

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2011 r. przez **Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. w Krakowie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Skarb Państwa - Komendę Główną Policji w Warszawie**

przy udziale **CA Consulting S.A. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. w Krakowie** na rzecz **Skarbu Państwa - Komendy Głównej Policji w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Skarb Państwa – Komenda Główna Policji w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na najem komputerów przenośnych wraz z oprogramowaniem na potrzeby jednostek organizacyjnych Policji.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 03.06.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 108-178592

W dniu 29.07.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o zaproszeniu do aukcji elektronicznej, do której zakwalifikowano między innymi CA Consulting S.A. w Warszawie (zwana dalej „CA”), uznając tym samym, iż oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu.

W dniu 08.08.2011 r. Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „Koncept” Sp. z o.o. w Krakowie wniosła odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty CA pomimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91b ust. 1 Pzp przez:

1. bezzasadne i bezpodstawne uznanie, że treść oferty złożonej przez CA jest zgodna z treścią siwz w części dotyczącej określenia zaoferowanego przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
2. nierówne potraktowanie wykonawców poprzez uznanie sprzętu zaoferowanego przez CA za właściwy i spełniający wymagania zamawiającego zawarte w siwz, przy jednoczesnym odrzuceniu ofert wykonawców, których produkty w tym samym stopniu nie spełniały wymogów siwz - czym naruszono art. 7 ust. 1 i 2 Pzp;

3. zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej CA, której oferta z mocy prawa podlega odrzuceniu, czym naruszono postanowienia art. 91b ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności podniesiono, iż uznanie przez zamawiającego - w odniesieniu do oferty CA Consulting SA - że system operacyjny Windows Vista Basic x86 spełnia warunek zawarty w siwz - [pkt. 3.2.1 ppkt a) załącznika nr 1 do umowy stanowiącej załącznik nr 4 siwz] - wskazuje na brak zachowania zasady równego traktowania wykonawców jak też może być postrzegane jako naruszenie zasady obiektywizmu i bezstronności, o której stanowi art. 7 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z postanowieniami siwz zawartymi w pkt. 3.4.2 załącznika nr 1 do umowy stanowiącej załącznik nr 4 siwz, wykonawca zobowiązany był do załączenia do oferty wskazanego wydruku o posiadanych certyfikatach Microsoft potwierdzających poprawną współpracę oferowanych komputerów z systemem operacyjnym Vista i Windows 7.

CA objęła swą ofertą notebooki firmy Hewlett-Packard oznaczone HP ProBook 6560b o czym świadczy załączony do oferty wydruk ze strony Microsoft WHCL.

Załączony do oferty wydruk dotyczący oferowanych komputerów - HP ProBook 6560b - nie potwierdza certyfikowania tego sprzętu z 64 bitowym systemem operacyjnym Vista a jedynie z systemem Vista Basic x86 (32 bitowym), co stanowi o niespełnieniu warunku zamawiającego - pkt. 3.2.1 ppkt a) załącznika nr 1 do umowy stanowiącej załącznik nr 4 siwz.

Odwołujący wskazał przy tym, iż firma Microsoft certyfikuje poszczególne urządzenia dla następujących systemów operacyjnych:

- Windows 7 - x86 (32-bitowy)
- Windows 7 - x64 (64-bitowy)
- Windows Vista - x86 (32-bitowy)
- Windows Vista - x64 (64-bitowy)
- Windows Vista Basic - x86 (32-bitowy)
- Windows Vista Basic - x64 (64-bitowy)

Producent systemów z rodziny Windows rozróżnia w certyfikacji systemy Vista i Vista Basic, jak też systemy 32- i 64-bitowe. Oznacza to, że posiadanie certyfikatu np. dla systemu Vista Basic nie jest równoznacznie z posiadaniem certyfikatu dla systemu Vista, jak również posiadanie certyfikatu dla systemu 32-bitowego nie jest równoznaczne z posiadaniem certyfikatu dla systemu 64 bitowego.

Zamawiający - zastrzegając w pkt. 3.2.1 ppkt a) załącznika nr 1 do umowy stanowiącej załącznik nr 4 siwz iż cyt.: „System operacyjny nie może być w wersji dla „użytkowników domowych” - nie dopuścił do zaoferowania sprzętu z systemami operacyjnymi Vista Home

Basic (w wersji handlowej także jako Vista Basic) oraz bardziej rozbudowanego - Vista Home Premium. Obie te wersje są bowiem tzw. wersjami domowymi (Home), przeznaczonymi dla indywidualnych użytkowników domowych.

Tym samym, według odwołującego, CA Consulting S.A. zaoferowała sprzęt (HP ProBook 6560b) posiadający status zgodności jedynie z następującymi systemami:

- Windows 7 - x86 (32-bitowy)
- Windows 7 - x64 (64-bitowy)
- Windows Vista Basic - x86 (32-bitowy)

co oznacza, iż notebook ten nie posiada certyfikatu zgodności z systemem Vista w wersji wyższej niż Basic (Home Basic), jak również nie posiada certyfikatu zgodności z jakąkolwiek wersją 64-bitową systemu Vista a więc nie spełnia warunku określonego w siwz.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt IV.1 siwz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 4 do siwz – Istotne postanowienia umowy.

Szczegółowy opis przedmiotu umowy zawarto w załączniku nr 1 do Istotnych postanowień umowy stanowiących zał. nr 4 do siwz, gdzie opisano przedmiot najmu.

W rozdz. 3 ww. załącznika „Szczegółowe wymagania dla przedmiotu najmu”, w pkt 3.2 „System operacyjny i oprogramowanie”, ppkt 3.2.1 wymagano dostawy komputerów z zainstalowanym oprogramowaniem, w tym m.in. z:

- a) 64 bitowym systemem operacyjnym współpracującym z obecnie funkcjonującym w Policji systemem uwierzytelniania, w najnowszej i najwyższej wersji oraz w polskiej wersji językowej. System operacyjny nie może być w wersji dla „użytkowników domowych”.

Następnie po pkt 3.3 „Wymagania dotyczące BIOS dla komputerów”, następował pkt 3.4 „Certyfikaty i standardy – wymagane załączenie do oferty”, gdzie w ppkt 3.4.2 wskazano:

„Oferowane modele komputerów muszą posiadać certyfikat Microsoft, potwierdzający poprawną współpracę oferowanych modeli z systemem operacyjnym VISTA i Windows 7 (Wykonawca musi do oferty załączyć wydruk ze strony Microsoft WHCL)”

Do oferty CA (str. 66) załączono wydruk ze strony Microsoft WHCL gdzie znalazło się potwierdzenie współpracy modelu komputera przenośnego HP ProBook 6560b m.in. z systemami operacyjnymi: Windows 7 – x86, Windows 7 – x64 i Windows Vista Basic x86.

Izba nie uwzględniła i nie oceniła dowodów przedstawionych przez przystępującego, jako zbędnych do rozstrzygnięcia sprawy.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto zgodnie z ust. 2 tego przepisu czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Następnie zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto według przepisu art. 91b ust. 1 Pzp zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż odwołujący nie udowodnił naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i wynikającej zeń zasady równego traktowania wykonawców. Nie podniósł żadnych faktów czy okoliczności świadczących o tym, iż zamawiający odmiennie ocenił oferty różnych wykonawców w stosunku do takiego samego stanu faktycznego, co rzeczywiście mogłoby przesądzać o odmiennym, a więc nierównym traktowaniu wykonawców. Poza ogólnikowym sformułowaniem zarzutu, polegającym na wskazaniu, iż zamawiający odrzucił jedne oferty, a zaniechał odrzucenia innych, przy identycznych wadach w nich zawartych, odwołujący nie opisał konkretnie na jakich okolicznościach faktycznych zarzut jest oparty. Tym samym stwierdzić należało, iż zarzutu tego nie tylko nie udowodnił, albo nawet w postaci nadającej się do rozpatrzenia przez Izbę w ogóle go nie postawił.

Natomiast w przedmiocie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba uznała zarzut ten za niezasadny. Zarzut naruszenia art. 91b ust. 1 jest w tym przypadku wtórny w stosunku do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i tym samym również niezasadny.

Odwołujący błędnie rekonstruuje zakres i znaczenie postanowień siwz w przedmiocie wymagań odnoszących się do certyfikacji oferowanego sprzętu i oprogramowania. Na wstępie należy tu zaznaczyć, iż zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie oferowanego systemu operacyjnego. Zamawiający poprzestał w tym przypadku, co czego miał pewne prawo, na weryfikacji oferty w tym zakresie i na tym etapie, tylko na podstawie ogólnej deklaracji wykonawcy czy samego zobowiązania wynikającego z oferty do dostarczenia oprogramowania zgodnego z siwz, pozostawiając dokładną weryfikację przedmiotu dostawy (najmu) na etapie jego odbioru. Natomiast odwołujący, co sam na rozprawie przyznawał, nie posiadał żadnych informacji jaki system operacyjny CA zaoferowała i zamierza w dostarczanych komputerach zainstalować. Tym samym, wobec braku posiadania nawet pośrednich informacji nt. oferowanego przedmiotu najmu w zakresie oprogramowania, brak również możliwości sensownego podnoszenia jego niezgodności z wymaganiami siwz.

