

**Sygn. akt: KIO 1104/17**

**WYROK**  
**z dnia 23 czerwca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Marek Koleśnikow**

**Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2017 r. przez wykonawcę Asseco Data Systems S.A., ul. Żwirki I Wigury 15, 81-387 Gdynia, Biuro w Krakowie ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Bolesławiec, ul. Rynek 41, 59-700 Bolesławiec

przy udziale wykonawcy: Veganet Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1104/17 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Asseco Data Systems S.A., ul. Żwirki I Wigury 15, 81-387 Gdynia, Biuro w Krakowie ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Asseco Data Systems S.A., ul. Żwirki I Wigury 15, 81-387 Gdynia, Biuro w Krakowie ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego: Asseco Data Systems S.A., ul. Żwirki I Wigury 15, 81-387 Gdynia, Biuro w Krakowie ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków na rzecz

Przystępującego: Veganet Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze.

**Przewodniczący:.....**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Miejska Bolesławiec, ul. Rynek 41, 59-700 Bolesławiec wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i instalacja sprzętu komputerowego, serwerów, notebooków, urządzeń sieci komputerowej, drukarek, tabletów oraz oprogramowania w ramach realizacji projektu: „Budowa Systemu Informacji Przestrzennej oraz rozwój e-usług publicznych i elektronicznych usług administracyjnych w północno-zachodniej części województwa dolnośląskiego”, (nr sprawy: ZI-II.271.7.2017.RR) w części nr 4 zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 marca 2017 r. pod numerem ogłoszenia 105707-2017-PL.

Zamawiający w dniu 22 maja 2017r. na swojej stronie internetowej opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego między innymi w części 4.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: Asseco Data Systems S.A., ul. Żwirki I Wigury 15, 81-387 Gdynia, Biuro w Krakowie ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków w dniu 1 czerwca 2017r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, że niniejsze odwołanie wnoszone jest wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na niezgodnym z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) Zarzut nr 1: naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Veganet Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej Veganet Sp. z o.o pomimo, że oferta Veganet Sp. z o.o. powinna być odrzucona z uwagi na fakt, że wymieniony wykonawca zaoferował rozwiązanie nie spełniające wymagań wymaganiom Zamawiającego;

2) Zarzut nr 2: naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126),

poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia uzupełnienia załącznika nr 1 do SIWZ „Arkusze cenowy”; a ponadto z ostrożności procesowej:

3) Zarzut nr 3: naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Maxto Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Modlniczce, zwanego dalej Maxto pomimo, że oferta Maxto powinna być odrzucona z uwagi na fakt, że wymieniony wykonawca zaoferował rozwiązanie nie spełniające wymagań wymaganiom Zamawiającego

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Veganet Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

2) nakazanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia załącznika nr 1 do SIWZ „Arkusze cenowy”,

3) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert w tym:

a) nakazania odrzucenia oferty wykonawcy Veganet Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

b) nakazania uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. a ponadto z ostrożności procesowej:

4) nakazania odrzucenia oferty wykonawcy Maxto Sp. z o.o. Sp. k.

W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, Odwołujący wnosil o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

**Odwołujący w swoim odwołaniu podniósł zarzut nr 1 - naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Veganet Sp. z o.o. pomimo, że oferta Veganet Sp. z o.o. powinna być odrzucona z uwagi na fakt, że wymieniony wykonawca zaoferował rozwiązanie nie spełniające wymagań wymaganiom Zamawiającego.**

W ocenie Odwołującego - Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę Veganet Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z uwagi na jej niezgodność z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ przedmiotowego postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił, że oferta Veganet Sp. z o.o. jest niezgodna z wymaganiami załącznika nr 1 do SIWZ w następującym zakresie:

1) Część 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 1 Macierz BIG.

