

WYROK

z dnia 1 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2018 r. przez wykonawcę Koncept sp. z o.o., ul. Wodniaków 19, 03 - 992 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Państwową Inspekcję Pracy - Główny Inspektorat Pracy, ul. Barska 28/30, 02-315 Warszawa

przy udziale wykonawcy Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1866/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Państwową Inspekcję Pracy - Główny Inspektorat Pracy, ul. Barska 28/30, 02-315 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Koncept sp. z o.o., ul. Wodniaków 19, 03 - 992 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Państwowej Inspekcji Pracy - Główny Inspektorat Pracy, ul. Barska 28/30, 02-315 Warszawa na rzecz wykonawcy Koncept sp. z o.o., ul. Wodniaków 19, 03 - 992 Warszawa 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. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Zamawiający: Państwowa Inspekcja Pracy - Główny Inspektorat Pracy, ul. Barska 28/30, 02-315 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Dostawy 360 laptopów dla jednostek organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy”, nr postępowania: GOZ-2210-1/18.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 133-302206 w dniu 13 lipca 2018 r.

Informację o podstawie do wniesienia odwołania tj. informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący: Koncept sp. z o.o., ul. Wodniaków 19, 03 - 992 Warszawa otrzymał w dniu 5 września 2018 r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 17 września 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego;

2) art. 87 ust. 1 oraz Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oferty złożonej przez Odwołującego w sposób wynikający z treści uzasadnienia odwołania, ewentualnie poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty poprzedzających poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym poprawienia oferty złożonej przez Odwołującego w sposób wynikający z uzasadnienia odwołania,

ewentualnie

3) wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy

Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nieprawdziwe jest, leżące u podstaw odrzucenia jego oferty, ustalenie Zamawiającego, iż: „(...) nie zaoferował wymaganego przez zamawiającego oprogramowania „Microsoft Windows 10 Pro 64-bit PL (OEM) build 1803”.

Według Odwołującego - sam brak doprecyzowania w treści załącznika nr 3 wersji

aktualizacji zaoferowanego systemu Windows 10 Pro 64-bit PL (OEM), nie stanowi

wystarczającej podstawy do przyjęcia, że zaoferowany system nie spełnia wymagań SIWZ, w tym w zakresie wymaganej wersji aktualizacji „build 1803”, a tym samym do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego - zaniechaniem ze strony Zamawiającego było nieskorzystanie z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stosownie do którego treści Zamawiający zobowiązany jest do poprawienia w ofercie omyłek, polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, pod warunkiem, że poprawienie oferty w tym przypadku nie prowadzi do istotnej zmiany jej treści.

Odwołujący podniósł również, iż stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność polegająca na braku doprecyzowania wersji aktualizacji oferowanego oprogramowania jest wyłącznie wynikiem omyłki Odwołującego.

Nadto, w ocenie Odwołującego - dokonując takiego ustalenia uwzględnić należy okoliczność, iż już samo zaoferowanie systemu operacyjnego Windows 10 Pro oznacza

(zgodnie z warunkami licencyjnymi firmy Microsoft) zaoferowanie wszystkich kolejnych wersji aktualizacyjnych, w tym wersji „build 1803”.

Argumentował przy tym, że już z samej tej przyczyny nie sposób zatem zakładać, że zamiarem Odwołującego nie było zaoferowanie urządzeń z zainstalowanym systemem Windows 10 Pro w aktualnej wersji „build 1803”.

Podkreślił ponadto, że w żadnym miejscu oferty Odwołującego nie pojawiło się oświadczenie, które dawałoby podstawę do stwierdzenia, że oferowana jest wersja aktualizacji inna niż wymagana (np. „build 1709”).

Zauważył, że również uwzględnić należy pozostałą treść oferty Odwołującego, gdzie w pkt 5 formularza oferty złożył on jednoznaczne oświadczenie: „Oświadczamy, że dostarczymy komputery przenośne o parametrach/funkcjonalnościach co najmniej takich jak określone w załączniku numer 5 do SIWZ”.

Przekonywał, że treść tego oświadczenia nie ma ogólnego charakteru i wprost odnosi się do parametrów określonych w OPZ (załącznik nr 5 do SIWZ), w tym w zakresie wymaganej wersji aktualizacji systemu operacyjnego „build 1803”.

Gdyby oświadczenie to nie miało dla Zamawiającego znaczenia przy ocenie oferty, to z pewnością nie ująłby go w treści wymaganego do złożenia formularza oferty.

Zaznaczył, że w doktrynie wskazuje się, że odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp zamawiający może wyłącznie w sytuacji, gdy bez żadnych wątpliwości może ustalić, że zaoferowane świadczenie nie odpowiada treści SIWZ. Jeżeli nie ma takiej pewności, a zamawiający powziął w tym względzie pewne wątpliwości to w celu ich usunięcia ma wręcz obowiązek skorzystania z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle stanu faktycznego stwierdził, że Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, budzi zatem szczególne zdziwienie brak skorzystania choćby z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Poza tym, podkreślił, iż skorzystanie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może być poprzedzone procedurą uregulowaną w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, w oparciu o samą treść złożonej oferty Zamawiający - według Odwołującego - powinien był uznać, że brak dopisku „build 1803” przy określeniu w ofercie oferowanego systemu operacyjnego jest wyłącznie wynikiem omyłki Odwołującego.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki skorzystania z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp wyraził pogląd, że doprecyzowanie w treści załącznika wersji aktualizacji systemu („build

1803") nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty.

W tym przypadku - w opinii Odwołującego - zmiana oferty miałaby jedynie charakter formalny polegający na doprecyzowaniu jej treści, natomiast przedmiot świadczenia pozostawałby niezmieniony.

Wskazał, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 dopuszcza właśnie sytuację, gdy w przypadku wypełniania przez wykonawcę szeregu rubryk formularza dochodzi do niezgodności, które - wyłącznie w znaczeniu czysto formalnym - prowadziłyby do odrzucenia oferty.

Niezależnie od okoliczności w której poprawienie oferty Odwołującego miałoby jedynie charakter formalny z ostrożności podniósł, że w doktrynie przyjmuje się nawet możliwość zmiany przedmiotu świadczenia, w sytuacji, gdy niezgodność jest wynikiem omyłki, a poprawki nie będą miały charakteru istotnego.

Ostatecznie, Odwołujący podniósł, iż nie można zaakceptować sytuacji w której prawidłowa oferta, najkorzystniejsza w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, jest odrzucana przez jednostkę sektora finansów publicznych z powołaniem się na okoliczności, które w żadnym względzie nie powinny jej dyskredytować.

W tych okolicznościach konieczne jest - w ocenie Odwołującego - zweryfikowanie podjętej decyzji oraz jej unieważnienie, a oferta powinna zostać poprawiona poprzez doprecyzowanie (dopisanie) w treści załącznika nr 3 wersji aktualizacji systemu Windows 10

Pro 64-bit PL (OEM) tj. „build 1803”.

Pismem z dnia 17 września 2018r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Intaris sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, odwołania, oferty Odwołującego, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 29 września 2018r., stanowiska pisemnego Odwołującego z dnia 1 października 2018r. wraz z załączonymi dowodami, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez stronę i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczone, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości, zaś Zamawiający i Przystępujący o jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.87 ust.1 i ust.2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.,

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, a także czy powinien on przed odrzuceniem tej oferty przeprowadzić postępowanie

wyjaśniające dotyczące treści oferty Odwołującego w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w pkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający postanowił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 360 fabrycznie nowych (w nienaruszonym opakowaniu) laptopów wraz z oprogramowaniem (systemem operacyjnym) zgodnie ze Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ oraz na warunkach określonych we Wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, do jednostek organizacyjnych, dla których rozdzielnik sprzętu stanowi załącznik nr 5a do SIWZ.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w pkt 11.6.3 SIWZ - Opis sposobu przygotowania ofert wymagał, aby dodatkowo Wykonawca załączył do oferty następujące dokumenty między innymi Parametry/funkcjonalności oferowanego sprzętu (załącznik nr 3 do SIWZ).

W formularzu tym Zamawiający przewidział Tabelę nr 1 - Obligatoryjne parametry/funkcjonalności oferowanego sprzętu zawierające następujące rubryki:

- 1) Nazwa komponentu(rubryka pozostająca bez zmiany),
- 2) Obligatoryjne parametry/funkcjonalności oferowanego sprzętu określone przez Zamawiającego w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ) (rubryka pozostająca bez zmiany),
- 3) Parametry/ funkcjonalności oferowanego przez Wykonawcę sprzętu(rubryka wymagająca wypełnienia przez wykonawcę).

W zakresie koniecznym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy ustalono również, że pod l.p. 16 w rubryce 1) tego formularza wpisana była nazwa komponentu: Zainstalowany system operacyjny. Licencjonowane oprogramowanie, zaś w rubryce 2) wpisano szczegółowe wymaganie: Zainstalowany Microsoft Windows 10 Pro 64-bit PL (OEM) build 1803 lub równoważny. Warunki równoważności: system operacyjny umożliwiający integrację z posiadanym przez Zamawiającego systemem Active Directory zbudowanym na Microsoft Server 2008R2 wraz z pełną obsługą Group Policy Object i pozwalającym na wdrożenie jednolitej polityki bezpieczeństwa dla wszystkich komputerów w sieci. Musi umożliwiać instalację oprogramowania biurowego np.: MS Office: 2010, 2013, 2016 w wersjach standard

7

oraz pro (w tym MS Access) lub równoważne. Możliwość zdalnej automatycznej instalacji, konfiguracji, administrowania oraz aktualizowania systemu. Publicznie znany cykl życia przedstawiony przez producenta i dotyczący rozwoju i wsparcia technicznego - w szczególności w zakresie bezpieczeństwa. Praca w różnych sieciach komputerowych (sieci lokalne LAN, Internet), w tym także automatyczne rozpoznawanie sieci i ich ustawień bezpieczeństwa. Automatyczne rozpoznawanie urządzeń peryferyjnych działające w tej sieci (np. drukarki, tablice interaktywne) oraz łączenie się automatycznie z zdefiniowanymi sieciami (również za pośrednictwem modemów 3G/USB). (np.: Microsoft Windows 10 Pro 64-bit PL (OEM) build 1803 lub równoważny). Zamawiający dopuszcza zaoferowanie licencji zbiorczej lub jednostanowiskowej a także licencji na nowszą wersję systemu operacyjnego umożliwiającą wykorzystanie zainstalowanej wersji. Nie dopuszcza się w tym zakresie licencji pochodzących z rynku wtórnego.

Izba ustaliła również, że Odwołujący wymagany formularz złożył z wypełnionymi powyższej rubrykami 1) i 2), a także wypełnił rubrykę 3) oświadczając, co następuje: „Zainstalowany Microsoft Windows 10 Pro 64-bit PL(OEM)”.

Jednocześnie w pkt 4 zd.1 załącznika nr 1 - formularza oferty, Odwołujący złożył oświadczenie, że dostarczy komputery przenośne o parametrach/funkcjonalnościach co najmniej takich jak określone w załączniku nr 5 do SIWZ.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający na gruncie SIWZ nie zdefiniował pojęcia parametru/funkcjonalności oferowanego sprzętu w zakresie obowiązku wypełniania rubryki

3), ani nie sprecyzował jakie elementy mają być w niej ujęte.

Należy wskazać, że podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego było przeświadczenie Zamawiającego, że obok informacji o zainstalowanym oprogramowaniu Microsoft Windows 10 Pro 64-bit PL(OEM) wykonawca powinien w rubryce 3) wpisać informację o aktualizacji poprzez umieszczenie dodatku o treści „build 1803”.

Według zapatrywania Izby - pogląd Zamawiającego w tym zakresie jest błędny.

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

Dla poprawnej kwalifikacji wystąpienia kolizji pomiędzy złożonym oświadczeniem woli zawartym w ofercie a treścią SIWZ konieczne jest ustalenie przez Zamawiającego właściwej treści oferty oraz wymogu SIWZ.

Z żadnego z powołanych wyżej postanowień SIWZ, w tym z tych z formularza stanowiącego załącznik nr 3 nie wynika - w ocenie Izby, że wykonawcy byli zobowiązani do wpisania w rubryce 3) nazwy oprogramowania wraz z wymaganą wersją aktualizacji.

Zdaniem Izby - brak takiego wymagania SIWZ nie uprawniał Zamawiającego do automatycznego odrzucenia oferty Odwołującego.

W szczególności, o spełnieniu wymagania przez Odwołującego może świadczyć jego oświadczenie zawarte w pkt 4 zd.1 formularza ofertowego i niezmieniona treść rubryki 2) pod

l.p.16 w złożonym przy ofercie załączniku nr 5, w której to rubryce jest mowa o aktualizacji „build 1803”.

Wymaga również wskazania, że Odwołujący w swojej ofercie nie dokonał zadeklarowania innej wersji aktualizacyjnej niż wymagana.

Dodatkowo, jako uprawdopodobniające twierdzenia Odwołującego Izba uznała oświadczenie wiedzy przedstawiciela producenta, który potwierdził, że dostarczone laptopy Lenovo ThinkPad T580 w tym zamówieniu są z zainstalowanym systemem operacyjnym Microsoft Windows 10 Pro 64-bit PL (OEM) build 1803, czyli zgodnie z treścią SIWZ.

Jeżeli Zamawiający jednak miał wątpliwości, co treści oferty w spornym zakresie przed odrzuceniem oferty, powinien upewnić się, co do intencji Odwołującego i wystąpić o wyjaśnienie treści jego oferty na zasadzie art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem tego przepisu w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Następnie w zależności od poczynionych ustaleń Zamawiający miał prawną możliwość skorzystania z przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

W myśl przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie:

1. oczywiste omyłki pisarskie,
2. oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
3. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....