

Sygn. akt: KIO 2075/14

WYROK
z dnia 30 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 października 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **6 października 2014 r.** wniesionego przez **wykonawcę Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300a, 02-819 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego, ul. Gen. Sylwestra Kaliskiego 2, 00-908 Warszawa,**

przy udziale

wykonawcy MEGATEL Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie, ul. Balicka 75, 30-149 Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300a, 02-819 Warszawa**

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300a, 02-819 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423 i 811) 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 **Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego, ul. gen. Sylwestra Kaliskiego 2, 00-908 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa i uruchomienie modułu obliczeniowego«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **22.07.2014 r.** pod nrem **2014/S 138-247387**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423 i 811) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

25.09.2014 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Megatel sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Balicka 75, 30-149 Kraków.**

Wykonawca **MATIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300, 02-819 Warszawa**, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **06.10.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego, polegającą na:

- 1) zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy Megatel Sp. z o.o. Sp.k. (dalej: wykonawca Megatel) z postępowania oraz uznania oferty wykonawcy Megatel za odrzuconą na podstawie **art. 24 ust. 4 Pzp**;
- 2) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy Megatel na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp**;
- 3) dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty wykonawcy Megatel oraz uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Megatel.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 24 ust. 4 Pzp** przez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Megatel z postępowania oraz uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp** przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Megatel, pomimo tego, że treść tej oferty jest niezgodna z ustawą;

- 3) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Megatel, pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ lub specyfikacja bez bliższego określenia);
- 4) **art. 91 Pzp** przez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Megatel, pomimo tego, że oferta złożona przez wykonawcę Megatel powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie **art. 24 ust. 1 Pzp** lub odrzucona na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp**.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) uznania oferty wykonawcy Megatel za odrzuconą lub odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Megatel;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Ponadto, odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów powołanych w treści uzasadnienia oraz złożonych na rozprawie.

Argumentacja odwołującego

I. Brak wykazania przez wykonawcę Megatel spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

Zgodnie z **rozdz. 4 pkt 4.2 SIWZ** zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej jedną dostawę obejmującą swym zakresem dostawę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto oraz załączył dokument potwierdzający, że dostawa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie.

W ocenie odwołującego wykonawca Megatel nie wykazał, że warunek ten spełnia.

Do swojej oferty wykonawca Megatel załączył:

- 1) referencje od podmiotu Action S.A.;
- 2) referencje od Akademickiego Centrum Komputerowego Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie (dalej AGH);
- 3) referencje od Akademickiego Centrum Materiałów i Nanotechnologii AGH w Krakowie.

Dowód: Referencje od (1) Action S.A., (2) Akademickiego Centrum Komputerowego AGH w Krakowie, (3) Akademickiego Centrum Materiałów i Nanotechnologii GGH w Krakowie.

Wyłącznie referencje od spółki Action S.A. wskazują na wykonanie przez wykonawcę Megatel dostawy o wymaganej przez zamawiającego wartości. Pozostałe referencje nie

potwierdzają zrealizowania przez wykonawcę Megatel dostaw na wymaganą przez zamawiającego kwotę 5 000 000 zł.

Jednak, referencje wystawione przez spółkę Action nie mogą zostać uznane za dowód spełnienia przez wykonawcę Megatel postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a mianowicie należytego wykonania dostawy odpowiadającej przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto. Z treści tego dokumentu wynika jednoznacznie, że dokument został wystawiony przez podmiot nieuprawniony do potwierdzenia należytego wykonania przez wykonawcę Megatel zrealizowanych dostaw. Referencje te pochodzą bowiem nie od podmiotu, na rzecz którego wykonawca Megatel realizował dostawy, a od podmiotu, który tę dostawę zlecił, a więc od pośrednika.

Dowód: Referencje od Action S.A.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji oraz **§ 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231)** wykonawca Megatel był zobowiązany przedstawić zamawiającemu dowód, czy wymagane przez zamawiającego dostawy zostały zrealizowane należycie.

Dowodem na tę okoliczność może być jedynie dokument wystawiony przez bezpośredniego odbiorcę dostaw, gdyż tylko ten podmiot może posiadać wiedzę o ich należytych bądź nienależytych wykonaniu. To bowiem wierzyciel, a nie pośrednik, (w tym przypadku spółka Action), posiada kompetencję faktyczną możliwość, aby oceniać prawidłowość zrealizowanych dostaw. Spółka Action S.A., jako pośrednik i podmiot jedynie „zlecający” wykonawcy Megatel wykonanie tych dostaw, nie mógł mieć natomiast wiedzy o ich należytych wykonaniu przez wykonawcę Megatel. Tym samym, spółka Action nie była podmiotem uprawnionym do wystawienia referencji wykonawcy Megatel.

W związku z tym, referencje wystawione przez spółkę Action nie powinny być uwzględniane przez zamawiającego przy ocenie spełnienia przez wykonawcę Megatel warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Pozostałe referencje przedstawione przez wykonawcę Megatel, choć zostały wystawione przez uprawnione do tego podmioty nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę Megatel postawionego przez zamawiającego kwotowego warunku dotyczącego dostaw (wartość min. 5 mln zł), gdyż wskazują na wykonanie przez wykonawcę Megatel dostaw odpowiednio na kwotę 3,8 mln złotych oraz kwotę 4 mln złotych.

Dowód: Referencje od Akademickiego Centrum Komputerowego AGH w Krakowie, referencje od Akademickiego Centrum Materiałów i Nanotechnologii AGH w Krakowie.

Wykonawca Megatel nie wykazał zatem, że spełnia postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Referencje wystawione przez spółkę Action S.A., ani też referencje wystawione przez AGH nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę Megatel warunku zrealizowania dostawy odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. Postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym wykonawca powinien wykazać, że „wykonał co najmniej jedną dostawę obejmującą swym zakresem dostawę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia” należy odnieść do oferowanego przez wykonawcę konkretnego przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał doświadczenie w realizacji co najmniej jednej dostawy na oferowany sprzęt. Odwołujący podkreśla, że wykonawca Megatel nie może takiego doświadczenia posiadać. Jak wykazano w pkt III poniżej, wykonawca Megatel zaoferował zamawiającemu dostawę sprzętu, który nie wiadomo czy istnieje, dopiero powstaje i znajduje się w fazie wprowadzenia na rynek.

Zgodnie z treścią powszechnie dostępnego dokumentu pn. „Frequently asked questions HP ProLiant Gen9 Servers” na stronie 7 wskazuje się: „HP ProLiant Gen9 Servers are available to order through HP and worldwide channel partners starting September 9, 2014” co oznacza, że zamówienia na HP ProLiant Gen9 Servers można składać począwszy od 9 września 2014 r. W konsekwencji, w terminie składania ofert sprzęt ten w ogóle nie był jeszcze oferowany na rynku. Możliwość złożenia zamówienia na dostawę serwera nie oznacza też, że on fizycznie istnieje. Ponadto, jak wynika z treści wskazanego wyżej dokumentu, którego tłumaczenie zostanie złożone na rozprawie sprzęt, który jest oferowany przez wykonawcę Magatel, tj. XL250a Gen9 CTO Server nie jest upubliczniony i nie należy do Gen9. W treści tego dokumentu podano nazwy i oznaczenia sprzętu, który będzie dopiero wprowadzany na rynek, lecz bez wskazania na sprzęt oferowany przez wykonawcę Megatel, co w ocenie odwołującego dodatkowo stanowi potwierdzenie nieistnienia na rynku oferowanego sprzętu przez wykonawcę Megatel.

Odwołujący stwierdza, że brak jest dokumentacji dotyczącej oferowanego sprzętu i szczegółowych informacji pozwalających zweryfikować parametry sprzętu. Prowadzi to do wniosku, że wykonawca Megatel nie mógł w przeszłości zrealizować dostawy na sprzęt, który wówczas nie istniał. Tym samym, nie może mieć doświadczenia w dostawie oferowanego serwera.

Należy podkreślić, że ani z wykazu ani też z referencji nie wynika, co było faktycznie przedmiotem dostawy realizowanej przez wykonawcę Megatel. Spółka Action, wystawca referencji, poprzestała na powieleniu treści warunku udziału w postępowaniu opisanym

przez zamawiającego. Działanie takie należy uznać za niezgodne z ustawą, gdyż wykonawca składa dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czym innym natomiast są oświadczenia składane na potwierdzenie spełnienia warunków. Dokonując oceny załączonych dokumentów nie sposób nie zauważyć, że są to wyłącznie oświadczenia, które nie pozwalają na weryfikację spełnienia warunków udziału w postępowaniu chociażby pod kątem oceny przez zamawiającego, czy faktycznie dostawa, o której pisze spółka Action obejmowała swym zakresem dostawę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia. Biorąc pod uwagę, że oferowany sprzęt będzie dopiero wprowadzany na rynek, nakazuje to kwestionować treść referencji. Nie jest możliwe wykazanie doświadczenia w dostawie sprzętu, który przed 9 września 2014 r. nie był oferowany na rynku.

To rzeczą wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stawianych przez zamawiającego (**wyrok KIO z 1 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1439/13**). Wykonawca Megatel tego nie uczynił i w konsekwencji wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą na podstawie **art. 24 ust. 4 Pzp**.

II. Niezgodność oferty wykonawcy Megatel ze specyfikacją

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i uruchomienie modułu obliczeniowego. Zgodnie z załącznikiem nr 3A do SIWZ zamawiający wymagał, aby oferta wykonawcy zawierała oznakowanie wszystkich stanowiących przedmiot oferty urządzeń oraz ich komponentów, w taki sposób, aby możliwa była ich identyfikacja (**rozdz. 1 ust. 4 Załącznika nr 3A do specyfikacji**). Zamawiający wymagał również podania listy wszystkich oferowanych produktów, zarówno sprzętowych, jak i oprogramowania zawierającej dane dotyczące nazw produktów, ich numerów katalogowych, nazw producentów oraz ilości (**rozdz. 1 ust. 9 Załącznika nr 3A do specyfikacji**). Nadto, zamawiający wymagał, aby oferowany moduł zawierał oprogramowanie wspierane przez podsystem AIX 7.1.

Oferta złożona przez wykonawcę Megatel nie odpowiada treści specyfikacji, przede wszystkim, dlatego że nie zawiera podstawowych danych odnoszących się do przedmiotu zamówienia, pozwalających na stwierdzenie co zostało zaoferowane i czy przedmiot oferty spełnia wymagania specyfikacji. Nadto, oferta ta nie zawiera wymaganych przez zamawiającego informacji na temat oferowanego sprzętu.

Wykonawca Megatel nie dołączył do oferty dokumentów określających parametry konfiguracji oferowanego sprzętu i oprogramowania, a pomimo wezwania zamawiającego, (zdaniem odwołującego niedopuszczalnego, gdyż prowadzącego do uzupełnienia oferty), wykonawca Megatel odmówił przedstawienia tej dokumentacji zamawiającemu.

Dowód: Oferta wykonawcy Megatel. Wezwanie do wyjaśnień treści złożonej oferty z 17.09.2014 r. Odpowiedź wykonawcy Megatel na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień z 19.09.2014 r.

Na podstawie oferty wykonawcy Megatel nie sposób więc z całą pewnością samodzielnie ustalić, jakiego rodzaju sprzęt i w jakiej konfiguracji został zaoferowany zamawiającemu.

W przypadku, w którym przedmiotem oferty jest konfiguracja sprzętu oraz oprogramowania, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, wykonawca powinien w ofercie opisać parametry konfiguracji sprzętu i oprogramowaniem, gdyż tylko w ten sposób możliwe jest określenie i zidentyfikowanie przedmiotu oferty, jakim jest konfiguracja sprzętowo-programowa. Przedmiotem oferty w takim przypadku nie jest bowiem osobno sprzęt oraz oprogramowanie, lecz ich konfiguracja. W tym stanie faktycznym, parametry konfiguracji sprzętu i oprogramowania odnoszą się więc bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, a więc stanowią przedmiotowo istotny element oferty. Tych danych natomiast brak jest w ofercie wykonawcy Megatel.

W tym stanie rzeczy, kiedy w ofercie wykonawcy Megatel nie zostały podane dane dotyczące parametrów konfiguracji sprzętu oraz oprogramowania, zamawiający został pozbawiony możliwości oceny oferowanego przedmiotu, zaś sam przedmiot oferty nie został określony. Wykonawca Megatel zaniedbał zatem podania w ofercie wszystkich wystarczających informacji, co powoduje, że możliwe jest tylko odgadywanie, co ten wykonawca zaoferował.

Oferta niezawierająca tego rodzaju informacji podlega natomiast odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**. Brak wskazania i skonkretyzowania przedmiotu oferty na etapie składania oferty należy bowiem uznać za niezgodność ze specyfikacją polegającą na niewłaściwym, tj. niezgodnym z wymaganiami specyfikacji, opisanu przedmiotu oferty (**wyrok KIO z 29 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1291/11**). Jednocześnie, nie jest dopuszczalne i możliwe uzupełnienie treści oferty w trybie wyjaśnień na podstawie **art 87 ust. 1 Pzp (wyrok KIO z dnia 27 października 2011 r., sygn. akt KIO 2226/11)**.

Na podstawie danych zawartych w ofercie wykonawcy Megatel wynika, że oferowany przez wykonawcę Megatel sprzęt nie spełnia postawionych przez zamawiającego wymogów. Po pierwsze, sprzęt ten – jak wykazano w pkt III poniżej dopiero powstaje, przed 9 września 2014 r. nie był oferowany, a więc budzi wątpliwości czy spełnia wymogi techniczne i funkcjonalne określone przez zamawiającego. Co więcej, oferowany sprzęt nie zawiera oprogramowania wspieranego przez podsystem AIX 7.1, czego wymaga zamawiający (**pkt IV załącznika nr 3A do specyfikacji**). Oferowany przez wykonawcę

Megatel sprzęt i oprogramowanie nie znajduje się bowiem na liście urządzeń i programów wspieranych przez podsystem AIX 7.1, co wynika z informacji zawartej na stronie internetowej IBM – producenta tego oprogramowania.

Dowód: Lista programów wspieranych przez podsystem AIX 7.1 zamieszczona na stronie internetowej:

http://www01.ibm.com/support/knowledgecenter/ssw_aix_61/com.ibm.aix.performance/file__sys_types.htm?lang=en.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu oferta wykonawcy Megatel, jako sprzeczna ze specyfikacją, powinna zostać odrzucona na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

III. Niezgodność oferty wykonawcy Megatel z ustawą

Oferta wykonawcy Megatel jest sprzeczna z ustawą (**art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp**), gdyż nie stanowi oferty w rozumieniu **art. 66 Kc oraz art. 82 Pzp**.

Ofertą jest bowiem oświadczenie woli zawierające stanowczą propozycję zawarcia umowy o określonej treści. Stanowczość oferty oznacza, że oferent jest gotowy do zrealizowania umowy o określonej treści.

Dokument złożony przez wykonawcę Megatel w postępowaniu nie ma natomiast takiego charakteru. Odwołujący ma bowiem uzasadnione podstawy aby twierdzić, że wskazany przez wykonawcę Megatel w „ofercie” sprzęt nie istnieje lub nie istniał w dniu składania ofert. Oświadczenie woli, które dotyczy zawarcia umowy dostawy nieistniejącego sprzętu, nie może mieć charakteru stanowczego, lecz co najwyżej projektu oferty, jej wstępnej propozycji. Taki zaś dokument nie może być traktowany na gruncie ustawy jako oferta.

Brak istnienia sprzętu oferowanego przez wykonawcę Megatel potwierdza fakt, że zamawiający pomimo wielu prób nie był w stanie zidentyfikować oferowanego sprzętu.

Dowód: Wezwanie zamawiającego do złożenia przez wykonawcę Megatel wyjaśnień treści złożonej oferty z 17.09.2014 r.

Dodatkowe dowody na ww. okoliczność odwołujący przedstawi na rozprawie.

Wybór oferty wykonawcy Megatel powoduje ryzyko zawarcia przez zamawiającego nieważnej umowy, ponieważ jej przedmiotem będzie świadczenie niemożliwe (art. 387 Kc) na dzień składania ofert. Przeczy to istocie prowadzonego przez zamawiającego postępowania, którego celem jest udzielenie przez zamawiającego zamówienia, a więc zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Oferta nieprzedstawiająca stanowczej woli zawarcia umowy z zamawiającym i której przedmiot nie istnieje jest niezgodna z ustawą i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp**.

Tym samym, oferta wykonawcy Megatel powinna zostać odrzucona na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.**

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **06.10.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **07.10.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

08.10.2014 r. wykonawca **Megatel sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Balicka 75, 30-149 Kraków** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) przetłumaczony tekst dokumentu HP, który był załączony do odwołania bez tłumaczenia;

dowodów złożonych przez zamawiającego:

- 2) (dowód nr 2) pismo Spółki ACTION SA z siedzibą w Warszawie z 23.09.2014 r. w sprawie potwierdzenia autentyczności złożonych referencji przez przystępującego oraz poprawności działania dostarczonego urządzenia;
- 3) (dowód nr 3) oświadczenie HP Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z 27.09.2014 r. w sprawie oferty złożonej przez przystępującego, że oferowany w postępowaniu sprzęt spełnia wymogi specyfikacji zamawiającego;

oraz dowodów złożonych przez przystępującego:

- 4) (dowód nr 4 a i 4b) pismo przystępującego z 17.10.2014 r. wraz z załącznikami (dowód 4a) oświadczenie ACTION z 14.10,2014 r. stwierdzające, że przystępujący Megatel prawidłowo wykonał dostawę klastra objętego referencjami i (dowód 4b) oświadczenie HP z 16.10.2014 r. stwierdzające, że przystępujący Megatel może zaoferować w przetargu sprzęt komputerowy wyspecyfikowany przez zamawiającego;
- 5) (dowód nr 5) tłumaczenie wydruku ze strony IBM załączonego do odwołania, gdzie występuje stwierdzenie, że AIX wspiera typy systemów plikowych, a nie konkretne programy;

- 6) (dowód nr 6) dowód nr 6 wydruk z Internetu – podsumowanie przewagi właściwości systemu RHE Linux 6, który został zaoferowany, z przetłumaczeniem zaznaczonym na żółto, że jest stwierdzone, że Red Hat jest użyty w NFS;
- 7) (dowód nr 7) pełnomocnictwo HP z 26.08.2014 r. dla pana K. G. na wykazanie, że oświadczenia z 27.08 i 16.10.2014 r. składane przez HP są oświadczeniami HP Polska SA z siedzibą w Warszawie

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Zamawiający podniósł, że odwołujący mógł dokonać wglądu do ofert od dnia otwarcia ofert 02.09.2014 r. i zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołujący miał czas do 12.09.2014 r. aby złożyć odwołanie na niewłaściwe treści oferty przystępującego. Jednak zamawiający nie wziął pod uwagę, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Wynika to z przepisu art. 180 ust. 1 Pzp, który brzmi »Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy«. Dlatego wykonawca nie może wnosić odwołania od treści oferty, a dopiero od czynności lub zaniechania zamawiającego np. związanego z kwestionowaną ofertą.

Dlatego skład orzekający Izby uznaje, że odwołanie zostało złożone w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 Pzp, czyli w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, a wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie **art. 11 ust. 8 Pzp. Art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp** brzmi: »Odwołanie wnosi się [...] w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 [Pzp]«.

Skład orzekający Izby podkreśla, że żaden wykonawca nie mógł wcześniej wiedzieć o czynnościach zamawiającego, a dopiero o tych czynnościach wykonawca mógł dowiedzieć się z zawiadomienia, które zostało wystosowane przez zamawiającego 25.09.2014 r. i dlatego od tego momentu mógł zacząć biec termin na złożenie odwołania, zgodnie z przytoczonym wyżej **art. 82 ust. 1 pkt 1 Pzp**.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba opierała się na oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożonej protokolarnie przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

1. W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy naruszenia **art. 24 ust. 4 Pzp** – przez zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego z postępowania oraz uznania oferty przystępującego za odrzuconą, pomimo tego, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z **rozdz. 4 ust. 4.2 SIWZ** zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że cyt. »w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert [...] wykonał co najmniej jedną dostawę obejmującą swym zakresem dostawę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto oraz załączył dokument potwierdzający, że dostawa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie. Podstawowymi dowodami są [...] poświadczenia pochodzące od wystawcy dokumentu określające prawidłowość wykonanych dostaw [...]«.

Odwołujący w odwołaniu w tym względzie wskazał na dwa naruszenia przepisów przez zamawiającego:

- 1) uwzględnienia referencji wystawionych przez podmiot nieuprawniony do potwierdzenia należytego wykonania przez przystępującego zrealizowanych dostaw, bo referencje te zostały sporządzone nie przez podmiot, na którego rzecz przystępujący realizował dostawy, a od podmiotu, który tę dostawę zlecił, a więc od pośrednika;
- 2) w terminie składania ofert oferowany sprzęt nie był jeszcze oferowany na rynku przez wytwórcę HP; w swojej ofercie przystępujący podał nazwy i oznaczenia sprzętu, który to sprzęt będzie dopiero wprowadzany na rynek, co spowodowało, że referencje odnosiły się do innego przedmiotu niż zaoferowany.

Skład orzekający Izby stwierdza, że **§ 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może**

żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) stanowi »W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać, następujących dokumentów [...] wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na których rzecz dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie«. Z przytoczonego przepisu nie wynika aby referencje [*dowody, że roboty budowlane, dostawy czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie*] musiały być wystawione przez cyt. z odwołania »bezpośredniego odbiorcę dostaw, gdyż tylko ten podmiot może posiadać wiedzę o ich należyтым bądź nienależyтым wykonaniu. To bowiem wierzyciel, a nie pośrednik, (w tym przypadku spółka [...]), posiada kompetencję faktyczną możliwość, aby oceniać prawidłowość zrealizowanych dostaw«.

Również cytowany wyżej **rozd. 4 ust. 4.2 specyfikacji** (zgodnie z przepisami) wskazywał na możliwość złożenia referencji pochodzących od wystawcy dokumentu, a nie od jakiegoś konkretnego kręgu podmiotów. Jedynie dokument musi określać prawidłowość wykonanych dostaw.

Dlatego zamawiający nie miał podstaw, aby odmówić uwzględnienia złożonych referencji w ocenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Ponadto odwołujący nie wykazał, że referencyjna dostawa nie została wykonana należycie, a jak sam odwołujący stwierdzał cyt. z protokołu rozprawy »takie duże dostawy byłyby znane powszechnie na rynku«, tak samo byłyby znane na rynku dostawy, które nie zostały wykonane należycie.

Drugim argumentem odwołującego było to, że przystępujący złożył ofertę na sprzęt jeszcze produkowany i w terminie składania ofert sprzęt jeszcze nie istniał, a więc przystępujący nie mógł w przeszłości zrealizować dostawy na sprzęt. Tym samym przystępujący cyt. »nie może mieć doświadczenia w dostawie oferowanego serwera«.

Skład orzekający Izby podkreśla, że zamawiający w **rozd. 4 ust. 4.2 SIWZ** żądał wykazania, że wykonawca cyt. »wykonał co najmniej jedną dostawę obejmującą swym zakresem dostawę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia«, a nie identyczną z przedmiotem zamówienia. Ponadto żądanie przez zamawiającego wykazania wykonania identycznego przedmiotu, jak oferowany byłoby niezgodne z art. 22 ust. 4 Pzp. Przepis art. 22 ust. 4 Pzp brzmi »Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 [m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia], powinien być związany z przedmiotem

zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia«. Ustawodawca dozwala do żądania wykazania wykonania nie takiego samego przedmiotu, ale jedynie wykazania wykonania przedmiotu związanego z przedmiotem zamówienia.

Również zamawiający nie wymagał, aby oferowany przedmiot był produkowany przed upływem terminu składania ofert, a więc nie stało nic na przeszkodzie, aby wykonawcy zaoferowali przedmiot dopiero mający być produkowany w przyszłości. Do sprzętu, który ma być dopiero wyprodukowany nie sposób jest załączyć referencji, które potwierdzałyby, że sprzęt ten był już przedmiotem należycie wykonanej dostawy. Byłby to warunek niemożliwy do wykazania, ale takiego warunku zamawiający nie postawił.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał, iż zamawiający naruszył **art. 24 ust. 4 Pzp** – przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania oraz uznania oferty przystępującego za odrzuconą, dlatego zarzut pierwszy nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp** – przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, pomimo tego, że treść tej oferty jest niezgodna z ustawą i treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z **rozdz. I ust. 4 załącznika nr 3A do SIWZ** zamawiający wymagał, aby oferowane urządzenia były oznakowane przez producentów, cyt. »aby możliwa była identyfikacja zarówno produktu (typ, model) jak i producenta«.

Zamawiający wymagał również w **rozdz. I ust. 9 załącznika nr 3A do specyfikacji**, cyt. »podania listy wszystkich oferowanych produktów (zarówno sprzętowych, jak i oprogramowania) zawierającej dane dotyczące nazw produktów, ich numerów katalogowych, nazw producentów oraz ilości (w sztukach)«.

Nadto, zamawiający wymagał w **rozdz. IV akapit 5 załącznika nr 3A do specyfikacji**, aby oprogramowanie klienckie było w pełni wspierane pod systemem AIX 7.1.

Odwołujący zarzucił, że oferta złożona przez przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji, przede wszystkim, dlatego że nie zawiera podstawowych danych odnoszących się do przedmiotu zamówienia, pozwalających na stwierdzenie co zostało zaoferowane i czy przedmiot oferty spełnia wymagania specyfikacji. Również oferta ta nie zawiera wymaganych przez zamawiającego informacji na temat oferowanego sprzętu. Także oferta nie zapewnia, aby oferowane oprogramowanie klienckie było wspierane przez system AIX 7.1.

Skład orzekający Izby stwierdza, że oferta przystępującego zawierała dokument

„Charakterystyka Zamawianego Modułu Obliczeniowego” obejmujący m.in. oznaczenia urządzeń i komponentów oraz parametry ich konfiguracji, a także „Listę wszystkich oferowanych produktów” wskazującą dane producentów, numery katalogowe, nazwy producentów i ilości. Dokumenty były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego. „Charakterystyka Zamawianego Modułu Obliczeniowego” zawiera szczegółowy opis parametrów konfiguracyjnych oferowanego sprzętu, w szczególności równoległego systemu plików. W dokumencie tym przystępujący w wystarczający sposób scharakteryzował zaoferowany przedmiot zamówienia.

Ponadto na podkreślenie zasługuje, że zamawiający zażądał **04.09.2014 r.** złożenia wyjaśnień i dołączenia kart katalogowych komponentów wymienionych na stronach 79 i 80 oferty. Zamawiający powołał się na przepis **art. 87 ust. 1 Pzp**, który brzmi, cyt. »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«.

Przystępujący wykazał, że spełnienie wszystkich żądań zamawiającego mogłoby być uznane za niedopuszczalne uzupełnienie oferty i dlatego przystępujący poprzestał na złożeniu wyjaśnień bez załączania kart katalogowych. Zamawiający (zgodnie z przepisami) uznał te wyjaśnienia bez dołączania kart katalogowych za zasadne i rozwiewające wątpliwości zamawiającego.

Podobnie stwierdziła KIO w wyroku z 8 sierpnia 2012 roku, sygn. KIO 1598/12 »Wezwanie na podstawie **art. 87 ust. 1 Pzp** nie daje podstaw do oczekiwania, że wraz z wyjaśnieniami wykonawca dostarczy jakiegokolwiek dowody«.

Ponadto zamawiający może żądać od wykonawców złożenia tylko dokumentów, które miały być załączone do oferty, a wymaganie to znalazło się w specyfikacji. W rozpoznawanej specyfikacji brak było wymagania dołączenia do oferty kart katalogowych.

Zamawiający również nie wymagał wykazywania wspierania oferowanego oprogramowania klienckiego pod systemem AIX 7.1. Przystępujący wskazał, że na oprogramowanie klienckie, które oferuje przystępujący składają się współpracujące ze sobą i zintegrowane elementy: nfs-client (Network File System Client), mount.ceph i rbd. Również odwołujący wskazał w załączonej do odwołania liście programów wspieranych pod system AIX (załącznik nr 5 do odwołania bez tłumaczenia i częściowe tłumaczenie złożone przez przystępującego), że Network File System jest wspierany pod systemem AIX.

Zdaniem składu orzekającego Izby odwołujący nie wykazał, że treść oferty przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji i zamawiający naruszył **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp** – przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Ponadto odwołujący po zamknięciu rozprawy wniósł do Izby dowód, jednak zgodnie z **art. 190 ust. 1 zdanie drugie Pzp** dowód ten nie mógł być brany pod uwagę przez skład orzekający Izby podczas wydawania wyroku. **Art. 190 ust. 1 zdanie drugie Pzp** brzmi »Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy«.

Z powyższych względów skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu trzeciego odwołującego – naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, pomimo zarzutu, że oferta jest niezgodna z ustawą i treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji.

Ponadto odwołujący zarzucił, że oferta przystępującego nie stanowi oferty w rozumieniu art. 66 Kc i 82 Pzp, gdyż dotyczy sprzętu, który znalazł się w dystrybucji po terminie składania ofert, co rodzi ryzyko nieważności umowy na realizację zamówienia jako umowy o świadczenie niemożliwe (art. 387 Kc).

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że oferta ma dotyczyć przedmiotu już istniejącego ani że oferta ma dotyczyć przedmiotu już produkowanego. Dlatego argument nieistnienia przedmiotu oferty ani braku rozpoczęcia produkcji oferowanego przedmiotu nie może być przyczyną niezgodności oferty z przywołanymi przepisami. Podobne rozumienie przepisów do zaprezentowanego przez odwołującego spowodowałoby nieważność lwiej części umów na roboty budowlane czy usługi, a również na dostawy, których znacząca grupa dotyczy rzeczy jeszcze niewytworzonych przed upływem terminu składania ofert.

Przystępujący wskazał, że jest szczególnym partnerem wytwórcy sprzętu i oprogramowania (Gold Partner wytwórcy HP) i dlatego może nabywać u producenta sprzęt i oprogramowanie, które nie są w ogóle oferowane na rynku lub które znajdują się na rynku dopiero po pewnym czasie. Ponadto odwołujący nie wykazał, że brak danego oprogramowania lub sprzętu w ofercie producenta nie oznacza, iż żaden wykonawca (a zwłaszcza przystępujący) nie może nabyć u wytwórcy szczególnego rodzaju oprogramowania czy sprzętu wytworzonego na specjalne zamówienie.

Również znaczenie ma art. 152 § 2 Kc przewidujący, że do przeniesienia własności rzeczy przyszłych potrzebne jest przeniesienie posiadania rzeczy, a w rozpoznawanym postępowaniu takie rozwiązanie ma mieć miejsce. W związku z powyższym należy stwierdzić, że możliwe jest oferowanie rzeczy przyszłych i ze względu na brak innych postanowień specyfikacji wykonawcy mogli składać oferty na rzeczy przyszłe, a

zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia takiej oferty, jak w rozpatrywanym postępowaniu. Dodatkowo sam odwołujący stwierdził, że oferowany przedmiot znalazł się w ofercie producenta, chociaż po upływie terminu składania ofert, a więc nawet nie istnieje niebezpieczeństwo nieważności umowy, czyli również nie może zaistnieć sytuacja określona w art. 387 § 1 Kc – nieważność umowy ze względu na niemożliwe świadczenie.

Również odwołujący wysunął na rozprawie inne zarzuty jednak nie mogły one być brane pod uwagę przez skład orzekający Izby, gdyż zarzuty te zostały sformułowane po upływie terminu do wniesienia odwołania, o którym mowa w **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp** – bez względu na uzasadnienia odwołującego i stanowisko oraz argumentację zamawiającego i przystępującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 91 Pzp** przez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego, pomimo tego, że oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie **art. 24 ust. 4 Pzp** lub odrzucona na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Z wyżej przytoczonych argumentów wynika, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia przystępującego ani do odrzucenia jego oferty. W związku z tym zamawiający nie naruszył żadnego przepisu, a szczególnie **art. 91 ust. 1 Pzp** wybierając jako ofertę najkorzystniejszą ofertę przystępującego, gdyż oferta przystępującego opiewa na cenę niższą niż cena oferty odwołującego, a cena była jedynym kryterium oceny ofert. **Art. 91 ust. 1 Pzp** brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 91 Pzp** przez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....