Odwołujący na rozprawie podnosił jednak i podkreślał, iż zarzut niezgodności oferty CA z siwz polega na wskazaniu, iż zaoferowany w ofercie sprzęt (model HP ProBook 6560b wskazany na str. 66 oferty) nie posiada certyfikacji wymaganej w pkt 3.4.2 załącznika nr 1 do Istotnych postanowień umowy w zakresie zgodności z systemami operacyjnymi, które z kolei spełniałyby wymagania z pkt 3.2.1 załącznika nr 1 do Istotnych postanowień umowy.

Izba wskazuje, iż powołane postanowienia siwz nie dają podstaw do wyprowadzenia obowiązku, aby oferowany sprzęt (komputery) posiadał certyfikację zgodności z oprogramowaniem Microsoft (wskazany w pkt 3.4.2) o cechach czy parametrach opisanych w pkt 3.2.1 załącznika nr 1 do Istotnych postanowień umowy. Jasne postanowienia siwz w

tym zakresie nie wymagają pogłębionej interpretacji (*Clara non sunt interpretanda*). Nie ma żadnych powodów aby przekreślić w tym przypadku literalną wykładnię postanowień siwz, której co do zasady należy przyznać prymat przy ich interpretacji i stosowaniu, i która stanowi najpewniejszą gwarancję równego traktowania wykonawców. Tym bardziej, iż literalne znaczenie siwz jest dokładnie zbieżne z wykładnią autentyczną własnego dokumentu, którą na rozprawie przeprowadził zamawiający.

Pkt 3.2.1 lit a) załącznika nr 1 do Istotnych postanowień umowy odnosi się do oprogramowania, które zamawiający chce uzyskać (64-bitowa architektura, wersja „nie dla użytkowników domowych”, *etc.*). Natomiast pkt 3.4.2 literalnie w swojej treści odnosi się do modeli oferowanych komputerów i ich certyfikacji dotyczy. Odnośnie oferowanych komputerów wymagany jest certyfikat zgodności z systemami operacyjnymi VISTA i Windows 7. Zamawiający nie wskazuje przy tym, iż mają to być systemy w jakiejś konkretnej wersji czy architekturze, w szczególności konkretnie, że mają to być systemy oferowane i spełniające warunki, o których mowa w art. 3.2.1 załącznika nr 1 do Istotnych postanowień umowy. Ponadto przez żadne logiczne i interpretacyjne zabiegi, wymaganie certyfikacji zgodności sprzętu z wskazanymi systemami Microsoft nie może zostać odniesione i powiązane z wymaganiami co do oferowanego oprogramowania, a to z racji tego, iż przedmiot dostawy może stanowić system nieprodukowany przez tę firmę (np. Linux). Żądanie certyfikacji komputerów z określonymi systemami Microsoft jest więc niezależne od tego jaki system zostanie zaoferowany (co najlepiej unaocznia podany przykład zaoferowania systemu Linux).

Podkreślić jeszcze raz należy, iż jak wynika literalnego brzmienia postanowień siwz, opisana i wymagana w pkt 3.4.2 zgodność z systemami Windows, konkretnie ich określenie, nie wskazuje, aby zamawiający wymagał certyfikacji zgodności z konkretnymi wersjami czy odmianami tych systemów. Skoro w siwz nie zastrzeżono inaczej, wystarczające w tym zakresie było wykazanie zgodności sprzętu z systemem Vista czy Windows 7 w jakiegokolwiek wersji czy architekturze – tak jak w siwz wymagano.

Oferta CA w pełni wypełnia tak sformułowane wymagania siwz w zakresie certyfikacji sprzętu. Komputer HP ProBook 6560b posiada potwierdzenie zgodności (ze strony internetowej Microsoft WHCL – str. 66 oferty CA) z systemami Windows 7 – x86, Windows 7 – x64 i Windows Vista Basic x86, a skoro systemy te są bezspornie systemami Vista i Windows 7, spełnione zostają wymagania siwz w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: