.

Po pierwsze o prawidłowości takiej wykładni zapisów OPZ świadczy stanowisko samego Zamawiającego w toku badania i oceny ofert. Gdyby było tak, jak zakłada Przystępujący, kierowanie do wykonawcy wezwania o wyjaśnienie treści oferty byłoby zbędne. Tymczasem Zamawiający, kierując się treścią art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, „*wezwał do złożenia wyjaśnień w kwestii ilości licencji i czasu trwania subskrypcji/wsparcia oprogramowania dla całego zamówienia serwerów do virtualizacji, w tym ilości licencji Veeam Enterprise Plus*”. Treść wezwania jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający uważał, że liczba 2 licencji nie odpowiada wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia, inaczej samo wezwanie uznać należałoby za zbędne. Samej czynności wezwania do wyjaśnień Przystępujący nie zanegował. Zamawiający zakładał zatem, że w przypadku dwóch serwerów, dwuprocesorowych, prawidłową wartością dla licencji są 4 sztuki, po jednej dla każdego procesora. Celnie w ocenie Izby pokreślił w odwołaniu Odwołujący, że w rubryce formularza ofertowego dotyczącej ilości zaoferowanych licencji wykonawca miał obowiązek podać ilość zaoferowanych i wycenionych licencji oprogramowania a nie ilość serwerów. Izba podziela opinię, że licencje miały odnosić się do liczby procesorów a nie do liczby serwerów. Jeżeli serwer składał się z dwóch procesorów, to dla każdego należało przewidzieć zakup licencji.

Następnie założenia te potwierdza oświadczenie dystrybutora Exclusive Networks, złożone przez Odwołującego. W oświadczeniu zaznaczono, że podmiot je składający jest autoryzowanym dystrybutorem rozwiązań Veem Software w Polsce (czego Przystępujący nie negował). Przede wszystkim jednak z oświadczenia wynika, że oferowany produkt licencjonowany jest na fizyczne procesory w serwerze. Licencje sprzedawane są na pojedyncze procesory (tzw. sockety). Dalej Dystrybutor oświadczył, że nie ma takiej pozycji katalogowej oprogramowania Veem Data Platform Advanced Enterprise Plus (oprogramowanie zaoferowane w ofertach obu Wykonawców) umożliwiającej zalicencjonowanie serwera. Konieczne jest zakupienie tylu licencji, ile jest fizycznych procesorów na dany serwer. Zatem w przypadku dwóch procesorów należy zakupić 4 sztuki licencji. Treść przedstawionego oświadczenia odpowiada treści

oferty sprzedażowej, którą także przedstawił Odwołujący, a którą otrzymał od Dystrybutora.

W opozycji do tych materiałów Przystępujący złożył dokumenty dotyczące zamówienia realizowanego przez Gminę Zwierzyniec, gdzie zamówienie dla tego podmiotu dotyczyło

5 wirtualnych serwerów i 30 komputerów stacjonarnych. Według Przystępującego Veeam Software wycenił trzy licencje – jedna dla 5 wirtualnych serwerów i dwie dla 30 stacjonarnych komputerów, a sprzedał 15 licencji. Jak słusznie zauważył na rozprawie Odwołujący zamówienie to dotyczyło innego produktu – mianowicie Veeam Data Platform - Essentials Edition. Nie jest więc to ten sam produkt, który zamawiany jest w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący zaś nie wykazał, że reguły licencjonowania są takie same lub różne dla obu produktów. Przede wszystkim jednak, w ocenie Izby Przystępujący myli zasady udzielania licencji na produkt z zasadami tworzenia klucza licencyjnego czy wydawania certyfikatu licencyjnego dla zakupionych produktów. Skoro bowiem sprzedano, jak wynika z korespondencji 15 sztuk licencji, a Przystępujący otrzymał 3 klucze licencyjne, to potwierdza to tezy odwołania. Takie działanie oznacza, że fizycznie sztuk licencji było więcej, natomiast klucz licencyjny obejmuje kilka licencji dla kilku urządzeń – jak wskazuje w korespondencji sam sprzedawca – utworzono scalony plik licencji w celu scentralizowanego zarządzania. Zatem w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący być może miał otrzymać dwa klucze licencyjne, po jednym na każdy dwuprocessorowy serwer, ale fizycznie licencji ująć i wycenić należało 4 sztuki.

Złożenie zatem wyjaśnień o treści „Wykonawca wpisał w formularzu ofertowym 2 sztuki zalicencjonowanych serwerów oprogramowaniem Veeam Enterprise Plus. W SWZ Zamawiający wymagał licencji dla dwóch procesorów zainstalowanych w serwerze, zgodnie

z tym została zaoferowane licencje dla dwóch sztuk serwerów, co w realizacji zamówienia łącznie daje cztery licencje oprogramowania Veeam Enterprise Plus. Oferta Wykonawcy

w kwestii oprogramowania Veeam zawiera pełne licencjonowanie na dwa serwery dwuprocessorowe, oraz wsparcie na 3 lata dla całego zamówienia serwerów do wirtualizacji.” pozostaje w opozycji do wymagań SWZ. Wyjaśnieniami Przystępujący próbował zmodyfikować treść oferty, co na gruncie ustawy Pzp jest niedozwolone.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa złożenie wyjaśnień nie może prowadzić do zmiany oświadczenia woli wyrażonego w pierwotnej treści oferty. Wyjaśnienia służą doprecyzowaniu treści, którą oferta posiada, a nie tworzeniu nowej treści, czy modyfikowaniu treści wynikającej z oferty.

Reasumując, w przypadku oferty Przystępującego mamy do czynienia z klasyczną niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia, gdy oświadczenie woli Wykonawcy nie odpowiada wymaganiom ustalonym przez Zamawiającego. Taka sytuacja powoduje konieczność zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z tych powodów Izba w części uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert, następnie nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia w zakresie ilości wycenionych licencji, a także ponowienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołania w zakresie wymogów związanych z koniecznością uwzględnienia gwarancji wykonywanej przez producenta.

Niewątpliwie w OPZ Zamawiający wymagał zaoferowania minimum 3 lat gwarancji producenta serwera w trybie on-site z gwarantowaną skuteczną naprawą w miejscu użytkowania sprzętu do końca następnego dnia od zgłoszenia. Naprawa miała być realizowana przez producenta serwera lub autoryzowany przez producenta serwis. Dodatkowo punktowane w kryteriach oceny ofert było zaoferowanie gwarancji 5 letniej.

Obaj Wykonawcy w formularzu ofertowym zaznaczyli, że oferują gwarancję 5 letnią, dokumentów na potwierdzenie takiego oświadczenia Zamawiający w ofercie nie wymagał. Zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia, czy *Wykonawca zgodnie ze złożoną ofertą będzie świadczył gwarancję przez okres 5 lat również w tym zakresie?* Przystępujący odpowiedział, że *„Wykonawca zgodnie ze złożoną ofertą będzie świadczył gwarancję na sprzęt komputerowy przez okres 5 lat w trybie on-site z gwarantowaną skuteczną naprawą w miejscu użytkowania sprzętu do końca następnego dnia od zgłoszenia. (nie dotyczący oprogramowania)”*. Z treści tej odpowiedzi Odwołujący wywodzi, że gwarancja będzie świadczona przez samego Wykonawcę a nie przez producenta.

O ile Izba nie podziela zapatrywań Przystępującego, że skierowanie wezwania spowodowane było wątpliwościami Zamawiającego w jaki sposób świadczona będzie gwarancja powyżej standardowo przyjmowanych 3 lat, o tyle jednak ze sposobu udzielenia przez Przystępującego odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego nie można wywieść,

że będzie on świadczył usługi gwarancyjne samodzielnie. Jest to nadinterpretacja Odwołującego. Z treści udzielonej odpowiedzi nie wynika, że Wykonawca zamierza świadczyć usługi samodzielnie, indywidulanie. W odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego nie pada żadna sugestia, która zaprzeczałaby pierwotnej treści oferty Przystępującego. Izba wyraża przekonanie, że Przystępujący odpowiedział na pytanie Zamawiającego. Na pytanie, czy Wykonawca będzie

świadczył gwarancję przez okres 5 lat, Przystępujący odpowiedział pozytywnie - tak, Wykonawca będzie świadczył. Zatem treść udzielonej odpowiedzi wprost referowała do treści pytania.

Dodatkowo Przystępujący złożył w poczet materiału dowodowego korespondencję z przedstawicielem producenta, od którego zamierza zakupić sprzęt wraz z ofertą cenową, z której wynika, że w ramach zakupu hardware (macierze, przełączniki i serwery) ujęty został w odrębnej pozycji zakup 5-letniego świadczenia gwarancyjnego. W ocenie Izby jest to dowód, że Przystępujący złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia i oferuje wykonywanie przez 5 lat gwarancji przez producenta. Dlatego też w tej części zarzuty odwołania podlegały oddaleniu, co jednak nie wpływa na byt oferty Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ potwierdziły się inne zarzuty odwołania, warunkujące odrzucenie tej oferty.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia. Z uwagi na potwierdzenie się jednego z zarzutów odwołania warunkującego konieczność odrzucenia oferty Przystępującego, Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie badania i oceny oferty, w tym odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferty Przystępującego. Pozostałe zarzuty odwołania okazały się niezasadne, co uwzględnia punkt 2 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Przystępującego w części 1/2 oraz Odwołującego w częściach 1/2 (2 zarzuty z odwołania, z czego 1 zarzut został uwzględniony, 1 zarzut oddalono).

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, co łącznie dawało kwotę 18 600,00 zł oraz koszty Przystępującego w wysokości 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego do akt postępowania odwoławczego. Łącznie kwota kosztów postępowania wyniosła 24 200 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600, 00 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 1/2 kwoty kosztów rozliczonych w postępowaniu odwoławczym, czyli kwoty 12 100,00 zł. Przystępujący winien natomiast ponieść koszty w wysokości 1/2 kwoty rozliczanej, czyli 12 100,00 zł. Należało więc rozliczyć powyższą różnicę między Stronami. Przy czym Izba zniósła wzajemnie koszty wynagrodzenia pełnomocników i dokonała rozliczenia kosztów uiszczonego wpisu.

Izba zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

**Przewodnicząca:**

.....