

Sygn. akt KIO 1836/23

WYROK
z dnia 7 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 06 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ZESPÓŁ OPIEKI ZDROWOTNEJ W ROPCZYCACH Ks. Kard. Stefana Wyszyńskiego 54, 39-100 Ropczyce**

przy udziale:

wykonawcy **INET Sp. z o.o., ul. Handlowa 3, 36-100 Kolbuszowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy **INET Sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej**,

1.3. unieważnienie postępowania w oparciu o art. 255 pkt 2) ustawy Pzp

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **ZESPÓŁ OPIEKI ZDROWOTNEJ W ROPCZYCACH z siedzibą w Ropczycach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1836/23

UZASADNIENIE:

ZESPÓŁ OPIEKI ZDROWOTNEJ W ROPCZYCACH (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa sprzętu informatycznego w ramach realizacji projektu RPPK.02.01.00-18-0018”, znak sprawy: Zn_2023_07.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 lutego 2023 pod numerem: 2023/S 035-101549.

W postępowaniu tym wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Odwołujący”) 26 czerwca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego:

1) wybór oferty INET Sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej (dalej jako: „Inet”) jako najkorzystniejszej,

2) odrzucenie oferty Odwołującego,

3) zaniechania odrzucenia oferty Inet, ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty Inet oraz zaniechania unieważnienia prowadzonego postępowania

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty Inet, mimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na zaofiarowanie urządzenia niespełniającego wymagań w zakresie BIOS,

b) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia,

ewentualnie w razie oddalenie zarzutu opisanego w pkt b)

c)art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny oferty, w tym dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania czynności odrzucenia oferty Inet, ewentualnie

2.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny oferty, w tym dokonania czynności odrzucenia oferty Inet oraz unieważnienia prowadzonego postępowania.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

I.Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty Inet, mimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na zaferowanie urządzenia niespełniającego wymagań w zakresie BIOS

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W wyroku z dnia 8 maja 2013 r., XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię treści oferty: oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Na gruncie przepisów ustawy Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2011 r., KIO 2345/11). Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła również, że „(...) sama deklaracja realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ bez jego indywidualizacji, konkretyzacji - gdy ta indywidualizacja, tak jak w tym przypadku, wymagana jest przez Zamawiającego - jest niewystarczająca, co również wielokrotnie było przedmiotem orzecznictwa Izby. Inne rozumienie w zasadzie wypaczałoby sens zamówienia, którego celem jest uzyskanie oferty na konkretny produkt zgodny z wymaganiami Zamawiającego.”. Zgodnie z wymaganiami w SWZ Zamawiający wymagał zaferowania komputera typu laptop posiadającego określone funkcjonalności BIOS. W szczególności Zamawiający wymagał, aby BIOS posiadał:

- informacje o ilości rdzeni, pamięci cache L1/L2/L3 procesora;
 - funkcję samo-naprawy BIOS, przywracającą automatycznie BIOS z obrazu zapisanego w pamięci nieulotnej płyty;
 - możliwość wykonania kopii ustawień BIOS w pamięci zewnętrznej USB;
 - funkcję uruchamiania komputera Wake-On-WLAN (aktywnej w przypadku obecności karty WLAN);
 - możliwość aktualizacji BIOS przez sieć bezpośrednio z poziomu BIOS, z serwera producenta komputera. Wymagania te były wymaganiami jednoznacznymi i wyczerpującymi. Inet w pozycji „13. Komputer typu laptop” oraz „14. Laptop” zaferował odpowiednio komputery przenośne Lenovo ThinkPad E14 oraz Lenovo ThinkPad T14. Z informacji powszechnie dostępnych publicznie pochodzących od firmy Lenovo wynika, że oferowane komputery nie posiadają wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności BIOS. Urządzenie Lenovo ThinkPad E14 oraz Lenovo ThinkPad T14 nie posiadają w ramach BIOS:
 - informacji o ilości rdzeni, pamięci cache L1/L2/L3 procesora;
 - funkcji samo-naprawy BIOS, przywracającą automatycznie BIOS z obrazu zapisanego w pamięci nieulotnej płyty;
 - możliwości wykonania kopii ustawień BIOS w pamięci zewnętrznej USB;
 - funkcji uruchamiania komputera Wake-On-WLAN (aktywnej w przypadku obecności karty WLAN);
 - możliwości aktualizacji BIOS przez sieć bezpośrednio z poziomu BIOS, z serwera producenta komputera. Powyższe skutkować musi uznaniem oferty Inet za niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego Brak w/w funkcjonalności można z łatwością potwierdzić w oparciu o ogólnodostępne materiały producenta Lenovo oraz za pomocą udostępnionego symulatora BIOS, znajdującego się pod adresem: <https://download.lenovo.com/bSCO/index.html> Ponadto ich brak został zweryfikowany przez Odwołującego za pomocą fizycznego komputera Lenovo, zaopatrzonego w najnowszy dostępny na dzień przygotowania odwołania komputer posiadający ogólnodostępny BIOS. Z ostrożności pragniemy zauważyć, że zastosowanie wszelkich BIOS-ów przygotowanych specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania, z rozszerzoną funkcjonalnością, będzie niezgodnie z wymaganiami OPZ, w szczególności z zapisem „możliwości aktualizacji BIOS przez sieć bezpośrednio z poziomu BIOS, z serwera producenta komputera”. W takiej sytuacji możliwość aktualizacji BIOS z wykorzystaniem serwera producenta będzie albo nieodstępna, albo spowoduje usunięcie wszelkich dodatkowych funkcjonalności i przywrócenie fabrycznych możliwości BIOS.
- Ponadto wykonawca Inet składając ofertę w postępowaniu w żaden sposób nie oświadczył, że zaferowane przez niego

