

Sygn. akt: **KIO/UZP 67/10**

**KIO/UZP 70/10**

**KIO/UZP 71/10**

**WYROK**  
z dnia 8 lutego 2010 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Jolanta Markowska**

**Członkowie:** **Ryszard Tetzlaff**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant:** **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2010 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski z siedzibą w Zielonej Górze, ul Fabryczna13/1, 65-410 Zielona Góra (sygn. akt KIO/UZP 67/10),**

**B. Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków (sygn. akt KIO/UZP 70/10),**

**C. TETA S.A. Al. Wiśniowa 1, 53-137 Wrocław (sygn. akt KIO/UZP 71/10),**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** protestów:

**A.** z dnia 21 grudnia 2009 r.

**B.** z dnia 18 grudnia 2009 r.

**C.** z dnia 21 grudnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **WASKO S.A. ul. Barbeckiego 6, 44-100 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO/UZP 67/10, KIO/UZP 70/10, KIO/UZP 71/10 oraz wykonawcy **Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski, ul Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra** w sprawie KIO/UZP 71/10 po stronie Zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków** zgłaszającego przystąpienie w sprawie KIO/UZP 67/10, KIO/UZP 71/10 oraz wykonawcy **Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski, ul Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra** zgłaszającego przystąpienie w sprawie KIO/UZP 70/10 do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołania,**

2. kosztami postępowania obciąża:

**A. Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski, ul Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra (sygn. akt KIO/UZP 67/10),**

**B. Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków (sygn. akt KIO/UZP 70/10),**

**C. TETA S.A. Al. Wiśniowa 1, 53-137 Wrocław (sygn. akt KIO/UZP 71/10),**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

- A. koszty w wysokości 1 481 zł 34 gr (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści cztery grosze) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski, ul Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra (sygn. akt KIO/UZP 67/10),**
  - B. koszty w wysokości 1 481 zł 33 gr (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków (sygn. akt KIO/UZP 70/10),**
  - C. koszty w wysokości 1 481 zł 33 gr (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **TETA S.A. Al. Wiśniowa 1, 53-137 Wrocław (sygn. akt KIO/UZP 71/10),**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A. kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
  - B. kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
  - C. kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 40 556 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A. kwoty 13 518 zł 66 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt sześć groszy) na rzecz **Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski, ul Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra (sygn. akt KIO/UZP 67/10),**

- B.** kwoty 13 518 zł 67 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków (sygn. akt KIO/UZP 70/10),**
  
- C.** kwoty 13 518 zł 67 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **TETA S.A., Al. Wiśniowa 1, 53-137 Wrocław (sygn. akt KIO/UZP 71/10).**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „zakup 390 serwerów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2009/S 150-219709 w dniu 7 sierpnia 2009r.

Dnia 10 grudnia 2009 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach. W wyniku badania i oceny ofert na drugiej pozycji została sklasyfikowana oferta złożona przez B.I.W. „KONCEPT” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, na trzeciej pozycji - oferta złożona przez Jacka Michalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Galaxy” z siedzibą w Zielonej Górze (zwany dalej „Galaxy”), na czwartej pozycji - oferta złożona przez Konsorcjum Wola Info S.A. i Advatech sp. z o.o. z siedzibą (lider) w (zwane dalej Konsorcjum Wola Info), na piątej pozycji – oferta złożona przez wykonawcę TETA S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

A. Odwołujący Galaxy wniósł protest wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A., zaniechania odrzucenia oferty B.I.W. KONCEPT sp. z o.o., zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Wola Info, pomimo że treść wymienionych ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucił naruszenie art. 82 ust 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 2 i art. 7 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp. Wykonawca wniósł w proteście o unieważnianie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty WASKO S.A. odrzucenie oferty B.I.W. KONCEPT sp. z o.o., odrzucenie oferty Konsorcjum Wola Info, powtórzenie czynności oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podał w uzasadnieniu następujące okoliczności.

#### Oferta WASKO S.A.

1. Zgodnie z punkt 21 tabeli Szczegółowy opis przedmiotu zamówienie (Załącznik C) zamawiający wymagał zaoferowania wersji aktualnej systemu operacyjnego na moment składania ofert. W przypadku produktu - system operacyjny Oracle Unbraakable Entarprise Linux na dzień składania ofert aktualna była wersja 5.4, a nie 5.3, którą zaoferowała spółka WASKO S.A. (strona 6 oferty). Podobnie zaoferowano starą wersję systemu operacyjnego Oracle Enterprise Linux 5,3 dla dodatkowych 33 i 18 licencji (strona 7 oferty, pkt 3 i 4). Zgodnie z ogólnie dostępnymi informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej producenta systemu operacyjnego od dnia 9 września 2009 r. (czyli na miesiąc przed terminem składania ofert) aktualna, wersja systemu Oracle Unbreekable Enterprise Linux jest wersja 5.4. Zaoferowanie wersji nieaktualnej powoduje, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz, a zatem oferta powinna zostać odrzucona.
2. WASKO SA nie wskazała w swojej ofercie, jaki poziom wsparcia mają oferowane systemy. Dla oferowanych 390 serwerów wskazano Oracle Enterprise Linux 5,3 Enterprise Linux Premier Limited (tabela pozycja 21). Producent ww. systemów oferuje dla swoich produktów trzy poziomy wsparcia Premier, Basic i Network. Każdy z poziomów wsparcia posiada inny zakres. WASKO S.A. nie wskazała w ofercie, który z wyżej wymienionych poziomów wsparcia zapewnia. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie tej kwestii do WASKO S.A. Udzielona odpowiedź nie wyjaśnia, jakie wsparcie jest oferowane, a mimo to zamawiający nie odrzucił tej oferty. Odwołujący wskazał, że określenie konkretnego produktu po złożeniu oferty stanowiłoby jej niedopuszczalną zmianę. Oferta nie gwarantuje, że oferowane wsparcie spełnia wymaganie zamawiającego tj. odpowiada wsparciu oferowanemu przez firmę Oracle na poziomie Premier Support.

3. WASKO S.A złożyła w ofercie dokumenty HCL na produkt inny niż oferowany. WASKO S.A. nie przedłożyła certyfikatu na konkretną oferowaną konfigurację sprzętu, tym samym nie została wykazana zgodność serwera z systemem Windows.
4. Oferta WASKO S.A. nie zawiera oświadczenia o spełnieniu warunków pozwalających na uczestnictwo w postępowaniu, w trybie art. 22 ust. 1 Pzp. Złożone w ofercie oświadczenie odnosi się do postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego, podczas gdy przedmiotowe postępowanie toczy się w trybie przetargu nieograniczonego..

Oferta B.I.W. KONCEPT sp. z o.o. i oferta Konsorcjum Wola Info.

W Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik C) punkt 21 tabeli zamawiający wymagał wsparcia dla systemów operacyjnych na poziomie Premier Support. Firma Novell - producent zaoferowanego systemu SUSE Linux Enterprise - oferuje wsparcie na trzech poziomach Priority, Standard i Basic. Wykonawca winien zatem wskazać w ofercie poziom wsparcia odpowiadający poziomowi Premier Support, który zapewnia w ramach złożonej oferty.

Wykonawcy B.I.W. KONCEPT sp. z o.o. oraz Konsorcjum Wola Info nie wskazują w ofercie ani w pkt 1 - w tabeli pkt 21, ani w pkt 3 i 4 oferty konkretnego poziomu wsparcia. Należy wnioskować zatem, że producent oferowanego systemu operacyjnego nie świadczy wsparcia na warunkach równoważnych do Premier Support lub wykonawcy takiego wsparcia nie oferują. Oświadczenie wykonawców, że oferta spełnia wymagania siwz jest w tym przypadku niewystarczające, niejednoznaczne i nie gwarantuje odpowiedniego wsparcia do oferowanych systemów operacyjnych. Ponadto odwołujący wskazał, że firma Novell oferując produkty SUSE Linux Enterprise nie oferuje razem z nimi wsparcia na poziomie równoważnym do Premier Support.

Do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia ww. protestu przystąpili wykonawcy: WASKO S.A. – wnosząc o oddalenie protestu w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A. oraz B.I.W. Koncept sp. z o.o. – wnosząc o uwzględnienie protestu w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A. oraz o oddalenie protestu w zakresie zarzutów dotyczących oferty Koncept.

**B.** Odwołujący B.I.W. Koncept sp. z o.o. wniósł protest wobec czynności zamawiającego, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Podniósł, iż WASKO S.A. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp, a oferta tego wykonawcy podlega z tego tytułu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Ponadto oferta WASKO S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 Pzp albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na brak możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wykonawca wniósł w proteście o wykluczenie z postępowania WASKO S.A., odrzucenie oferty złożonej przez WASKO S.A, powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wskazał, iż naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 nastąpiło w wyniku:

1. błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania przepisów ustawy Pzp i zastosowanie nieuprawnionej interpretacji treści siwz w celu uzasadnienia zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A.,
2. nieuprawnionego przyjęcia za spełniające wymagania zamawiającego dokumenty i oświadczenia, pomimo sprzeczności ich treści z danym ogólnodostępnymi,
3. błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania przepisów ustawy Pzp powodujących de facto zmianę zasady oceny w odniesieniu do oferty złożonej przez WASKO S.A.,

Oferta WASKO S.A.

1. Zamawiający w Załączniku C do siwz w tabeli „Specyfikacja serwerów wraz z wyposażeniem - szt. 390” w wierszu 21 wymagał zaferowania systemu operacyjnego Oracle Enterprise Linux w wersji aktualnej na moment składania oferty z najnowszym zestawem poprawek i trzyletnim wsparciem producenta „Premier Support” lub równoważnym. W ofercie WASKO S.A. na stronie 6 w tabeli „Oferowane komponenty serwerów w konfiguracjach”, w wierszu 21 zaferowano system operacyjny Oracle Enterprise Linux w wersji 5.3 z najnowszym zestawem poprawek i z trzy letnim wsparciem producenta Enterprise Linux Premier Limited tj. nieaktualny w dniu składania oferty. Jak wynika z danych opublikowanych na stronie internetowej producenta w dniu 9 września 2009 r. opublikowana została wersja 5.4 ww. systemu operacyjnego. Tym samym treść oferty WASKO S.A. nie odpowiada treści siwz, a zatem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferta WASKO S.A. powinna zostać odrzucona. Odwołujący wyjaśnił, że wersja 5.4 systemu operacyjnego zawiera w stosunku do oferowanej przez WASKO S.A. wersji 5.3 kilkaset poprawek, uaktualnień, dodatków i nowych sterowników, a zatem otrzymanie wersji aktualnej systemu jest nie tylko istotnym warunkiem zamówienia, ale jteż istotnym i wręcz krytycznym warunkiem zapewnienia poprawnej i bezawaryjnej pracy kluczowych systemów informatycznych zamawiającego. Jak wynika z danych opublikowanych na przywoływanej przez WASKO S.A., w wyjaśnieniach z dnia 23 listopada br., stronie internetowej redhat oferowany serwer HP ProLiant ML370 G6 nie posiada certyfikacji dla aktualnego na moment składania ofert systemu Red Hat Enterprise Linux 5.4, a tym samym zachodzi podejrzenie celowego zaferowania systemu Oracle Enterprise Linux w wersji 5.3 tak, aby osiągnąć zgodność wersji certyfikowanego systemu operacyjnego z systemem oferowanym.

Zaoferowanie nieaktualnej na moment składania ofert wersji systemu operacyjnego może stanowić złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W takim przypadku wykonawca WASKO S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

2. Zgodnie z zapisami Rozdziału IV ust. 3e siwz (w brzmieniu ostatecznym) zamawiający wymagał dołączenia do oferty „potwierdzenia zgodności serwera z dostarczonymi systemami operacyjnymi w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w formie wydruku z internetowej strony producenta dostarczanego danego systemu operacyjnego”. Wykonawca WASKO S.A. zaoferował system Oracle Enterprise Linux w wersji 5.3, nie załączając do oferty wymaganego potwierdzenia zgodności. Po wezwaniu przez zamawiającego (pismo z 16.11.2009r.) do uzupełnienia dokumentu, wykonawca w odpowiedzi z dnia 23.11.2009r. wyjaśnił, iż zgodnie z zapisami dostępnymi na stronie producenta systemu (tj. firmy Oracle) potwierdzeniem zgodności serwera z systemem operacyjnym jest obecność na liście zgodności innego producenta innego systemu operacyjnego, tj. firmy Red Hat, publikowanej na stronie internetowej tej firmy. Zauważył, że na tej samej stronie internetowej znajduje się informacja, iż pomimo że firma Oracle wskazuje na certyfikację dla systemu Red Hat Enterprise Linux jako obowiązującą również dla własnego produktu Oracle Enterprise Linux, to firma Red Hat (jako podmiot certyfikujący) zaprzecza temu stwierdzeniu powołując się na istotne rozbieżności w kodach obu systemów, co może prowadzić do nieprzewidywalnych zachowań. Firma Red Hat jednoznacznie stwierdza, iż certyfikacja sprzętowa Red Hat nie obowiązuje dla systemu Oracle Enterprise Linux. Tym samym wykonawca WASKO S.A. nie dopełnił obowiązku przedstawienia dokumentu potwierdzającego zgodność oferowanego serwera z oferowanym systemem operacyjnym, a zatem jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako oferta, której treść nie odpowiada treści siwz.

3. Jak wynika z Rozdziału I pkt 7 siwz, odpowiedzi na pytanie nr 13 (pismo z dnia 18.09.2009), Rozdziału I pkt 3 siwz, § 5 pkt 12 projektu umowy wykonawcy byli zobowiązani do dostarczenia licencji oprogramowania oraz usługi wsparcia technicznego producenta na jednakowych zasadach dla wszystkich 441 oferowanych systemów operacyjnych (w przypadku systemu firmy Oracle wsparcia na poziomie „Premier Support”). Wykonawca WASKO S.A. zaoferował (str. 6 oferty) wsparcie techniczne na poziomie Enterprise Linux Premier Limited. Jak wynika z informacji publikowanych na stronie internetowej producenta systemu, wsparcie na poziomie Premier Limited obejmuje systemy o liczbie procesorów nie większej niż 2. Zatem zaoferowane przez WASKO S.A. wsparcie Premier Limited nie odpowiada wymogom siwz, gdyż nie będzie obejmowało 33 licencji systemu zainstalowanego na serwerach 4-procesorowych. Wskazał, iż strony internetowe producentów systemów operacyjnych (Oracle i Red Hat) są dla zamawiającego (jak wynika



z zapisów siwz) w pełni wiarygodnym źródłem informacji potwierdzających zgodność oferowanych produktów z wymogami specyfikacji. Odwołujący podniósł brak możliwości zastosowania trybu określonego w art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu przystąpili wykonawcy: WASKO S.A. – wnosząc o oddalenie protestu w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A. oraz Galaxy – wnosząc o uwzględnienie protestu.

#### C. Odwołujący TETA S.A. wniósł protest wobec:

- zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A na podstawie art. 89 ust 1 Pzp ponieważ jest ofertą wariantową,
- zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A. na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp gdyż treść oferty nie odpowiada treści siwz,
- zaniechania odrzucenia oferty B.I.W. Koncept sp. z o. o na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści siwz,
- zaniechania wezwania do uzupełnienia przez Galaxy w trybie art. 26 ust 3 Pzp dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowany sprzęt wymagań zgodności oferowanego serwera z dostarczonym systemem operacyjnym,
- zaniechania odrzucenia oferty Galaxy w następstwie nieskutecznego przesłania na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykazu wykonanych dostaw, stanowiącego potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Wola Info na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści siwz,
- dokonania wyboru oferty WASKO S.A., która podlega odrzuceniu,
- zaniechania wyboru oferty złożonej przez TETA S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł w proteście o unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenie ofert złożonych przez: WASKO S.A., B.I.W. Koncept sp. z o.o. oraz Konsorcjum Wola Info, wezwanie wykonawcy Galaxy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego zgodność oferowanego serwera z dostarczonym systemem operacyjnym, wykluczenie z postępowania Galaxy ze względu na nie złożenie dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, odrzucenie oferty Galaxy, dokonanie wyboru oferty TETA S.A. jako najkorzystniejszej. Odwołujący w proteście zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO S.A., oferty B.I.W. Koncept sp. z o.o., oferty Konsorcjum Wola Info, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO S.A., art. 87 ust. 1 Pzp poprzez wezwanie WASKO S.A. do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo iż nie zachodziły przesłanki

do zastosowania ww. przepisu, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Galaxy; art. 91 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty TETA S.A. jako najkorzystniejszej, art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwolujący wskazał w uzasadnieniu następujące okoliczności.

#### Oferta WASKO S.A.

- a) Zamawiający nie dopuścił w postępowaniu składania ofert wariantowych, tymczasem WASKO S.A. w swojej ofercie (str. 6) dla oferowanych Ups zaoferowało wariantowo "oprogramowanie zgodne z systemem MS Windows 2008 Server lub MS Windows 2003 server (...)". Potwierdzeniem tego faktu jest treść pisma zamawiającego z dnia 16.11.2009r. do wykonawcy, w której zamawiający wyraźnie stwierdził, iż "została zaproponowana alternatywna zgodność oprogramowania urządzenia z MS Windows 2008 server lub MS Windows 2003".
- b) Zamawiający w SIWZ określił wymagane warunki płatności następująco: "zapłata będzie dokonana przez Zamawiającego, bez zaliczek, przelewem bankowym na konto Wykonawcy wskazane w fakturze, w ciągu 21 (dwudziestu jeden) dni od dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury, na podstawie Protokołu Odbioru Końcowego potwierdzającego odbiór przedmiotu Umowy podpisanego przez Strony bez zastrzeżeń." W odpowiedzi na wymóg zamawiającego (zamawiający pismem z dnia 18.09.2009r dopuścił jako odpowiednie sformułowanie "zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ") Wykonawca WASKO S.A. zaoferował warunki płatności zdefiniowane jako: „przelew bankowy na konto Wykonawcy wskazane w fakturze, w ciągu 21 (dwudziestu jeden) dni od dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury", co nie potwierdza warunku "bez zaliczek", jak i "prawidłowo wystawionej faktury na podstawie Protokołu Odbioru Końcowego potwierdzającego odbiór przedmiotu Umowy podpisanego przez Strony bez zastrzeżeń."
- c) WASKO S.A. zaoferował system Oracle Enterprise Linux w wersji 5.3. tj. nie spełniający wymogu aktualności zgodnie z wymaganiem zawartym w załączniku C Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w poz. 21 tabeli, ponieważ w dniu składania ofert dostępna była nowsza wersja systemu, co wynika z informacji zawartej na stronie internetowej producenta.
- d) Oferta WASKO S.A. nie zawiera wymaganego w Rozdz. IV ust. 3 lit. e potwierdzenia "zgodności serwera z dostarczonymi systemami operacyjnymi w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w formie wydruku z internetowej strony producenta dostarczanego danego systemu operacyjnego". W przypadku oferty WASKO S.A. chodziło o oferowany przez WASKO S.A. system Oracle Enterprise Linux i wydruk ze strony Oracle. Zamawiający pismem z dnia 16.11.2009 r. wezwał wykonawcę w trybie

art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu. W piśmie z dnia 23.11.2009 r. WASKO S.A. stwierdziło, iż „producent oferowanego systemu operacyjnego nie posiada własnej listy kompatybilności sprzętu i powołuje się na listę Red Hat Hardware Catalog (...)”. Zdaniem odwołującego zamawiający nie mógł uznać ww. potwierdzeń jako pochodzących od producenta zgodnie z wymogiem specyfikacji.

#### Oferta Galaxy.

Zaniechanie wezwania Galaxy do uzupełnienia dokumentów oraz zaniechanie odrzucenia oferty.

a) Zamawiający w Rozdziale IV pkt. 3 lit e (w brzmieniu nadanym przez modyfikację siwz z dnia 30 września 2009 r.) wymagał, aby oferta zawierała: „potwierdzenie zgodności oferowanego serwera z dostarczonymi systemami operacyjnymi w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w formie wydruku z internetowej strony producenta dostarczanego danego systemu operacyjnego (...)”. Wykonawca Galaxy na stronie 5 oferty wskazał, iż oferuje system operacyjny Linux Redhat Enterprise Server w wersji 5.4. Natomiast na stronie 17 oferty wykonawca zamieścił wydruk ze strony internetowej producenta zaoferowanego oprogramowania (Red Hat), jednakże złożone potwierdzenie zgodności oferowanego serwera z systemem operacyjnym Linux Redhat Enterprise Server dotyczy wersji 5.3, a nie oferowanej wersji 5.4. Z informacji dostępnej na stronie internetowej producenta oprogramowania (z dnia 17 grudnia 2009 r.) wynika, iż zaoferowany przez Galaxy serwer - Dell PowerEdge T710 nie posiada potwierdzenia zgodności producenta oferowanego przez Galaxy oprogramowania (firmy Red Hat) w stosunku do wersji 5.4. Mając na uwadze powyższe, nie jest możliwe, aby na dzień składania ofert Galaxy potwierdził i dostarczył odpowiedni dokument potwierdzający, iż oferowany serwer jest zgodny z oferowanym oprogramowaniem w oferowanej wersji 5.4. Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust 3 Pzp.

b) W dniu 16 listopada 2009 r. zamawiający wezwał Galaxy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonych w lit. b ust. 1 Rozdziału III siwz. Wykonawca Galaxy przesłał uzupełniony „Wykaz wykonanych umów”, jednak w wykazie nie zamieścił informacji o wartości dostaw, zgodnie z wymaganiem specyfikacji. Co prawda, przedstawione przez wykonawcę referencje zawierają w swojej treści wartości dostaw, ale stanowią one jedynie załączniki do wykazu i nie mogą w tym zakresie zastępować samego wykazu. Zamawiający winien uznać, że uzupełniony wykaz jest niekompletny.

Oferta B.I.W Koncept sp. z o.o.

a) B.I.W. Koncept sp. z o.o. zaoferował „Zainstalowany system operacyjny SUSE Linux Enterprise Server (w wersji 11) z najnowszym zestawem poprawek i z trzy letnim wsparciem producenta Novell w zakresie zgodnym ze specyfikacją”. Tymczasem firma Novell nie oferuje wsparcia dla swoich produktów równoważnego do poziomu Oracle Premier Support. Novell oferuje produkty SUSE Linux Enterprise ze wsparciem technicznym na poziomie Priority, Standard i Basic, jednak żadne z tych określeń nie zostało użyte w ofercie wykonawcy ani w pozycji 21 ani w pkt 3 i 4 oferty. Nie można wobec tego uznać, że zaoferowano wsparcie techniczne na poziomie wymaganym przez zamawiającego, jak również - jaki okres wsparcia został zaoferowany.

Oferta Konsorcjum Wola Info.

a) Oferta Konsorcjum Wola Info zawiera „Zainstalowany system operacyjny SUSE Linux Enterprise Server (w wersji 11) z najnowszym zestawem poprawek i z trzy letnim wsparciem producenta Novell, Inc”. Firma Novell nie oferuje wsparcia dla swoich produktów równoważnego do poziomu Oracle Premier Support. Firma Novell oferuje produkty SUSE Linux Enterprise ze wsparciem technicznym na poziomie Priority, Standard i Basic, ale żadne z tych określeń nie zostało użyte w ofercie ani w pkt 21, ani też w pkt 3 i 4 oferty. Wykonawca winien wskazać, który z poziomów wsparcia producenta zaoferowanego systemu odpowiada wymaganemu przez zamawiającego poziomowi wsparcia Premier Support firmy Oracle. Na podstawie zawartej w ofercie informacji nie można określić z jakim poziomem wsparcia są oferowane systemy ani jaki okres wsparcia został zaoferowany.

Do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu przystąpili wykonawcy: WASKO S.A. – wnosząc o oddalenie protestu w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A., B.I.W. Koncept sp. z o.o. – wnosząc o uwzględnienie protestu w zakresie zarzutów dotyczących oferty WASKO S.A. i o oddalenie zarzutów dotyczących oferty B.I.W. Koncept sp. z o.o., Galaxy – wnosząc o uwzględnienie protestu w zakresie zarzutów dotyczących oferty WASKO S.A., oferty B.I.W. Koncept sp. z o.o., oferty Konsorcjum Wola Info oraz o oddalenie protestu w zakresie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez Galaxy.

Zamawiający oddalił powyższe protesty w całości.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A jako niezgodnej z siwz zamawiający wyjaśnił, co następuje.

- 1) Wobec zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez WASKO S.A. ze względu na zaoferowanie nieaktualnej wersji systemu operacyjnego tj. Oracle Enterprise Linux v 5.3 zamawiający wskazał, że system operacyjny Oracle Enterprise Linux w wersji 5.3 jest aktualny na dzień składania ofert, znajduje się w sprzedaży, przez to jest zgodny z postanowieniami siwz, w szczególności z Załącznikiem C, Tabela - Specyfikacja serwerów wraz z wyposażeniem - szt. 390, Lp. 21. Zamawiający wyjaśnił, iż nie wymagał zaoferowania najnowszej dostępnej wersji systemu, a jedynie wersji aktualnej. Innymi słowy, każda wersja systemu, która spełniała ten warunek, jest zgodna z siwz. Ponadto wskazał, że wersja systemu jest oznaczona cyfrą „5”, a cyfra „3” lub „4” znajdująca się po przecinku oznacza kolejny numer dystrybucji, a nie wersji systemu.
- 2) Odnośnie zarzutu dotyczącego zaoferowania przez WASKO S.A. wsparcia Premier Limited, które nie będzie obejmowało 33 licencji systemu zainstalowanego na maszynach 4-procesorowych, zamawiający wyjaśnił, że z oferty WASKO S.A. wynika, że wsparcie Premier Limited odnosi się do licencji oferowanych wraz z 390 serwerami. Ponadto, aby upewnić się, że oferty (w tym oferta WASKO S.A.) spełniają wymogi w tym zakresie, zamawiający zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wykonawców, których oferty mogły budzić ewentualne wątpliwości, o potwierdzenie, że dla wszystkich 441 licencji oprogramowania posiada nieograniczony dostęp do systemu wsparcia technicznego producenta. W dniu 30 listopada 2009 r. zamawiający otrzymał odpowiedź, że oferta WASKO S.A. spełnia warunek zapewnienia wsparcia dla wszystkich 441 licencji, z czego jednoznacznie wynika, że wsparcie dla dodatkowych 33 i 18 licencji jest w wersji Premier czyli na nieograniczoną liczbę procesorów. Firma WASKO S.A. potwierdziła także ten fakt w przyłączeniu do protestu.
- 3) WASKO S.A. zaoferowała serwer HP Proliant ML370 G6 i przedstawiła dla tego modelu serwera potwierdzenie zgodności z Microsoft Windows 2008 Server. Analizując powyższy zarzut zamawiający stwierdził, że wszystkie oferty (włącznie z ofertą odwołującego) dotyczą serwerów w konfiguracji dostosowanej do potrzeb zamawiającego. Oferowane są wyłącznie serwery w konfiguracji zmodyfikowanej w zakresie użytego procesora względem konfiguracji określonej w ww. dokumencie potwierdzającym. Powyższa modyfikacja pozostaje bez wpływu na kompatybilność. Zamawiający wskazał, że zgodnie z polityką firmy Microsoft certyfikaty przyznawane są dla poszczególnych modeli serwerów, a nie dla ich specyficznych konfiguracji sprzętowych. Wynika to z faktu, że ilość kombinacji konfiguracji (rodzaj procesora, ilość pamięci RAM, typ pamięci RAM, ilość dysków HDD, typ dysków HDD, itp.) jest zbyt duża, aby możliwe było przeprowadzenie testów zgodności dla wszystkich możliwych kombinacji.

- 4) Oświadczenie WASKO S.A. o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 22 ust. 1 Pzp. znajduje się na stronie 13 oferty, gdzie wykonawca wpisał nazwę i numer sprawy właściwe dla niniejszego postępowania. Nie ma wątpliwości, iż oświadczenie dotyczy przedmiotowego postępowania. Użycie sformułowania „w trybie dialogu konkurencyjnego” pozostaje bez znaczenia dla poprawności oświadczenia.
- 5) Wobec zarzutu dotyczącego braku przedstawienia w ofercie dokumentu potwierdzającego zgodność oferowanego serwera z oferowanym systemem operacyjnym, zamawiający wskazał, że oferta firmy WASKO S.A. w zakresie poświadczenia zgodności oferowanego serwera z systemem operacyjnym w formie wydruku ze strony producenta systemu operacyjnego spełnia wymagania siwz. Dokument z dnia 23 listopada br. dostarczony w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 16 listopada br. potwierdza, że firma Oracle nie prowadzi własnych list kompatybilności sprzętu i odwołuje się do list zamieszczonych na stronie firmy Red Hat i jest to dokument wiążący dla zamawiającego. Ponadto wykonawca WASKO S.A. dołączył do swojej oferty dokument potwierdzający zgodność oferowanego serwera z systemem RedHat, udowadniając tym samym zgodność z oferowanym systemem operacyjnym tj. Oracle Enterprise Linux. Informacje zawarte na stronie firmy Red Hat nie są w tym przypadku istotne, ponieważ WASKO S.A. nie złożyło oferty z systemem operacyjnym tego producenta. Ponadto informacje w postaci pytań i odpowiedzi pod wskazanym adresem przez odwołującego nie stanowią oficjalnego dokumentu firmy Red Hat. Żadna z zawartych tam informacji nie zaprzecza kompatybilności oferowanego przez WASKO S.A. modelu serwera z oferowanym systemem.
- 6) Oferta złożona przez WASKO S.A. nie jest ofertą wariantową, gdyż wykonawca przedstawił w ofercie UPS zgodny z systemem MS Windows 2008 Server lub MS Windows 2003 Server. Użycie słowa „lub” oznacza, że UPS może być zgodny zarówno z jednym jak i z drugim systemem.
- 7) WASKO S.A. w swojej ofercie zobowiązało się do podpisania umowy na warunkach określonych w Załączniku B do siwz, co jest jednoznaczne z zobowiązaniem się do przestrzegania między innymi warunków płatności określonych we wzorze umowy.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez B.I.W. „Koncept” sp. z o.o. oraz Konsorcjum Wola Info z powodu:

- 1) nie wskazania w ofertach tych wykonawców, który z poziomów wsparcia producenta zaoferowanego systemu SuSE Linux Enterprise odpowiada poziomowi Premier Support firmy Oracle.

2) nie wskazania w ofertach z jakim poziomem wsparcia są oferowane systemy, jak również - jaki okres wsparcia został zaoferowany.

zamawiający wyjaśnił, że w siwz wyraźnie określono warunki równoważności wymaganego wsparcia dla określonego w siwz systemu operacyjnego Oracle Enterprise Linux w związku, z czym zapis w ofercie B.I.W. Koncept sp. z o.o. oraz Konsorcjum Wola Info brzmiący „Zainstalowany system operacyjny SUSE Linux Enterprise Server (w wersji 11) z najnowszym zestawem poprawek i z trzy letnim wsparciem producenta Novell w zakresie zgodnym ze specyfikacją" odnoszący się do oferowanego wsparcia producenta systemu jest wystarczający. Wymienione w siwz oprogramowanie tj. Oracle Enterprise Linux ze wsparciem Premier Support nie jest wyznacznikiem zobowiązującym do traktowania wszystkich funkcjonalności oraz warunków wsparcia podanych przez producenta firmę Oracle jako niezbędnych do spełnienia, ponieważ jasno określono warunki równoważności. Zamawiający wskazał, że z zapisów siwz nie wynika konieczność podania nazwy zakresu wsparcia w ww. punktach. Zapisy w ofertach są zgodne z siwz i jasno został określony okres wsparcia. Wynika on z treści formularzy ofertowych zawartych w obu ofertach.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania wezwania Jacka Michalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Galaxy do uzupełnienia dokumentów oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy zamawiający wyjaśnił:

- 1) Wersja systemu jest oznaczona cyfrą „5" a cyfra „3" lub „4" znajdująca się po przecinku oznacza kolejny numer dystrybucji, a nie wersji systemu, dlatego zarzut, iż Galaxy Jacek Michalski zaoferował system operacyjny Linux Redhat Enterprise Server w wersji 5.4, jednocześnie zamieszczając w ofercie potwierdzenie zgodności oferowanego serwera z systemami operacyjnymi Linux RedHat Enterprise Server jednakże w wersji 5.3, a nie oferowanej wersji 5.4 jest bezpodstawny.
- 2) W dokumencie przesłanym na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów przez Galaxy Jacek Michalski znajdują się informacje dotyczące wartości wykonanych dostaw. Bez znaczenia pozostaje fakt, czy informacje te zawarte zostały w samym wykazie dostaw, czy też w dokumentach składanych na potwierdzenie ich należytego wykonania.

**A.** Odwołujący Galaxy Jacek Michalski wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 82 ust 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy WASKO S.A., dokonania wyboru oferty ww. wykonawcy, jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty B.I.W. KONCEPT sp. z o.o. oraz oferty Konsorcjum - Wola Info. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie

oferty WASKO S.A., odrzucenie oferty B.I.W. KONCEPT sp. z o.o., odrzucenie oferty i wykluczenie z postępowania Konsorcjum Wola Info, powtórzenie czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W odniesieniu do oferty WASKO S.A. wykonawca podniósł, iż w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik C) punkt 21 tabeli zamawiający wymagał zaoferowania systemu operacyjnego w wersji aktualnej na moment składania ofert z najnowszym zestawem poprawek i z trzy letnim wsparciem producenta „Premier Support”. Zgodnie z ogólnie dostępnymi informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej producenta systemu operacyjnego, od dnia 9 września 2009 r. (czyli na miesiąc przed terminem składania ofert) aktualną wersją systemu Oracle Unbreakable Enterprise Linux jest wersja 5,4. Zaoferowanie przez WASKO S.A. wersji systemu operacyjnego Oracle Enterprise Linux 5,3. (strona 6 oferty) oraz tej samej wersji systemu operacyjnego dla dodatkowych 33 i 18 licencji (strona 7 oferty pkt 3 i 4) nie spełnia wymogu aktualności na moment składania ofert.

Ponadto, WASKO S.A. dla oferowanych 390 serwerów wskazała wsparcie Oracle Enterprise Linux 5,3 na poziomie Enterprise Linux Premier Limited (tabela pozycja 21), natomiast nie wskazano poziomu wsparcia dla dodatkowych 33 i 18 licencji. Producent systemów firma Oracle oferuje dla swoich produktów trzy poziomy wsparcia Premier, Basic i Network, każdy o innym zakresie. WASKO S.A. nie wskazała w ofercie, który poziom wsparcia zapewnia dla dodatkowych licencji.

Biorąc pod uwagę także, że Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt 7 siwz wymaga, aby oprogramowanie określone w pkt. 1, 3 i 4 pochodziło od jednego producenta i posiadało identyczne funkcje, co jest zgodne z punktem 6 Wzoru umowy (Oświadczenia) i punktem 12 Wzoru umowy. (Gwarancja). Oferta nie wskazuje jaki poziom wsparcia WASKO S.A. oferuje dla dodatkowych 33 i 18 licencji, więc nie ma możliwości zweryfikowania powyższych warunków w odniesieniu do wymagań zamawiającego (możliwa jest dostawa produktów z najniższym i najtańszym wsparciem technicznymi).

Odpowiedź WASKO S.A. na zapytanie zamawiającego nie wyjaśnia rodzaju oferowanego wsparcia. Zdaniem odwołującego, określenie konkretnego oferowanego produktu po złożeniu oferty stanowiłoby jej istotną zmianę, co w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest niedopuszczalne. Wskazanie natomiast, że oferta spełnia wymagania siwz jest niewystarczające i nie gwarantuje zamawiającemu zapewnienia przez wykonawcę odpowiedniego wsparcia do oferowanych systemów operacyjnych.

W ofercie B.I.W. KONCEPT sp. z o.o. oraz ofercie Konsorcjum Wola Info wykonawcy nie wskazują poziomu wsparcia. Należy z tego wnioskować, że producent oferowanego systemu operacyjnego nie świadczy wsparcia na warunkach równoważnych do „Premier Support” lub wykonawcy takiego poziomu wsparcia nie oferują.



Odwołujący wskazał, że firma Novell oferując produkty SUSE Linux Enterprise razem z nimi nie oferuje wsparcia na poziomie równoważnym dla wsparcia firmy Oracle tj. na poziomie Premier Support. Zatem wszystkie oferty zawierające SUSE Linux Enterprise powinny zostać odrzucone jako nie spełniające warunków siwz.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego przedstawionego w rozstrzygnięciu protestu odwołujący wskazał, że gdyby przyjąć interpretację „aktualności” zaproponowaną przez zamawiającego, to wszystkie wersje systemu Oracle Enterprise Linux należy uznać za aktualne, a wymaganie zawarte w specyfikacji nie miałoby logicznego uzasadnienia. Nie można uznać za aktualną - wersję systemu operacyjnego, który powstał ponad 3 lata temu, gdy po niej pojawiło się kolejnych 9 wersji. Jedynym logicznym uzasadnieniem wprowadzenia ww. zapisu w specyfikacji jest wymaganie najnowszej, aktualnej na moment składania ofert, wersji systemu operacyjnego Linux, któremu odpowiada jedynie Oracle Enterprise Linux 5,4.

Odwołujący podniósł, iż każda wersja oznaczona kolejnymi wyższymi numerami tj. „5,1”, „5,2”, „5,3” etc. posiada inne funkcje, rozszerzenia, udogodnienia w jego stosowaniu. Stosując wykładnię literalną zgodnie ze Słownikiem języka polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN) słowo „aktualny” oznacza „obowiązujący w danej chwili”. Uzasadnione jest zatem i celowe z punktu widzenia zamawiającego żądanie programu jak najnowocześniejszego. Wskazał, że wprowadzenie wersji 5,4 przyniosło szereg bardzo istotnych zmian w stosunku do wersji 5,3. W związku z tymi zmianami nie jest możliwe uzyskanie „najnowszych zestawów poprawek” do wersji starszych, w tym do wersji 5,3. Zatem, wersja systemu operacyjnego Oracle Enterprise Linux 5,3 w oczywisty sposób nie spełnia wymogów siwz. Wyjaśnił, iż w opisie systemu operacyjnego Oracle Enterprise Linux 5,3 lub 5,4 cyfra „5” oznacza numer dystrybucji. Natomiast niewątpliwie cyfry „3” i „4”, po przecinku oznaczają uaktualnienie (ang. update) i tym samym oznaczają kolejne wersje systemu operacyjnego. Wersja dystrybucyjna oprogramowania stanowi zupełnie odrębne pojęcie. Dystrybucja - w odniesieniu do systemu operacyjnego Linux, to zestaw programów rozpowszechnianych łącznie i dający, po zainstalowaniu, gotowy do użycia system. Dystrybucja oferuje system pobierania, instalacji, deinstalacji i uaktualniania pojedynczych pakietów (APT, DPKG, RPM), rozwiązujący zależności między pakietami oraz często wspólny interfejs konfiguracji pakietów (np. debconf).

Ponadto, oferta WASKO S.A nie precyzuje czy i jakim wsparciem są objęte dodatkowe licencje (33 i 18 sztuk) systemu operacyjnego Oracle Enterprise Linux. Odwołujący podkreślił, że sam zamawiający, mając wątpliwości w powyższym zakresie, skierował stosowne zapytanie do wykonawcy, odpowiedź nie wyjaśnia jednak, co właściwe oferuje spółka WASKO S.A.

Odnosząc się do oferty spółki B.I.W. Koncept sp. z o.o. oraz Konsorcjum Wola Info odwołujący podniósł, że zamawiający błędnie przyjął, że w tych ofertach określono rodzaj i poziom wsparcia dla oferowanych systemów SUSE Linux Enterprise. Określenie „ze wsparciem producenta Novell w zakresie zgodnym ze specyfikacją” nie można traktować jako zapewniającego konkretne usługi wsparcia, tym bardziej, iż producent oferuje trzy poziomy świadczenia ww. usług. Ponadto, firma Novell oferując produkty SUSE Linux Enterprise razem z nimi nie oferuje wsparcia na poziomie równoważnym dla wsparcia firmy Oracle tj. na poziomie Premier Support. Skoro zatem nie ma produktu równoważnego Premier Support, to nie można twierdzić, iż oferta jest zgodna z wymaganiami siwz.

Odwołujący podniósł również zarzut, że w Opisie Przedmiotu Oferty w pkt 3 i 4 firma B.I.W. Koncept sp z o.o. nie informuje z jakim okresem wsparcia oferuje systemy operacyjne SUSE Linux Enterprise.

**B.** Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „Koncept” Sp. o.o. wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje i ponawia wszystkie zarzuty podniesione w oddalonym proteście, jak również zarzuty dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty, podniesione w protestach złożonych przez TETA S.A. oraz Galaxy Jacek Michalski, do których to protestów odwołujący przystąpił. Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, 89 ust. 2 Pzp oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania, w szczególności poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami art. 91 ust. 1 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenia z postępowania WASKO SA,
4. odrzucenia oferty złożonej przez WASKO S.A.

Odwołujący stwierdził, że podtrzymuje i ponawia wszystkie zarzuty i żądania zawarte w oddalonym proteście, a jednocześnie podtrzymuje zarzuty wobec wyboru najkorzystniejszej oferty, zawarte w protestach wniesionych przez TETA S.A. oraz Galaxy Jacek Michalski, które stały się także zarzutami odwołującego po skutecznym przystąpieniu do postępowań protestacyjnych. Odwołujący wskazał, iż stosownie do art. 191 ust. 3 Pzp. orzeczenie Izby winno dotyczyć wszystkich zarzutów odwołującego dotyczących firmy WASKO S.A. - tak wniesionych w proteście odwołującego, jak też zawartych w protestach wniesionych przez firmy TETA S.A. oraz Galaxy Jacek Michalski.

Odwołujący wskazał, że treść oferty WASKO S.A. nie odpowiada treści siwz z uwagi na:

1. niezaoferowanie aktualnej (na moment składania ofert) wersji systemu operacyjnego Oracle Enterprise Linux. Oferta zawiera wersję 5.3, która straciła swoją aktualność wobec wprowadzenia - udostępnienia przez producenta do stosowania wersji 5.4.
2. brak potwierdzenia zgodności serwera z dostarczonymi systemami operacyjnymi w formie wydruku z internetowej strony producenta dostarczanego systemu operacyjnego. Wykonawca nie załączając do oferty wydruku ze strony internetowej producenta złożył jedynie wyjaśnienie, iż producent dostarczanego systemu operacyjnego nie dysponuje na własnej stronie internetowej danymi mogącymi potwierdzić zgodność zaoferowanego serwera z produkowanym przez niego systemem operacyjnym.
3. brak zaoferowania dostępu do systemu wsparcia technicznego producenta oprogramowania, będącego przedmiotem umowy, dla 33 serwerów 4 - procesorowych. Objęte ofertą WASKO S.A. wsparcie na poziomie Enterprise Linux Premier Limited - nie może obejmować tych serwerów, albowiem obejmuje ono wyłącznie systemy o maksymalnej liczbie procesorów - 2. Dla serwerów 4 - procesorowych (objętych ofertą) niezbędne było zaoferowanie wsparcia na poziomie Enterprise Linux Premier Suport, którego to wsparcia nie obejmuje oferta firmy WASKO S.A.
4. brak w ofercie wskazania konfiguracji zaoferowanych urządzeń UPS, poprzez przedstawienie w ofercie alternatywnej propozycji systemu MS Windows 2008 Serwer lub MS Windows 2003 serwer, z którym miałyby być zgodne zaoferowane urządzenia UPS. Występuje tu niezgodność treści oferty z treścią siwz - rozdział IV ust. 3 d w zakresie braku w ofercie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, jakim są urządzenia UPS, a także z postanowieniami Załącznika nr 1 do wzoru umowy, w którym winny zostać określone jednoznaczne parametry i cechy przedmiotu umowy. Wobec alternatywnej oferty brak jest możliwości wypełnienia także postanowień § 1 ust. 1 pkt 6 Wzoru umowy.
5. braku w ofercie oświadczenia wykonawcy potwierdzającego spełnienie warunku dotyczącego dokonywania rozliczeń „bez zaliczek”, jak też po spełnieniu szczegółowo określonych wymagań – tj. oświadczenia wykonawcy dotyczącego „prawidłowo wystawionej faktury na podstawie Protokołu Odbioru Końcowego potwierdzającego odbiór przedmiotu Umowy podpisanego przez Strony bez zastrzeżeń”.

Wykonawca WASKO S.A. winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i/lub pkt 3 Pzp z uwagi na:

1. zaoferowanie nieaktualnej na moment składania ofert wersji systemu operacyjnego, jak również stwierdzenie objęcia wsparciem technicznym - w ramach Enterprise Linux Premier

Limited - systemów 4 – procesorowych. Zdaniem odwołującego może to stanowić przesłankę do stwierdzenia że wykonawca podał nieprawdziwe dane istotne dla prowadzonego postępowania.

2. nie złożenie przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, do których bezsprzecznie należy zaliczyć wadliwe oświadczenie złożone w pozycji „warunki płatności” formularza ofertowego, natomiast w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia - wydruku ze strony internetowej producenta zaoferowanego systemu operacyjnego.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego odwołujący wskazał, że:

1. Zamawiający przyjął w sposób nieuprawniony i całkowicie błędny, iż o aktualności systemu decyduje jego dostępność w sprzedaży. Takie stanowisko oznaczałoby, że warunek aktualności spełniałby także system Oracle w wersji 4.4, który jest nadal dostępny i objęty wsparciem technicznym producenta. Błędne jest również przyjęcie, iż wersja systemu jest oznaczona cyfrą „5” natomiast kolejne cyfry „3” i „4” oznaczają kolejny numer dystrybucji. Podkreślił, że właściwe - pełne brzmienia nazwy systemów operacyjnych Oracle Enterprise Linux (np. Enterprise Linux 5 Update 4) zawierają w swej treści słowo „Update” (zaktualizowany, bez zaległości), co jednoznacznie wskazuje na „uaktualnienie” - zaktualizowany, bez zaległości.
2. Zamawiający zbagatelizował informacje zawarte na stronie RedHat, informujące, iż w związku z dokonywaniem przez firmę Oracle we własnym zakresie poprawek w kodzie systemu operacyjnego, firma RedHat nie gwarantuje kompatybilności sprzętu z systemem Oracle Enterprise Linux i w żadnym wypadku listy referencyjne RedHat nie odnoszą się do oferowanego przez firmę WASKO S.A. systemu operacyjnego. Ponadto, dostarczony wydruk został sporządzony po dacie składania ofert, a zatem nie spełnia wymogu określonego w art. 26 ust. 3 Pzp, co oznacza, iż dokument ten nie może stanowić załącznika do oferty.
3. Odwołujący nie zgodził się z argumentacją zamawiającego w zakresie oferowania przez WASKO S.A. wsparcia technicznego. Zdaniem odwołującego, przedstawione przez WASKO S.A. w piśmie z dnia 30 listopada 2009 r. potwierdzenie zapewnienia usług wsparcia technicznego producenta oprogramowania dla wszystkich oferowanych licencji (w liczbie 441) jest niezgodne ze stanem faktycznym. Odwołujący wskazał, iż niedopuszczalne jest, w świetle postanowień przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty w wyniku uzyskiwanych wyjaśnień w toku postępowania.
4. Odwołujący podkreślił, że w zakresie alternatywności systemów MS Windows dla objętych ofertą urządzeń UPS – wykonawca WASKO S.A. nie wskazał, z którym

systemem będą zgodne dostarczone UPS, a to oznacza, iż zamawiający nie może w sposób jednoznaczny, wyłącznie na podstawie treści oferty, sporządzić Załącznika nr 1 do umowy. Przyjmując interpretację zamawiającego możliwa byłaby realizacja dostawy UPS w dwóch, różniących się opcjach tj. z systemem MS Windows 2008 Serwer, jak też systemem MS Windows 2003 serwer, co byłoby niezgodne z postanowieniami rozdziału I pkt. 6 c siwz, wskazującego na konieczność jednolitej konfiguracji dostarczanych urządzeń.

5. W zakresie złożonego w formularzu ofertowym oświadczenia, dotyczącego warunków płatności, odwołujący wskazał na niespójność i wewnętrzną sprzeczność treści oferty WASKO S.A. Podkreślił, że zgodność treści oferty z treścią siwz nie może być zapewniona przez sam fakt złożenia oświadczenia o zaakceptowaniu postanowień siwz i/lub wzoru umowy. Powyższe stanowisko znajduje oparcie m.in. w wyrokach SO w Warszawie z 28 października 2005 r. sygn. akt V Ca 398/05 oraz z 22 lipca 2005 r. sygn. akt V Ca 592/05, jak też SO w Gorzowie Wlkp. z dnia 28 września 2005 r. sygn. akt II Ca 29/05.

**C.** Wykonawca TETA S.A. wniósł odwołanie od oddalenia protestu. Zarzucił w odwołaniu naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO S.A., art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Biuro Informatyczno Wdrożeniowe Koncept sp. z o. o., art. 26 ust 3 Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przez Galaxy Jacek Michalski dokumentu potwierdzającego zgodność oferowanego serwera z dostarczonym systemem operacyjnym, zaniechanie odrzucenia oferty Galaxy w następstwie nieskutecznego uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw, zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wola Info na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, dokonanie wyboru oferty WASKO S.A., zaniechanie wyboru oferty TETA S.A. jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł o unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenie ofert złożonych przez: WASKO S.A., B.I.W. Koncept sp. z o.o., wezwanie Galaxy Jacek Michalski do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego zgodność oferowanego serwera z dostarczonym systemem operacyjnym, wykluczenie z postępowania Galaxy Jacek Michalski ze względu na nie złożenie dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, odrzucenie oferty Galaxy Jacek Michalski, dokonanie wyboru oferty TETA S.A. jako najkorzystniejszej. Odwołujący powtórzył w odwołaniu w całości argumentację przedstawioną w proteście.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy: WASKO S.A. - do postępowania odwoławczego w sprawie KIO/UZP 67/10, KIO/UZP 70/10, KIO/UZP 71/10 po

stronie zamawiającego, Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski - w sprawie KIO/UZP 71/10 po stronie zamawiającego, Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. - w sprawie KIO/UZP 67/10, KIO/UZP 71/10 po stronie odwołującego, Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski - w sprawie KIO/UZP 70/10 po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący się legitymują się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes prawny odwołujących, jako materialno - prawna przesłanka korzystania ze środków ochrony prawnej, podlega badaniu w toku rozprawy. Każdy z odwołujących podniósł zarzuty wobec ofert poprzedzających, w rankingu ofert, ofertę danego odwołującego. Zatem, uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu dawałaby możliwość, odpowiednio każdemu z odwołujących się, uzyskania przedmiotowego zamówienia. Izba uznała, że odwołujący Galaxy Jacek Michalski nie posiada interesu prawnego w podnoszeniu zarzutów wobec oferty złożonej przez Konsorcjum Wola Info, tj. oferty, która została sklasyfikowana w dalszej pozycji - za odwołującym Galaxy Jacek Michalski. Podniesione w tym przypadku zarzuty oraz sposób ich rozstrzygnięcia nie mają wpływu na interes prawny odwołującego Galaxy Jacek Michalski w uzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty WASKO S.A., z tego powodu, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez WASKO S.A. ze względu na zaoferowanie wersji systemu operacyjnego, niezgodnie z wymaganiem zawartym w Załączniku C do siwz – w pkt 1, wiersz lp. 21 tabeli - *Specyfikacja serwerów wraz z wyposażeniem - szt. 390*. Zamawiający

w ww. postanowieniu postawił następujące wymagania „Zainstalowany system operacyjny Oracle Enterprise Linux (w wersji aktualnej na moment składania ofert) z najnowszym zestawem poprawek i z trzy letnim wsparciem producenta Premier Support lub równoważny [...]”. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że wykonawcy nie zadawali pytań do treści specyfikacji odnośnie sposobu interpretacji powyższego postanowienia, w szczególności w zakresie: co należy rozumieć jako „wersja aktualna”.

Wykonawca WASKO S.A. zaoferował w tej pozycji Formularza Ofertowego „Zainstalowany system operacyjny Oracle Enterprise Linux ( w wersji 5.3) z najnowszym zestawem poprawek i z trzy letnim wsparciem producenta Enterprise Linux Premier Limited”. System operacyjny Oracle Enterprise Linux w wersji 5.3 nie stanowi wersji najnowszej oprogramowania na moment składania ofert (8 października 2009 r.), gdyż w dniu 9 września 2009 r. ukazała się kolejna - nowsza wersja 5.4. Jednocześnie zaoferowany system może być uznany za aktualny na moment składania ofert. Po pierwsze znajduje się w sprzedaży, są opracowywane przez producenta nowe poprawki do wersji oprogramowania 5.3 - są one dostępne na stronie internetowej producenta i mogą być wgrane, choć nie gwarantują osiągnięcia wszystkich funkcjonalności, którą posiada produkt 5.4. Aktualność wersji 5.3, zaoferowanego przez WASKO S.A. oprogramowania na moment składania ofert i nadal, została potwierdzona przez producenta oprogramowania tj. firmę Oracle w treści pisma z dnia 29 grudnia 2009 r. złożonego do akt sprawy przez przystępującego WASKO S.A. Zamawiający wyjaśnił, że wersja 5 oprogramowania z kolejnymi poprawkami do wersji, np. 3 lub 4 spełnia wymagania (w zakresie funkcjonalności) określone w specyfikacji, dlatego możliwe było zaoferowanie w postępowaniu oprogramowania wersji 5 z dowolnym najnowszym pakietem poprawek do tej wersji. Za wiarygodne i uzasadnione w postępowaniu należy uznać wyjaśnienie zamawiającego, iż zamawiający nie wymagał zaoferowania najnowszej dostępnej wersji systemu, a jedynie wersji aktualnej oraz, że celowo użył w treści specyfikacji zwrotu „wersja aktualna”, a nie „najnowsza”, aby nie komplikować wykonawcom możliwości złożenia oferty w sytuacji, gdy przed terminem składania ofert producent wprowadzi nowszą wersję. Możliwe byłoby bowiem wprowadzenie przez producenta danego oprogramowania najnowszej wersji oprogramowania na kilka dni przed terminem składania ofert, co czyniłoby nierealnym opracowanie i złożenie oferty w tak krótkim czasie. Biorąc pod uwagę ustalone okoliczności Izba uznała, że skoro zamawiający nie określił w specyfikacji wymaganej wersji oprogramowania jednoznacznie jako „najnowsza”, to nie może żądać spełnienia przez wykonawców takiego wymagania. W świetle treści specyfikacji należy uznać, że produkt zaoferowany przez WASKO S.A. spełnia wymagania zawarte w Załączniku C do specyfikacji, wiersz 21 tabeli.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący zaoferowania przez WASKO S.A. wsparcia Premier Limited, które nie obejmuje 33 i 18 dodatkowych licencji systemu zainstalowanego na serwerach 4-procesorowych.

W Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik C) wiersz 21 tabeli zamawiający wymagał zapewnienia wsparcia producenta dla zainstalowanych systemów operacyjnych dla 390 serwerów dwuprocesorowych o określonych parametrach, zgodnie ze specyfikacją zawartą w tabeli w konfiguracji A, B i C, na poziomie „Premier Support” lub równoważnym. Zamawiający opisał w dalszej treści ww. pozycji warunki równoważności oferowanego wsparcia. Opis wymaganych parametrów technicznych zawarty w Załączniku C odnosi się w równym stopniu także do licencji, o których mowa w pkt 3 i 4, co wynika z treści zawartych w tych punktach postanowień. Zatem, w równym stopniu odnosi się do tych licencji wymóg, dotyczący wymaganego zakresu wsparcia technicznego.

W rozdziale IV Sposób przygotowania oferty w pkt 2 siwz zamawiający wskazał, że do przygotowania oferty zaleca się wykorzystanie Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi Załącznik A do siwz i zamieszczenie formularza po uzupełnieniu wykropkowanych pól na początku oferty lub zawarcie wymaganych w formularzu informacji na początku oferty. W pkt 3 zamawiający wskazał elementy, które musi zawierać oferta. W pkt d wskazany został „szczegółowy opis przedmiotu oferty zawierający dane z Formularza Ofertowego (Zamawiający zaleca wykorzystanie Formularza ofertowego).”

Wykonawca WASKO S.A. w złożonym Opisie przedmiotu oferty – w pkt 1 w tabeli *Oferowane komponenty serwerów w konfiguracjach* w wierszu 21 *System operacyjny* określił rodzaj oferowanego wsparcia producenta systemu operacyjnego Oracle Enterprise Linux jako Enterprise Linux Premier Limited. Oferowany rodzaj wsparcia odnosi się do systemów operacyjnych zainstalowanych na 390 dostarczanych serwerach wraz z nośnikami, 390 (licencjami lub sublicencjami), o parametrach, cechach, wyposażeniu i konfiguracjach określonych jako A, B i C. Okoliczność, że oferowane wsparcie techniczne producenta potwierdza spełnianie wymagań dla systemu operacyjnego dla 390 serwerów dwuprocesorowych nie była sporna pomiędzy stronami. Niesporne było także, że wsparcie Premier Limited nie obejmuje serwerów cztero-procesorowych.

Istotą zarzutu jest podważenie spełnienia wymogu w zakresie wymaganego wsparcia w odniesieniu do systemu operacyjnego dla serwerów cztero-procesorowych - 33 i 18 dodatkowych licencji, o których mowa w pkt 3 i 4 Załącznika C. Izba ustaliła, że zamawiający nie wymagał określenia w Formularzu Ofertowym nazwy rodzaju oferowanego wsparcia dla systemu operacyjnego serwerów cztero-procesorowych tj. dla 33 i 18 licencji, o których mowa w pkt 3 i 4 Załącznika C. Wymagane przez zamawiającego oświadczenie wykonawcy zawarte w pkt 3 i 4 Formularza Ofertowego zawiera jednoznaczne odniesienie do Załącznika C i określonych w nim parametrów technicznych, w tym wymagań w zakresie wsparcia.



Potwierdzenie zatem, zgodnie z wzorem wymaganego formularza, że przedmiotem oferty jest udzielenie dodatkowych 33 i 18 licencji oprogramowania określone w Załączniku C, stanowi potwierdzenie zapewnienia wymaganego poziomu wsparcia producenta tj. „Premier Support lub równoważny”, określonego w wierszu 21 tabeli (Załącznik C do siwz).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że oferta WASKO S.A. potwierdza zaoferowanie wymaganego wsparcia dla dodatkowych licencji, zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku C do siwz, co wykonawca potwierdził dodatkowo w odpowiedzi na wezwanie przez zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 30 listopada 2009 r.). Powyższe wyjaśnienie nie stanowi w omawianym zakresie zmiany treści oferty.

Izba nie podzieliła zarzutu dotyczącego nie złożenia przez WASKO S.A. w ofercie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 22 ust. 1 Pzp. Wykonawca złożył stosowne oświadczenie na stronie 13 oferty. Wykonawca wpisał nazwę, numer sprawy nadany przez zamawiającego - właściwe dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Nie ma wątpliwości, iż złożone oświadczenie dotyczy przedmiotowego postępowania. Użycie w treści oświadczenia sformułowania „w trybie dialogu konkurencyjnego” nie ma wpływu na ważność i skuteczność złożonego oświadczenia.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący braku przedstawienia w ofercie WASKO S.A. dokumentu potwierdzającego zgodność oferowanego serwera z oferowanym systemem operacyjnym.

Zamawiający wymagał w rozdziale IV pkt 3 lit e specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożenia przez wykonawcę w ofercie potwierdzenia zgodności oferowanego serwera z systemem, wraz z którym serwer jest oferowany, w formie wydruku ze strony internetowej producenta ww. systemu. Wobec uznania przez zamawiającego, iż wykonawca nie złożył ww. dokumentu w ofercie, zamawiający wezwał WASKO S.A. do uzupełnienia ww. wydruku. Pismem z dnia 23 listopada 2009 r. wykonawca odpowiedział na powyższe wezwanie. Wyjaśnił, iż oferowany serwer HP ProLiant ML370 G6 znajduje się na liście zgodności sprzętowej oferowanego systemu operacyjnego – Oracle Enterprise Linux w wersji 5.3. Wykonawca wskazał, że producent oferowanego systemu operacyjnego nie posiada własnej listy kompatybilności sprzętu i powołuje się na listę Red Hat Hardware Catalog, znajdujący się na stronie internetowej tej firmy. Wydruk ze strony internetowej Red Hat odnoszący się do oferowanego serwera wraz z tłumaczeniem zostały załączone do oferty na str. 52 i 53. Wykonawca przedłożył wydruk ze strony internetowej producenta

oferowanego systemu operacyjnego wraz z tłumaczeniem na język polski oraz wydruk ze strony internetowej Red Hat potwierdzający certyfikację.

Izba uznała, że skoro firma Oracle nie prowadzi własnych list kompatybilności sprzętu i odwołuje się do list zamieszczonych na stronie firmy Red Hat, to dokument ten należy uznać za wiążący dla zamawiającego w świetle postanowień specyfikacji. Wykonawca złożył wydruk potwierdzający zgodność oferowanego serwera z systemem RedHat, udowadniając tym samym zgodność z oferowanym systemem operacyjnym tj. Oracle Enterprise Linux.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut dotyczący złożenia przez WASKO S.A. oferty wariantowej w odniesieniu do wymogu zgodności oferowanego zasilacza UPS w zakresie dedykowanego pakietu oprogramowania do monitorowania i zarządzania z systemem MS Windows 2008 Server lub MS Windows 2003 Server (Załącznik C do siwz, pkt 6 tabeli pozycja: UPS).

Oferta wariantowa, to stosownie do definicji zawartej w art. 2 pkt 7 Pzp taka oferta, która przewiduje zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Oba systemy MS Windows, w odniesieniu do których wymagana była zgodność UPS, zostały przewidziane w specyfikacji przez zamawiającego jako spełniające wymagania. Zaoferowanie zgodności z którymkolwiek z oznaczonych przez zamawiającego systemów wypełnia treść specyfikacji. Wykonawca przedstawił w ofercie UPS Ablerex JS2200 – 2,2kVA zgodny z systemem MS Windows 2008 Server lub MS Windows 2003 Server. Użycie słowa „lub” oznacza, że UPS może być zgodny zarówno z jednym jak i z drugim systemem. Spełnienie powyższych wymagań zostało potwierdzone w treści zaświadczenia złożonego przez przystępującego WASKO S.A. w toku rozprawy, wystawionego w dniu 29 grudnia 2009 r. przez producenta oferowanego UPS – firmę Ablerex Electronics Co., Ltd. W świetle powyższego brak jest podstaw, aby uznać ofertę WASKO S.A. za ofertę wariantową, która oferuje odmienny niż wymagany przez zamawiającego w siwz sposób wykonania zamówienia.

Niezasadny jest także zarzut, iż wykonawca WASKO S.A. w swojej ofercie nie złożył potwierdzenia co do zaakceptowania warunków płatności wymaganych przez zamawiającego w treści specyfikacji. Zamawiający określił warunki płatności w § 4 Wzoru umowy (Załącznik B do siwz). W Formularzu Ofertowym wykonawcy byli zobowiązani podać warunki płatności. WASKO S.A. wypełnił Formularz Ofertowy wpisując w określone pole treść: „przelew bankowy na konto wykonawcy wskazane w fakturze w ciągu 21 dni od dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury.” Powyższe oświadczenie określa warunki płatności zgodne z postanowieniem siwz – wzoru umowy. Wykonawca określił w tym

miejscu podstawowe warunki płatności tj. formę płatności, termin płatności oraz podstawę płatności. Nie sposób przyjąć, że za niezgodność z treścią specyfikacji można uznać brak przepisania do formularza ofertowego treści paragrafu zawartego we Wzorze umowy. Powyższe nie jest konieczne z uwagi na dodatkowe oświadczenie złożone przez wykonawcę zawarte w treści Formularza Ofertowego, iż wykonawca zobowiązuje się do podpisania umowy na warunkach określonych w Załączniku B Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia." (tj. Wzoru umowy), a zatem zobowiązuje się m.in. do realizacji zamówienia zgodnie z warunkami płatności określonymi we wzorze umowy. Zobowiązanie WASKO S.A. w tym zakresie nie budzi jakichkolwiek wątpliwości.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez B.I.W. „Koncept” sp. z o.o. oraz oferty złożonej przez Konsorcjum Wola Info jako nieodpowiadających treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powodu:

- 1) nie wskazania w ofertach, który z poziomów wsparcia producenta zaoferowanego systemu SUSE Linux Enterprise odpowiada poziomowi Premier Support firmy Oracle,
- 2) nie wskazania w ofertach z jakim poziomem wsparcia są oferowane systemy, jak również jaki okres wsparcia został zaoferowany,

Izba nie znalazła podstaw do ich uwzględnienia.

W Załączniku C do siwz w tabeli - wiersz 21 zamawiający określił wymaganie co do poziomu wsparcia technicznego oferowanego systemu operacyjnego. Zamawiający dopuścił wsparcie równoważne do wsparcia „Premier Support” firmy Oracle oraz określił katalog warunków równoważności dla wymaganego poziomu wsparcia producenta oferowanego systemu operacyjnego. W Formularzu Ofertowym zamawiający pozostawił do wypełnienia pola dotyczące: określenia systemu operacyjnego, jego wersji oraz nazwy producenta oferowanego systemu operacyjnego.

Wykonawcy: B.I.W. Koncept sp. z o.o. w ofercie, wiersz 21 tabeli (Formularz Ofertowy, str. 8 oferty) oraz Konsorcjum Wola Info w ofercie pkt 1 wiersz 21 tabeli (Formularz Ofertowy, str. 7 oferty) zamieścili zapis o treści: „Zainstalowany system operacyjny SUSE Linux Enterprise Server (w wersji 11) z najnowszym zestawem poprawek i z trzy letnim wsparciem producenta Novell [...]” przytaczając także warunki równoważności określone przez zamawiającego w siwz. Powyższa treść obu ofert obejmuje informacje w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Określa zarówno okres wsparcia, jak i producenta oprogramowania, którego wsparcie w zakresie wyznaczonym przez zamawiającego wykonawcy zapewniają. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż w świetle treści specyfikacji, wymienione w Załączniku C do siwz oprogramowanie tj. Oracle Enterprise Linux ze wsparciem Premier Support nie jest wyznacznikiem zobowiązującym do traktowania

wszystkich funkcjonalności oraz warunków wsparcia podanych przez producenta - firmę Oracle, jako niezbędnych do spełnienia, ponieważ jasno określono warunki równoważności, które powinny być spełnione przez oferowany przedmiot zamówienia, w tym wypadku w zakresie wsparcia technicznego. Z zapisów specyfikacji w żadnym razie nie wynika obowiązek podania w ofercie nazwy zakresu wsparcia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania wezwania Galaxy Jeczek Michalski do uzupełnienia dokumentów oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty ww. wykonawcy z powodu nie złożenia wykazu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wartości zrealizowanych dostaw, Izba uznała je również za niezasadne. Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego w powyższym zakresie przepisów art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Zamawiający wymagał w specyfikacji w rozdziale IV pkt 3 lit e złożenia w ofercie potwierdzenia zgodności zaoferowanego serwera z dostarczonymi systemami operacyjnymi w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w formie wydruku ze strony internetowej producenta dostarczanego danego systemu operacyjnego. Wykonawca Galaxy Jeczek Michalski zaoferował serwer Dell PowerEdge T710 oraz wskazał w ofercie (str. 5), iż oferuje system operacyjny Linux Redhat Enterprise Server w wersji 5.4. Na stronie 17 oferty wykonawca załączył wydruk ze strony internetowej producenta zaoferowanego oprogramowania – firmy Red Hat, który dotyczy wersji 5.3 oferowanego oprogramowania. Izba uznała, że zarzut, iż wykonawca Galaxy zaoferował system operacyjny Linux Redhat Enterprise Server w wersji 5.4, jednocześnie zamieszczając w ofercie potwierdzenie zgodności oferowanego serwera z systemami operacyjnymi Linux RedHat Enterprise Server jednakże w wersji 5.3, co nie potwierdza zgodności oferowanej wersji 5.4, jest bezpodstawny. Wykonawca przedłożył wymagane dokumenty – wydruk wraz z tłumaczeniem na język polski, które zostało uzupełnione w ramach odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 16 listopada 2009 r. Wykonawca złożył także na rozprawie wydruk ze strony internetowej producenta Red Hat – wyciąg z dokumentu pt. Przewodnik, Polityka i Procedury przy certyfikacji Osprzętu, edycja 1.1. W rozdziale 3.1 ww. dokumentu pt. Polityka programowa – Cykl życiowy certyfikacji stwierdza się, że „certyfikacja osprzętu Red Hat Enterprise Linux jest ważna na wydaną publikację i wszelkie kolejne pomniejsze uaktualnienia. Na przykład Certyfikacja i86 przyznana na Red Hat Enterprise Linux 5.1 dotyczy również 5.2, 5.3 itd. (zwykle bez dodatkowych testów).[...] W momencie, gdy model osprzętu otrzyma certyfikację, dany osprzęt zachowa swoją certyfikację aż do momentu, aż a) wymagana będzie nowa certyfikacja, b) firma Red Hat przestanie popierać daną wersję

Red Hat Linux lub c) sprzedawca przestanie brać udział w Programie dotyczącym Osprzętu.” Wobec nie wykazania przez odwołującego powyższych okoliczności, które mogłyby wskazywać na brak certyfikacji oferowanego serwera z systemem operacyjnym, Izba stwierdziła, że złożony wydruk potwierdza spełnienie wymagania zamawiającego.

Izba nie podzieliła zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Galaxy Jacek Michalski z postępowania z powodu nie złożenia wykazu potwierdzającego wartości dostaw, wymaganych w celu potwierdzenia spełniania warunku doświadczenia określonego w rozdziale III ust. 1 lit b siwz.

Pismem z dnia 16 listopada 2009 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Galaxy do złożenia wymaganych dokumentów, w tym m.in. wymaganego w rozdziale V ust. 7 siwz wykazu wykonanych dostaw potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale III ust. 1 lit b. Zamawiający w specyfikacji wymagał m.in. podania w wykazie wartości zrealizowanych dostaw oraz załączenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw i usług. Wykonawca wraz z pismem z dnia 20 listopada 2009 r. przesłał wykaz dwóch dostaw oraz listy referencyjne odbiorców dostaw (pismo Inter Cars S.A. z dnia 24 kwietnia 2009 r. oraz pismo EIP Sp. z o.o. z dnia 31 sierpnia 2009 r.). W uzupełnionym wykazie nie wskazano wartości dostaw, została ona natomiast podana w treści przedłożonych listów referencyjnych. Bez wątplenia zatem wymagane informacje zostały przedstawione w ofercie. W ocenie Izby, nie można skutecznie postawić zarzutu braku danych informacji w ofercie wówczas, gdy wymagane informacje są w niej zawarte i co tego faktu nie ma sporu. Zarówno informacja zamieszczona w wykazie, jak i zawarta w dokumencie, potwierdzającym należyte wykonanie świadczenia, stanowi oświadczenie wiedzy w wymaganym przez zamawiającego zakresie. W ocenie Izby, powyższe oświadczenia należy uznać za jednakowo ważne z punktu widzenia wymagań zamawiającego. Podkreślić należy, że wykaz, jako dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ma bardzo istotne znaczenie. Zamawiający może żądać przedstawienia w nim wymaganych konkretnych informacji dotyczących doświadczenia wykonawcy. Roli tej w postępowaniu nie pełnią dokumenty potwierdzające należyte wykonanie świadczeń, w szczególności z uwagi na swobodę treści wystawianych referencji i innych dokumentów. Dokumenty powyższe, zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zmianami) są wymagane jedynie w celu potwierdzenia należytości wykonania zrealizowanych zamówień. Zamawiający nie może wymagać złożenia referencji potwierdzających wartość zrealizowanych zamówień lub referencji potwierdzających inne szczegółowe informacje, stosownie do określonych przez zamawiającego warunków udziału

w postępowaniu. Nie można jednak wykluczyć, że niektóre tego rodzaju dokumenty mogą zawierać wymagane informacje. Nie sposób wówczas pominąć tych informacji, uznając, że skoro nie zostały przepisane przez wykonawcę do wykazu, to nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunku. W ocenie Izby, takie informacje potwierdzają spełnianie warunku, pochodzą od podmiotu, który ma najlepszą wiedzę, w tym wypadku o wartości wykonanych dostaw.

Podsumowując, Izba stwierdziła, co następuje:

- A. Nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez odwołującego Galaxy Jacek Michalski (sygn. akt KIO/ UZP 67/10) dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 82 ust 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy WASKO S.A., przez dokonanie wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej, a także przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez B.I.W. Koncept sp. z o.o. oraz oferty Konsorcjum Wola Info.
- B. Za niezasadne Izba uznała zarzuty podniesione przez odwołującego B.I.W. Koncept sp. z o.o. (sygn. akt KIO/ UZP 70/10) dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami art. 91 ust. 1 Pzp.
- C. Za niezasadne należało uznać zarzuty podniesione w odwołaniu przez odwołującego TETA S.A. w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty WASKO S.A., art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty B.I.W. Koncept sp. z o. o., art. 26 ust 3 Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia przez Galaxy Jacek Michalski wymaganych dokumentów, wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Wola Info na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

W powyższym stanie rzeczy, wobec nie potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odniesieniu do oferty złożonej przez WASKO S.A., oferty złożonej przez B.I.W. Koncept sp. z o.o., oferty złożonej przez Galaxy Jacek Michalski oraz oferty złożonej przez Konsorcjum Wola Info, brak jest podstaw do przyjęcia, by rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego zapadło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniach.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

Na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.) w sprawach sygn. akt. KIO/UZP 67/09, KIO/UZP 70/09 i KIO/UZP 71/09 Izba wydała wyrok łączny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....