Odwołujący zwrócił uwagę, że oferent Veganet Sp. z o.o. zaoferował rozwiązanie OceanStor 2600 V3 firmy Huawei, a Zamawiający w ppkt 8 wymagał dostarczenia macierzy wspierającej obsługę dysków: „8.Macierz musi wspierać dyski: min. 200 GB SSD, 400GB SSD”.

Według Odwołującego zaoferowana macierz nie wspiera obsługi tych wymaganych dysków.

W powyższym zakresie oparł się o wydruk z dokumentacji technicznej firmy Huawei „Huawei OceanStor 2600 V3 Storage System Product Description” ze strony internetowej producenta.

2) Część 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 1 Macierz BIG.

Zauważył, że oferent Veganet Sp. z o.o. zaoferował rozwiązanie OceanStor 2600 V3 firmy Huawei.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w ppkt 10 wymagał dostarczenia macierzy wspierającej obsługę dysków „10. Oferowana macierz musi posiadać min. 4 porty SAS 12Gb/s per kontroler do podłączenia dodatkowych półek dyskowych.”, podczas gdy Zaoferowana macierz posiada maksymalnie 2 porty SAS 12GB/s per kontroler.

3) Część 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 1 Macierz BIG.

Wskazał, że oferent Veganet Sp. z o.o. zaoferował rozwiązanie OceanStor 2600 V3 firmy Huawei, podczas gdy Zamawiający w ppkt 26 wymagał dostarczenia macierzy spełniającej normę środowiskową Energy Star lub równoważną: „26. Oferowana macierz musi posiadać certyfikat Energy Star lub równoważny.”.

Zwrócił uwagę, że zaoferowana macierz nie posiada certyfikatu Energy Star. Oferent nie przedstawił też żadnego certyfikatu równoważnego. Informacja o produktach posiadających certyfikat Energy Star umieszczana jest na stronie organizacji Energy Star.

4) Część 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 10 System wirtualizacji.

Podniósł, że oferent Veganet Sp. z o.o. zaoferował rozwiązanie firmy Vmware;

Vmware vSphere 6 Standard for 1 processor - 8 sztuk oraz Vmware vSphere 6 Essentials Plus Kit for 3 hosts (max 2 processor per hosts) 5 sztuk.

Zauważył, że Zamawiający w 4 wierszu tabeli pkt 10 zawarł wymaganie posiadania przez rozwiązanie graficznej konsoli do zarządzania: „Rozwiązanie powinno posiadać centralną konsolę graficzną do zarządzania maszynami wirtualnymi i do konfigurowania innych funkcjonalności. Centralna konsola graficzna powinna mieć możliwość działania zarówno, jako aplikacja na maszynie fizycznej lub wirtualnej, jak i jako gotowa, wstępnie skonfigurowana maszyna wirtualna tzw. virtual appliance”.

Według Odwołującego oferowane rozwiązanie posiada takie konsole jedynie i wyłącznie w pakietach (bundle) oprogramowania Vmware vSphere 6 Essentials Plus Kit for 3 hosts. „vSphere 6 Essentials Plus Kit for 3 hosts” jest pakietem licencyjnym w którego skład wchodzi 3 licencje wirtualizatora vSphere oraz 1 licencja zarządzająca z konsolą vCenter.

Przy czym ograniczeniem licencji pakietowej jest możliwość zarządzania tylko i wyłącznie wskazanymi 3 serwerami na których można zainstalować wirtualizator vSphere.

Zdaniem Odwołującego - oprogramowanie Vmware vSphere 6 Standard for 1 processor nie posiada takiej funkcjonalności. Jest to tylko licencja na wirtualizator vSphere.

Według Odwołującego do uzyskania takiej funkcjonalności należy zaoferować dodatkowo licencje Vmware vCenter Server, której oferent Veganet Sp. z o.o. nie zaoferował.

W ocenie Odwołującego - zaoferowane rozwiązanie nie spełni podstawowego wymagania Zamawiającego i w części nie będzie możliwe do używania zgodnie z wymaganiami. Co za tym idzie oferta firmy Veganet Sp. z o.o. jest niekompletna i niemożliwe jest zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający zawarł również wymagania dotyczące replikacji, przenoszenia maszyn wirtualnych i mechanizmów wysokiej dostępności:

„Rozwiązanie musi zapewniać mechanizm replikacji wskazanych maszyn wirtualnych w obrębie klastra serwerów fizycznych,

Rozwiązanie musi mieć możliwość przenoszenia maszyn wirtualnych w czasie ich pracy pomiędzy serwerami fizycznymi. Mechanizm powinien umożliwiać 4 lub więcej takich procesów przenoszenia jednocześnie,

Musi zostać zapewniona odpowiednia redundancja i taki mechanizm (wysokiej dostępności HA) , aby w przypadku awarii lub niedostępności serwera fizycznego wybrane przez administratora i uruchomione nim wirtualne maszyny zostały uruchomione na innych serwerach z zainstalowanym oprogramowaniem wirtualizacyjnym”.

Odwołujący wskazał, że do realizacji tych wskazanych funkcjonalności niezbędne jest zaoferowanie Vmware vCenter Serwer którego oferent Veganet Sp. z o.o. nie zaoferował.

Dalej, Odwołujący zaznaczył, że każda paczka licencyjna składa się z sześciu licencji procesorowych vSphere i jednej instancji vCenter Sen/er Essentials.

Zwrócił uwagę, że rozbudowa rozwiązania nie może odbywać się poprzez rozszerzenie pakietu. Możliwa jest jedynie rozbudowa całej paczki licencyjnej do produktu Acceleration Kit. ySphere Essentials i Essentials Plus Kits są rozwiązaniami istniejącymi samodzielnie i nie mogą być rozdzielane, ani działać w połączeniu z innymi wersjami programu vSphere.

Podniósł, że vCenter jest oprogramowaniem (rozwiązaniem) dostarczającym zunifikowane zarządzanie środowiskiem vSphere i jest wymaganym komponentem kompletnego rozwiązania wirtualizacyjnego vSphere. Jedna instancja vCenter Server jest konieczna do centralnego zarządzania maszynami wirtualnymi, serwerami na których są uruchamiane i wykorzystania wszystkich funkcjonalności vSphere.

VCenter Server jest oferowany w poniższych pakietach licencyjnych:

- vCenter Server Essentials-zintegrowane zarządzanie dla vSphere Essentials Kits
- vCenter Server Standard - Wysoce skalowalne rozwiązanie do zarządzanie z szybkim udostępnianiem, monitorowaniem, orkiestracją i kontrolowaniem wszystkich maszyn wirtualnych w środowisku.

5) Część 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 10 System wirtualizacji.

Zauważył, że oferent Veganet Sp. z o.o. zaoferował rozwiązanie firmy Vmware; Vmware vSphere 6 Standard for 1 processor-8 sztuk oraz Vmware vSphere 6 Essentials Plus Kit for 3 hosts (max 2 processor per hosts) 5 sztuk. Zamawiający w części 4 załącznika nr 1 do SIWZ Pkt 10 System wirtualizacji wymagał dostarczenia 14 sztuk identycznych rozwiązań do wirtualizacji.

Zdaniem Odwołującego firma Veganet Sp. z o.o. nie zastosowała się do wymagań oferując mniejszą ilość rozwiązań do wirtualizacji spełniających wszystkie wymagania SIWZ tj. 5 sztuk pakietów (bundle) oprogramowania VMware vSphere 6 Essentials Plus Kit for 3 hosts. Pozostałe licencje vSphere nie spełniają wszystkich wymagań i nie mogą być oferowane samodzielnie jak dowodzone w poprzednim punkcie odwołania.

6) Cześć 4 części 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 5 Zasilacz awaryjny MID typu RACK.

Podniósł, że oferent Veganet Sp. z o.o. zaoferował rozwiązanie firmy Cover model PRM 3k UPS. Zamawiający zawarł wymaganie dotyczące portów komunikacyjnych: „Złącza komunikacyjne : 1xUSB, RJ-45”, a oferowany zasilacz awaryjny nie posiada w standardzie złącza RJ-45. By takie złącze posiadał należy doposażyć go w opcjonalny moduł SNMP. Oferent firma Veganet Sp. z o.o. zaoferował rozwiązanie nie spełniające wymagań SIWZ nie oferując dodatkowej opcjonalnej karty rozszerzeń.

7) Cześć 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 18 Przełącznik FC dla macierzy.

Wskazał, że oferent Veganet Sp. z o.o. zaoferował rozwiązanie firmy Huawei OceanStor SNS2124 (Brocade 300 OEM).

Zwrócił uwagę, że Zamawiający zawarł wymagania: „Mechanizm Trunking iSL: Trunking oparty na ramkach obejmujący do ośmiu portów 8 Gb/s na każde łącze ISL z opcjonalną licencją; do 68 Gb/s na każde łącze iSL (8 portów x 8,5 Gb/s [szybkość linii]) Całkowita przepustowość: min. 408 Gb/s: 24 porty x 8,5 Gb/s (szybkość linii) x 2 (pełny duplex)”. Zauważył przy tym, że wielu producentów sprzętu IT nie jest bezpośrednimi producentami urządzeń tylko rebranduje rozwiązania firmy trzecich. Takim przykładem są rozwiązania switchy FC (Fibre Channel) firmy Brocade. Firma ta specjalizuje się w produkcji switchy w technologii FC. Inne firmy IT w tym m.in. Huawei, Dell, HPE kupują od Brocade te same urządzenia i markują je swoim logo. Urządzenia te mają te same parametry techniczne dla danych modeli.

Wyjaśnił, że oferowany tutaj switch OceanStor SNS2124 jest switchem firmy Brocade, model 300 OEM (Original Equipment Manufacturer - co tłumaczy się dosłownie producent oryginalnego wyposażenia).

Podniósł, że wymagania jakie postawił Zamawiający nie są spełnione przez oferowane urządzenie we wskazanych w wydruku z dokumentacji technicznej firmy Brocade „Brocade 300 Switch” ze strony producenta wartościach. Oparł się również o wydruk z



dokumentacji technicznej firmy Huawei „OceanStor SNS2124/2224/2248 FC Storage Switch” ze strony producenta.

8) Część 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 23 System monitoringu środowiska pracy.

Wyjaśnił, że Oferent Veganet Sp. z o.o. zaoferował rozwiązanie firmy Vultan w zakresie Czujnika analogowego wykrywania wody VT591 Vultan #08294. Zauważył, że Zamawiający zawarł wymaganie dostarczenia kabla detekcyjnego, konkurent nie zaoferował czujnika z kablem detekcyjnym, co nie pozwala osiągnąć zamierzonego celu - nie pozwala chronić pomieszczenia przed zalaniem wodą. Zarzucił, że Oferent firma Veganet Sp. z o.o. nie zaoferował całego wymaganego rozwiązania.

**Zarzut nr 2 dotyczył naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia uzupełnienia załącznika nr 1 do SIWZ „Arkusze cenowy”.**

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w uzasadnieniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego „(..)z uwagi na fakt, że wykonawca nie załączył do treści oferty Arkusza cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, to czego był zobowiązany Czynność Zamawiającego była bezpodstawna bowiem dokument, do którego złożenia był zobowiązany Odwołujący, to jest załącznik nr 1 do SIWZ „Arkusze cenowy”.

W ocenie Odwołującego Arkusze cenowy to dokument formalnie spełniający cechu opisu przedmiotu zamówienia, na co wskazuje treść przedmiotowego dokumentu.

Odwołujący zauważył, że załącznik nr 1 do SIWZ „Arkusze cenowy” składa się łącznie z 8 kolumn: liczba porządkowa, parametry wymagane, parametry oferowane, liczba sztuk, VAT w %, cena jednostkowa netto, wartość netto ogółem, wartość brutto ogółem.

Według Odwołującego - kluczowym jest kolumna nr 3 pn. „parametry oferowane”, w której to Odwołujący jak i każdy z wykonawców zobowiązany był to wpisania parametrów oferowanego sprzętu.

Przyznał, że analiza danych wpisanych w kolumnę nr 3 pozwala na weryfikację, czy oferowany sprzęt jest zgodny z SIWZ (opisem przedmiotu zamówienia), a więc czy spełnia minimalne parametry wskazane przez Zamawiającego w kolumnie nr 2.

W związku z tym, dopiero analiza kolumn nr 2 i 3 wypełnionego przez Odwołującego załącznika nr 1 do SIWZ może pozwolić – zdaniem Odwołującego - na ocenę, czy jego oferta była ważna i prawidłowa, a w innym przypadku czy nie podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. Ponadto, wskazał, że odrzucenie oferty danego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie, gdy niezgodność oferty z SIWZ ma charakter nieusuwalny.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że co do zasady wykonawca może uzupełnić następujące dokumenty (w ogóle niezłożone lub błędnie):

- 1) oświadczenia,
- 2) dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) dokumenty poświadczające brak podstaw do wykluczenia,
- 4) dokumenty przedmiotowe (potwierdzające wymogi zamawiającego względem oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych),
- 5) pełnomocnictwa.

Podniósł, że zgodnie z nowym art. 24aa ustawy Pzp, w postępowaniu prowadzonym w tym trybie zamawiający może w pierwszej kolejności ocenić oferty i dopiero wówczas zbadać sytuację podmiotową, tzn. czy wykonawca - ale tylko ten, który złożył ofertę ocenioną najwyżej - spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Wywodził, że aby móc z tej możliwości skorzystać, Zamawiający musi ją przewidzieć w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu, co nie ulega wątpliwości, że miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Dalej, wskazywał, że zgodnie z nowym art. 24aa ustawy Pzp, w postępowaniu prowadzonym w tym trybie Zamawiający może w pierwszej kolejności ocenić oferty i dopiero wówczas zbadać sytuację podmiotową, tzn. czy wykonawca - ale tylko ten, który złożył ofertę ocenioną najwyżej - spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Kolejną różnicę, w przypadku zastosowania tzw. procedury odwróconej, stanowi – zdaniem Odwołującego - odmienne stosowanie art. 26 ust 3 - w przypadku braku, niekompletności czy błędów dotyczących wstępnego oświadczenia, Zamawiający będzie

wzywał do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia tego oświadczenia nie wszystkich wykonawców, a jedynie tego, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza.

Według Odwołującego - oznacza to, w przeciwieństwie do procedury „zwykłej”, że nawet jeśli któryś z wykonawców wcale nie dołączył do oferty wymaganego oświadczenia, Zamawiający nie będzie wzywał do jego uzupełnienia przed etapem oceny ofert.

W opinii Odwołującego – w niniejszej sprawie Zamawiający nie mógł odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tym bardziej z uwagi na fakt, że żaden z elementów (w sensie treści) załącznika nr 1 do SIWZ nie jest brany pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie ofert - kryterium oceny ofert (Rozdział 21 SIWZ) - w związku z tym, z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że Zamawiający bez załącznika nr 1 do SIWZ w oparciu tylko o główny formularz ofertowy mógł ocenić ofertę Odwołującego.

**Zarzut nr 3 odnosił się do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Maxto pomimo, że oferta Maxto powinna być odrzucona z uwagi na fakt, że wymieniony wykonawca zaoferował rozwiązanie nie spełniające wymagań wymaganiom Zamawiającego.**

Z ostrożności procesowej, z uwagi na zastosowanie przez Zamawiającego tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp), Odwołujący zarzucił również naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Maxto pomimo, że oferta Maxto powinna być odrzucona z uwagi na fakt, że wymieniony wykonawca zaoferował rozwiązanie nie spełniające wymagań wymaganiom Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez Maxto z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że oferta Maxto jest niezgodna z wymaganiami załącznika nr 1 do SIWZ w następującym zakresie:

- 1) Część 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 1 Macierz BIG - ppkt 5,
- 2) Część 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 1 Macierz BIG – ppkt 26,
- 3) Część 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 10 System wirtualizacji,
- 4) Część 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 13 Oprogramowanie - Windows Serwer 2016 Standard,
- 5) Część 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 23 System monitoringu środowiska pracy.

W dniu 5 czerwca 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Veganet sp. z o.o.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego i Przystępującego, odwołania, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 22 maja 2017r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 12 czerwca 2017r. pisma procesowego Przystępującego z dnia 22 czerwca 2017r. wraz z załącznikami, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art.26 ust.3, 89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp oraz § 2 ust.4 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego i Przystępującego z powodu ich niezgodności z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut Odwołującego odnoszący się do zasadności odrzucenia jego oferty z powodu sprzeczności oferty z treścią SIWZ.

Izba ustaliła w powyższym zakresie, że Zamawiający w pkt 14.1 lit. c SIWZ postanowił, że oferta musi zawierać wypełniony Arkusz cenowy, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ.

Nadto Izba stwierdziła, że Odwołujący powyższego Arkusza cenowego w ofercie nie zamieścił.

W związku z powyższym Izba doszła do przekonania, że Odwołujący złożył ofertę sprzeczną z treścią powołanego wyżej pkt 14.1 lit. c SIWZ.

Według zapatrywania Izby powyższy Arkusz cenowy stanowi treść oferty i zawiera elementy przedmiotowo istotne – essentialia negotii, to jest ceny jednostkowe i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z określeniem zaoferowanego asortymentu produktu.

Zdaniem Izby powyższy Arkusz cenowy nie podlega uzupełnieniu w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, a takie uzupełnienie stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści oferty, o której mowa w art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp.

Izba stanęła na stanowisku, że interpretacja Odwołującego przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp nie jest trafna. Powyższy przepis stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W świetle powyższego przepisu, Izba uznała, że Arkusz cenowy jako część oferty nie mieści się w kategorii oświadczenia, o którym mowa w art.25a ust.1 ustawy Pzp stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu lub spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Poza tym, w ocenie Izby - dokument ten nie miał tylko na celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj.

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
  - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
  - 3) brak podstaw wykluczenia,
- lecz stanowił przed wszystkim istotne postanowienia umowne.

Wreszcie, Izba uznała, że Arkusz cenowy nie stanowi innego dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania.

Przyjmując inną wykładnię należałoby przyjąć, że również takie dokumenty przedmiotowo istotne, jak przykładowo formularz cenowy, harmonogram wykonania przedmiotu zamówienia, gwarancja wadialna mogą być uzupełniane w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, co byłoby równoznaczne z możliwością zmiany treści oferty i dopuszczalnością prowadzenia negocjacji.

Wobec tego należało uznać, że Zamawiający nie mógł zastosować przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Z powyższych względów Izba wyraziła pogląd, że Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Idąc dalej, jeżeli zatem, oferta Odwołującego została skutecznie odrzucona, to należy przyjąć, że wykonawca ten nie jest legitymowany do wniesienia odwołania w pozostałym zakresie na zasadzie art.179 ust.1 ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem powyższego przepisu środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W ocenie Izby wykonawca, którego oferta została skutecznie odrzucona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może już ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Z powyższych względów oraz biorąc pod uwagę, że Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego Veganet sp. z o.o. i dokona ponownej czynności badania i oceny ofert, Izba uznała powyższe zarzuty za bezprzedmiotowe.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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

**Przewodniczący:**.....

.....

.....