urządzenia nie będą urządzeniami dostępnymi w ogólnodostępnej produkcji, czy że zostaną one w jakikolwiek sposób zmodyfikowane. Powyższe potwierdza, iż oferta Inet winna zostać odrzucona jako niezgodna z dokumentami zamówienia. Ponadto wskazać należy, że w załączniku 1 do formularza ofertowego na str.2 poz.5.1 Zamawiający wymagał: "5.1.Oprogramowanie dostępne CAL/User – 300 licencji". Dokonując badania i oceny oferty Zamawiający ustalił, iż wykonawca Inet zaoferował licencję CAL device, które odbiegają od typu licencji wymaganego przez Zamawiającego. Wymaganie opisane przez Zamawiającego we wskazanym załączniku było jednoznaczne i nie stało w sprzeczności z innymi wymaganiami OPZ. Tym samym należy uznać, że oferta Inet nie spełnia wymogu z formularza ofertowego ("5.1.Oprogramowanie dostępne CAL/User – 300 licencji") i powinna zostać odrzucona jako niezgodna z dokumentami zamówienia.

II.Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia

Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający zobligowany jest w informacji o odrzuceniu do podania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący podstaw odrzucenia oferty jakiegokolwiek wykonawcy. Tylko taki zakres jaki opisany jest przez Zamawiającego (podstawa prawna i faktyczna) może stanowić podstawę odrzucenia oferty. Uwzględniając powyższe zarzut podniesiony przez Odwołującego może dotyczyć tylko konkretnych podstaw faktycznych opisanych przez Zamawiającego, które nie mogą być domniemywane. Zamawiający nie będzie uprawniony tym samym na etapie postępowania odwoławczego do formułowania dodatkowych zarzutów czy też uzupełniania podstawy faktycznej ponad elementy opisane w informacji o odrzuceniu. Odnosząc się do podstaw opisanych przez Zamawiającego w pkt 1 informacji o odrzuceniu wskazać należy, że zaoferowana licencja oprogramowania do wirtualizacji (pkt. 4. – VMware vSphere 8 Essentials Kit (VS8-ESSL-KIT-C) nie spełnia wymogu OPZ str. 14, pkt. 14, pp. 18 – „System musi umożliwić serwisowanie sprzętu bez postępu i umożliwić przenoszenie maszyn wirtualnych pomiędzy serwerami fizycznymi bez przerywania pracy” oraz pp.23 – „Powinna być zapewniona odpowiednia redundancja i nadmiarowość zasobów tak, by w przypadku awarii np. serwera fizycznego usługi na nim świadczone zostały automatycznie przełączone na inne serwery infrastruktury, wykorzystywanie funkcjonalności HA – High Availability”. Zamawiający odnosi się do dokumentu złożonego przez Odwołującego jednak nie wskazuje w żaden sposób jaki to dokument oraz z jakiej jego części pochodzą bezpodstawne twierdzenia w zakresie niezgodności złożonej oferty. W ocenie Odwołującego okoliczności tej nie może domniemywać i nie może ona zostać uzupełniana na etapie postępowania odwoławczego. Jednocześnie należy zauważyć, że w toku wyjaśnień w tym zakresie w załączniku „Oświadczenie dla Suntar_podpisane.pdf” przedłożono Zamawiającemu podpisane oświadczenie przez autoryzowanego partnera VMware potwierdzające wymagania postawione w OPZ. Zamawiający w informacji o odrzuceniu w żaden sposób nie odniósł się do wskazanego oświadczenia, kwestionując je w jakikolwiek sposób przez co należy uznać, że Zamawiający z treścią tego oświadczenia musi się zgadzać, ponieważ decyzja Zamawiającego oparta musi być na konkretnych faktach i dowodach, które nie mogą być przez Zamawiającego domniemywane w jakikolwiek sposób. Złożone oświadczenie jednoznacznie potwierdza spełnienie wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności. Podkreślenia wymaga, iż w razie jakichkolwiek wątpliwości muszą one być rozstrzygane na korzyść wykonawcy, zaś jedynie wątpliwości Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się do podstaw opisanych przez Zamawiającego w pkt 2 informacji o odrzuceniu wskazać należy, że brak jest podstaw do uznania, iż zaoferowane licencje CAL nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego z uwagi na zaoferowanie licencji CAL User. W załączniku 1 do formularza ofertowego na str.2 poz.5.1 Zamawiający wymagał jednoznacznie: "5.1.Oprogramowanie dostępne CAL/User – 300 licencji". Zapis tak sformułowany "CAL/User" wskazuje na konieczność zaoferowania licencji CAL user, która jest opcją droższą i nie jest na stałe przypisana do jednego urządzenia, tylko może być używana na różnych urządzeniach przez danego użytkownika, co spełnia jednocześnie zapis z OPZ str.17 poz.2: "Dodatkowo wymaga się dostarczenia sumarycznie 300 licencji dostępowych (CAL) dla komputerów współpracujących z dostarczonym systemem operacyjnym." Zaoferowania innego rodzaju licencji stoi wprost w sprzeczności z opisem dokonany przez Zamawiającego w załączniku nr 1. Co równie istotne w OPZ nie jest w żaden sposób wskazane, że każda licencja CAL ma być przypisana tylko do jednego komputera. Zamawiający wskazał jedynie na takie licencje, które będą współpracowały z dostarczonym systemem operacyjnym. Ponownie wskazać należy, że Opis Przedmiotu Zamówienia winien być jednoznaczny i wyczerpujący, zaś jakiegokolwiek wątpliwości nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy. W ramach niniejszego postępowania, w ocenie Odwołującego łączne odczytywanie dokumentów zamówienia jednoznacznie wskazuje na wymaganie zaoferowania licencji CAL user.

Odnosząc się do podstaw opisanych przez Zamawiającego w pkt 3 informacji o odrzuceniu wskazać należy, że w ocenie Odwołującego brak było podstaw do odrzucenia jego oferty. Zamawiający formułując zapisy OPZ nie wskazał, w jaki sposób wbudowana ma być wymagana karta sieciowa ze złączem RJ-45. Zamawiający wymagał, by do laptopa dołączona była: „Wbudowana karta sieciowa 100/1000 Mbps z portem RJ45”. Odwołujący zaoferował dedykowaną kartę

sieciową 100/1000 Mbps wbudowaną z portem RJ-45 w jednym urządzeniu. Taki sposób implementacji spełnia literalnie zapisy zawarte w OPZ. Zamawiający przygotowując OPZ powinien dołożyć wszelkich starań, by zapis był maksymalnie prosty, przejrzysty, a przede wszystkim jednoznaczny, co wynika z treści art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Gdyby celem Zamawiającemu było uzyskanie karty sieciowej zintegrowanej w obudowie laptopa, to wskazałby przykładowo zapis: „Karta sieciowa 100/1000 Mbps z portem RJ45 zintegrowana w obudowie komputera przenośnego”. Ze względu na brak takiego rozwinięcia zapisu i doprecyzowanie takiego wymagania przez Zamawiającego, Wykonawca uprawniony był zaoferować kartę sieciową wbudowaną wraz ze złączem RJ-45 w dedykowane, osobne urządzenie. Twierdzenie Odwołującego potwierdza okoliczność, iż Zamawiający formułując zapisy dotyczące wymaganych portów oferowanego komputera, nie wymagał zintegrowanego portu RJ-45, tak jak to ma miejsce w przypadku m.in. złącza COMBO lub HDMI. W ocenie Odwołującego sposób opisu takich samych elementów komputera winien być technicznie taki samym. Przyjęcie innego sposobu zapisu powoduje, iż należy uznać, że wymaganie takie ma innych charakter. Uwzględniając powyższe, nawet gdyby uznać, iż zapis wskazany przez Zamawiającego może być rozumiany na różne sposoby, to wszelkie tego typu wątpliwości należy rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy.

III. Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu

W razie oddalenia przez Izbę zarzutu opisanego w pkt II powyżej Odwołujący podnosi zarzut zaniechania unieważnienia prowadzonego postępowania. Zauważyć należy, że w sytuacji podtrzymania zasadności odrzucenia oferty Odwołującego oraz uwzględnienia przez Izbę zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Inet, Zamawiający winien dokonać unieważnienia prowadzonego postępowania mając na uwadze, iż wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu.

W złożonej pismem z 05 lipca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

I. Dot. zarzutu naruszenia art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego

A. ZARZUT DOTYCZĄCY OPROGRAMOWANIA DO WIRTUALIZACJI

Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 8 do SWZ) wskazał, że „System musi umożliwiać serwisowanie sprzętu bez postępu i umożliwić przenoszenie maszyn wirtualnych pomiędzy serwerami fizycznymi bez przerywania pracy aplikacji działających na maszynach wirtualnych” (pkt 4 ppkt 18 OPZ, str. 16) oraz że „Powinna być zapewniona odpowiednia redundancja i nadmiarowość zasobów tak, by w przypadku awarii np. serwera fizycznego usługi na nim świadczone zostały automatycznie przełączone na inne serwery infrastruktury, wykorzystywanie funkcjonalności HA – High Availability” (pkt 4 ppkt 23 OPZ, str. 16). Odwołujący w toku postępowania zaoferował oprogramowanie vSphere 8 Essentials Kit (pkt 4 załącznika nr 1 do formularza ofertowego złożonego przez Odwołującego).

Pismem z dn. 17 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego – Suntar Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie oprogramowania do wirtualizacji (pkt I wezwania). W odpowiedzi na w/w wezwanie Odwołujący wskazał, że przedkładała oświadczenie, złożone przez autoryzowanego partnera VMware, potwierdzające wymagania postawione w OPZ oraz broszurę oferowanego przez niego oprogramowania.

W ocenie Zamawiającego dokumentacja ta potwierdza, że zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie do wirtualizacji nie spełnia warunków OPZ. Przedłożone oświadczenie jest niezgodne z przedłożoną broszurą opisującą funkcjonalność oferowanej licencji, z której wynika że zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie do wirtualizacji tj. vSphere Essentials Kit nie posiada wymaganej opcji vSphere vMotion, która pozwalałaby na migrację na żywo maszyn wirtualnych z jednego serwera hosta ESXi na inny, bez zakłóceń dla użytkowników lub utraty usługi. W/w opcja to inaczej wymagana przez Zamawiającego możliwość serwisowania sprzętu bez postępu i możliwość przenoszenia maszyn wirtualnych pomiędzy serwerami fizycznymi bez przerywania pracy aplikacji działających na maszynach wirtualnych, opisana w OPZ. Tym samym oprogramowanie to nie spełnia wymagań, o których mowa w pkt 4 ppkt 18 OPZ.

Ponadto, przedłożona przez Odwołującego w/w dokumentacja potwierdza, że zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie do wirtualizacji nie spełnia wymogu, o którym mowa w pkt 4 ppkt 23 OPZ. Jak wynika, z przedłożonej broszury oprogramowanie vSphere Essentials Kit, które oferuje Odwołujący nie posiada opcji High Availability tj. opcji automatycznego uruchamiania ponownie maszyn wirtualnych po awarii fizycznej hosta wirtualizacji, która jest wymagana przez Zamawiającego. Wymóg ten jest opisany w pkt 4 ppkt 23 OPZ.

B. ZARZUT DOTYCZĄCY OPROGRAMOWANIA DOSTĘPOWEGO CAL

W zakresie oprogramowania dostępowego CAL Zamawiający w OPZ w tabeli nr 1 „Zestawienie urządzeń, oprogramowania oraz minimalne warunki gwarancji” (str. 6 OPZ) wskazał, że wymaga „Oprogramowanie klient Drv CAL”. Ponadto Zamawiający w OPZ - str. 17, pkt 5, poz. 2 wskazał, że „Dodatkowo wymaga się dostarczenia sumarycznie 300 licencji dostępowych (CAL) dla komputerów współpracujących z dostarczonym systemem operacyjnym”. Natomiast z załącznika nr 1 do oferty przedłożonej przez Odwołującego wynika, że oferuje on oprogramowanie dostępowe Windows Server 2022 CAL user, które nie spełnia w/w warunków.

W tym miejscu należy wskazać, że występują dwa rodzaje licencji dostępowych – licencja CAL Dev oraz licencja CAL User. Licencja CAL User daje danej osobie licencję na dostęp do serwera. Użytkownicy mogą uzyskiwać dostęp do dowolnej liczby różnych punktów końcowych, ponieważ ta licencja CAL jest powiązana z osobą, a nie z urządzeniem. Natomiast licencja Device CAL autoryzuje urządzenie końcowe, aby samo urządzenie mogło uzyskać dostęp do serwera. Wtedy każdy korzystający z tego urządzenia będzie mógł uzyskać dostęp do serwera. Osoby korzystające z tego urządzenia nie potrzebują licencji CAL User.

Specyfika pracy Zamawiającego wygląda tak, że duża liczba pracowników korzysta z ograniczonej liczby komputerów, a jednocześnie pracownicy pracujący na różnych zmianach korzystają z tego samego urządzenia.

Należy również wskazać, że zakres przedmiotu zamówienia oraz podstawowe wymagania dotyczące tego przedmiotu należy ustalić przede wszystkim w oparciu o szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, jako podstawowy element dokumentacji SWZ. Natomiast w razie wszelkich wątpliwości Wykonawca mógł i powinien wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Z OPZ Zamawiającego, stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ (pkt 5 ppkt 2, str. 17 OPZ) wynika, że jednym z warunków udzielenia zamówienia publicznego jest dostarczenie sumarycznie 300 licencji dostępowych (CAL) dla komputerów tj. urządzeń, a nie użytkowników. Natomiast jak już wcześniej wspomniano oprogramowanie dostępowe dla każdego urządzenia to oprogramowanie o nazwie Dev CAL, a nie o nazwie User CAL.

C. ZARZUT DOTYCZĄCY URZĄDZENIA TYPU LAPTOP W ZAKRESIE KARTY SIECIOWEJ

Odnosząc się do wymagań w zakresie laptopa Zamawiający wymagał, aby urządzenie miało wbudowaną kartę sieciową 100/1000 Mbps z portem RJ45 (str. 47 OPZ, poz. 15). Natomiast z oferty przedłożonej przez Odwołującego wynika, że oferuje on urządzenie HP EliteBook 845 G9, które – jak sam przyznaje Odwołujący - nie posiada wbudowanej karty sieciowej.

W odwołaniu Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wymagał, aby do laptopa dołączona była wbudowana karta sieciowa 100/1000 Mbps z portem RJ45, jednocześnie interpretuje ten zapis w sposób dowolny, twierdząc, że karta ta nie musi być wbudowana na stałe do urządzenia, a jedynie wystarczy aby karta sieciowa była wbudowana w inne, dedykowane, osobne urządzenie. Po pierwsze należy wyjaśnić co oznacza słowo „wbudować”. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN wbudować oznacza „umocować coś na stałe wewnątrz jakiejś budowli, konstrukcji lub wewnątrz jakiegoś urządzenia, uczynić coś stałym elementem większej struktury”. Tym samym chybione są twierdzenia Odwołującego, że był uprawniony zaoferować kartę sieciową wraz ze złączem RJ-45 w dedykowane, osobne urządzenie które zamawiający musiał by dodatkowo dokupić.

Zatem argumentacja, że warunek ten jest spełniony poprzez zapewnienie osobnego urządzenia z kartą podpinanego pod laptopa jest niezgodna z OPZ, a zaoferowane urządzenie przez Odwołującego nie spełnia wymagań wskazanych w OPZ. Zamawiający jednocześnie wskazuje, że świadomie i celowo wskazał, że wymaga aby urządzenie miało „wbudowaną kartę sieciową 100/1000 Mbps z portem RJ45” bowiem ma już doświadczenie w stosowaniu zewnętrznych kart sieciowych wpinanych do portu USB i uważa, że takie rozwiązanie jest zawodne, niestabilne i niewygodne.

II. Dot. zarzutu naruszenia art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego - INET Sp. z o.o.

A. ZARZUT BRAKU FUNKCJONALNOŚĆ BIOS DLA URZĄDZEŃ OFEROWANYCH PRZEZ INET Sp. z o.o.

Zamawiający wskazuje, że oferta przedłożona przez Inet Sp. z o.o. spełnia warunki w zakresie funkcjonalności BIOS, opisane w OPZ, a zatem nie mogła podlegać odrzuceniu.

Odwołujący w odwołaniu wskazuje, że zaoferowane przez Inet Sp. z o.o. komputery typu laptop nie posiadają wymaganych funkcjonalności BIOS. Wymagania w zakresie BIOS zostały określone w pkt 13 ppkt 12 OPZ (str. 41 OPZ) Zamawiający potwierdza, że wymagał aby BIOS posiadał m.in.:informację o ilości rdzeni, pamięci cache L1/L2/L3, funkcję samo naprawy BIOS, przywracającą automatycznie BIOS z obrazu zapisanego w pamięci nieulotnej płyty, możliwość wykonania kopii ustawień BIOS w pamięci zewnętrznej USB, funkcję uruchamiania komputera Wake-On-WLAN (aktywnej w przypadku obecności kart WLAN), możliwość aktualizacji BIO przez sieć bezpośrednio z poziomu BIOS, z serwera producenta komputera.

Zamawiający potwierdza, że Inet Sp. z o.o. zaoferował laptopy Lenovo ThinkPas E14 oraz Lenovo Think Pad T14 (załącznik nr 1 do formularza ofertowego – pkt 13 i 14). W toku postępowania Zamawiający pismem z dn. 17 kwietnia 2023 r. wezwał Inet Sp. z o.o. do przedłożenia wyjaśnień w zakresie funkcjonalności BIOS (pkt E i F wezwania). W odpowiedzi na w/w pismo Przystępujący przedłożył oświadczenie producenta zaoferowanych komputerów typu laptop, z którego wynika, że urządzenia te spełniają wymagania w zakresie w/w funkcjonalności BIOS. Oświadczenie zostało sporządzone przez producenta oferowanych urządzeń.

B. ZARZUT ZAOFEROWANIA PRZEZ INET Sp. z o.o. NIEPRAWIDŁOWEGO OPROGRAMOWANIA DOSTĘPO CAL

Zamawiający wskazuje, że w/w licencja spełnia warunki opisane w OPZ. W tabeli nr 1 OPZ oraz w pkt 5 poz 2 OPZ Zamawiający wskazuje, że wymaga oprogramowania serwerowego CAL Drv dla 300 komputerów współpracujących z

dostarczanym systemem operacyjnym. Wykonawcy zajmujący się profesjonalnie dostarczaniem sprzętu informatycznego powinni mieć świadomość w oparciu o OPZ o jakie oprogramowanie chodzi.

Jak potwierdza Odwołujący - Inet Sp. z o.o. zaoferował licencję CAL Device, a tym samym wykazał, że w/w oprogramowanie spełnia warunki opisane w OPZ.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca INET Sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej. Pismem z 05 lipca 2023 r. odniósł się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazując m.in.:

I. dotyczy zarzutu braku zapewnienia przez oferowane przez Przystępującego urządzenia

Lenovo ThinkPad E14 oraz Lenovo ThinkPad T14 wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności (w ramach BIOS) Jak wynika z dołączonego do składanych na etapie postępowania przetargowego przez Przystępującego wyjaśnień oświadczenia z dnia 21.04.2023r. przedstawiciela firmy Lenovo (w załączeniu), oferowane przez Przystępującego komputery posiadają wszystkie wymagane przez Zamawiającego wymagania i funkcjonalności.

Wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający nie wymagał złożenia oświadczeń dotyczących ani dostępności oferowanych urządzeń w ogólnodostępnej produkcji ani modyfikacji którym zostaną one poddane. Nie zakazywał również takich modyfikacji. W związku z powyższym, nie istnieją żadne przeszkody, aby producent urządzenia dokonał drobnych zmian oprogramowania, mających na celu doprowadzenie do jego zgodności z wymaganiami Zamawiającego.

II. dotyczy zarzutu zaoferowania przez Przystępującego nieprawidłowych licencji dostępowych CAL

Zamawiający w pkt 2 wskazuje, że dostarczane licencje mają być dostarczone dla komputerów a nie dla użytkowników - co wprost wskazuje licencje typu DEV a nie USER. (...) W ocenie Przystępującego w tym miejscu doszło do oczywistej omyłki pisarskiej Zamawiającego, poprawny zapis powinien wymagać oprogramowania DEV a nie DRV.

O istnieniu omyłki świadczy, iż nie istnieje na rynku oprogramowanie DRV, a o jej oczywistości świadczy to, iż na klawiaturze komputerowej klawisze „R” i „E” znajdują się obok siebie – zapewne autor OPZ omyłkowo wcisnął niepoprawny (sąsiedni) klawisz klawiatury. Oznaczenie „DEV” oznacza oprogramowanie typu „device” – czyli licencje są przypisane do urządzeń a nie do użytkowników i takie licencje, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego zaproponował Przystępujący.

Należy również zauważyć, iż w SWZ, w pkt 3.1.2. wskazano iż Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (zwany dalej OPZ) został określony w załączniku nr 8 do SWZ i to właśnie Załącznik nr 8 do SWZ jako jedyny dokument opisywał wymagania dotyczące oferowanych licencji, w szczególności do opisywania wymagań Zamawiającego nie służył Formularz Ofertowy na którego treść powołuje się Odwołujący.

III. dotyczy zarzutu odnoszącego się do zaoferowanych przez Odwołującego licencji oprogramowania do wirtualizacji

Z powszechnie dostępnych informacji dotyczących funkcjonalności oprogramowania VMware jednoznacznie wynika, iż wymagania Zamawiającego spełnia zaoferowana przez Przystępującego wersja VMware vSphere 8 Essentials Plus Kit oraz wersje wyższe (Standard

i Enterprise), ponieważ na wersji Essentials Kit (bez PLUS) nie ma wskazanych wyżej funkcjonalności. O zaproponowanej przez Odwołującego wersji licencji świadczy nie tylko jej nazwa, ale również oznaczenie licencji VS8-ESSL-KIT-C. Dołączona przez Odwołującego (na etapie wyjaśnień treści oferty) broszura opisująca Pakiet licencji VMware (nie będąca nawet oficjalnym dokumentem VMware – jest to dokument przygotowany przez firmę Senetic) przy kwestionowanych funkcjonalnościach, tj:

- vSphere vMotion – pozwala na migrację na żywo maszyn wirtualnych z jednego serwera hosta ESXi na inny, bez zakłóceń dla użytkowników lub utraty usługi
- High Availability - vSphere HA (High Availability) – automatyczne uruchamianie ponownie maszyn wirtualnych po awarii fizycznej hosta wirtualizacji
- wskazuje, że w wersji Essentials Kit nie są one dostępne i wymagany jest upgrade do wyższej wersji.

IV. dotyczy zarzutu odnoszącego się do licencji dostępowych CAL w ofercie Odwołującego

Jak wykazano w Części II niniejszego pisma, Zamawiający wymagał licencji dostępowych CAL na urządzenia, w jak wprost wynika ze stanowiska Odwołującego, zaoferował on licencji USER czyli na użytkowników. Jest to wprost sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego i decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jest poprawna.

V. dotyczy zarzutu odnoszącego się do karta sieciowa 100/1000 Mbps z portem RJ45 w ofercie Odwołującego

Zamawiający w Załączniku nr 8 – Opis przedmiotu zamówienia pod pozycją 14 Laptop – 1 szt. (strony 44-49 OZP) w rubryce 15 podał: 15. Karta sieciowa LAN: Wbudowana karta sieciowa 100/1000 Mbps z portem RJ45. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego (www.sjp.pwn.pl), słowo „wbudować” oznacza

1. «umocować coś na stałe wewnątrz jakiejś budowli, konstrukcji lub wewnątrz jakiegoś urządzenia»
- 3.«uczynić coś stałym elementem większej struktury»

Skoro więc, opisując wymagania laptopa wskazano, iż ma on mieć wbudowaną kartę sieciową, to zgodnie ze znaczeniem słowa „wbudować” ta karta sieciowa ma zostać umieszczona wewnątrz laptopa. Interpretacja

Odwołującego, iż zewnętrzna karta sieciowa wpinana do laptopa, jako zewnętrzny element dołączany do komputera jest oczywiście sprzeczna ze znaczeniem słowa „wbudować” a co za tym idzie, nie spełnia wymagań Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty Uczestnika postępowania, oferty Odwołującego, wezwań do złożenia wyjaśnień, odpowiedzi na wezwania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedziach na odwołanie, 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 postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę INET Sp. z o.o. z siedzibą w Kolbuszowej (dalej „Uczestnik postępowania”, „INET”). Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający - ZESPÓŁ OPIEKI ZDROWOTNEJ W ROPCZYCACH prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa sprzętu informatycznego w ramach realizacji projektu RPPK.02.01.00-18-0018”, znak sprawy: Zn_2023_07.

Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedziach na odwołanie stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut oznaczony lit. a) w petitum odwołania okazał się zasadny.

Z treści oferty Uczestnika postępowania jak również z przedmiotowych środków dowodowych nie wynika aby BIOS spełniał wymagania Zamawiającego. Izba nie neguje możliwości dokonania zmian w oprogramowaniu poprzez dostosowanie BIOS- u do wymagań Zamawiającego. Z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika również zakaz modyfikacji oprogramowania. Jednakże, zgodzić się należy z Odwołującym, że Uczestnik postępowania winien wykazać spełnianie warunków zamówienia na etapie składania ofert.

Zgodnie z treścią OPZ do oferty należy dołączyć katalog producenta zaoferowanego produktu umożliwiający weryfikację oferty pod kątem jej zgodności z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający w treści wezwania do złożenia wyjaśnień z 17 kwietnia 2023 zwrócił uwagę, że z dokumentów przedłożonych wraz z ofertą nie wynika jaka jest funkcjonalność BIOS. Powyższe oznacza, że Uczestnik postępowania nie przedłożył przedmiotowego środka dowodowego z którego wynika zgodność z wymaganiami Zamawiającego.

Na wezwanie do złożenia wyjaśnień, o którym mowa powyżej, Uczestnik postępowania przedłożył oświadczenie producenta o zgodności BIOS-u z OPZ. Bez wątpliwości dodanie treści/złożenie nowego dokumentu jest czynnością zupełnie odmienną od złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienie (tłumaczenie) jest jedną z odmian rozumowania, jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla danej treści, czyni coś zrozumiałym. Wyjaśnienia, w przeciwieństwie do uzupełnienia czy też poprawienia, mają na celu ustalenie rzeczywistej treści dokumentu czy też oświadczenia. Wyjaśnianie treści dokumentu polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści”, a nie na przedłożeniu nowego dokumentu o nowej treści. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu.

W przedmiotowej sprawie wykonawca INET nie udzielił wyjaśnień ale przedłożył nowy dokument o treści, która nie znajduje się w formularzu ofertowym oraz w przedmiotowych środkach dowodowych. Skoro z przedmiotowych środków dowodowych nie wynika spełnianie wymagań Zamawiającego to oferta Uczestnika postępowania podlega odrzuceniu.

Odnosząc się do licencji Cal, nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego, że INET winien zaoferować oprogramowanie Cal User. Biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia oraz treść formularza ofertowego nie sposób jednoznacznie stwierdzić, czy Zamawiający wymagał Cal User czy jednak Device Cal.

Zamawiający podczas rozprawy wyjaśnił z jakiego powodu potrzebuje licencji Cal User, jednak tłumaczenia te są bez znaczenia. Izba nie podważa zasadności wymagania licencji Device Cal, jednakże Zamawiający obowiązany jest opisać swoje wymagania (w sposób jednoznaczny) w dokumentacji postępowania, a nie tłumaczyć je Izbie w trakcie postępowania odwoławczego.

Niejako na marginesie, w formularzu ofertowym Uczestnik postępowania zaoferował licencję Cal, bez wskazania czy jest to Cal User czy też Device Cal. Zdaniem Izby, w przedmiotowej sprawie doszło do zmiany treści oferty. Uczestnik postępowania nie wyjaśnił treści formularza ofertowego lecz uzupełnił treść o licencję Cal *na komputer/urządzenie*.

Izba uznała, że zarzut oznaczony lit. b) w petitum odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący (tak jak Uczestnik postępowania) nie udzielił wyjaśnień w zakresie oprogramowania do wirtualizacji, ale przedłożył nowy dokument. Jak już wskazano wyżej, dodanie treści/złożenie nowego dokumentu jest czynnością zupełnie odmienną od złożenia wyjaśnień. Skoro z przedmiotowych środków dowodowych nie wynika spełnianie wymagań Zamawiającego to oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Odnosnie wymagania dot. wbudowanej karty sieciowej, Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania. Izba uznała, że zapis w tym zakresie jest jednoznaczny. Odwołujący w sposób błędny dokonał jego interpretacji. W tym miejscu należy wskazać, że wykonawca jeżeli ma jakiegokolwiek wątpliwości co do tego w jaki sposób zapisy SWZ należy interpretować, ma możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ. Skoro Odwołujący tego nie zrobił, zapisy te stały się wiążące dla wszystkich i Zamawiający jest obowiązany do ich przestrzegania.

Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowanie licencji Cal User. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał: tabela nr 1: Zestawienie urządzeń, oprogramowania oraz minimalne warunki gwarancji (OPZ) - *Oprogramowanie klient Drv CAL*. Dalej, w pkt 5 Oprogramowanie serwerowe poz. 2 OPZ – *Dodatkowo wymaga się dostarczenia sumarycznie 300 licencji dostępowych (CAL) dla komputerów współpracujących z dostarczonym systemem operacyjnym*. Z kolei w treści formularza ofertowego wprost wskazał na licencję Cal User – str.2 poz.5.1 - *CAL/USER*. Trudno zatem jednoznacznie stwierdzić czy Zamawiający wymagał licencji dla urządzenia czy jednak dla użytkownika. Zasadą jest, że nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Dla oparcia i wyprowadzania konsekwencji prawnych z postanowień SWZ, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

Zamawiający w trakcie postępowania odwoławczego przyznał, że doszło do dwóch omyłek pisarskich, tj.: w treści formularza ofertowego (Zamawiający omyłkowo dodał */USER*), jak również w opisie przedmiotu zamówienia – zamiast *Dev CAL* wpisał *Drv CAL*. Zatem nie zasługuje na aprobatę postępowanie Zamawiającego, który popełnia błędy przy opisie przedmiotu zamówienia i próbuje wyciągnąć negatywne konsekwencje wobec Odwołującego. Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono. W powyższym zakresie nie można zatem mówić, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stwierdzone uchybienie nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania w zakresie zarzutu oznaczonego lit. b). Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie oferta Odwołującego podlega odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na zaoferowanie licencji oprogramowania do wirtualizacji oraz karty sieciowej nie spełniających wymogów OPZ.

Zarzut oznaczony jako lit. b) nie został uwzględniony zatem Izba rozpoznała zarzut ewentualny wskazany jako zarzut oznaczony lit c). W przedmiotowej sprawie ziściła się przesłanka określona w art. 255 pkt 2) ustawy Pzp. W postępowaniu złożono dwie oferty, obie podlegają odrzuceniu, a zatem Zamawiający obowiązany jest unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: