

Sygn. akt: KIO 233/17

WYROK

z dnia 16 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 lutego 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2017r. przez **wykonawcę SANSEC Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Bolesława Prusa 2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 33**

przy udziale **wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 13/1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 233/17 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 233/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę SANSEC Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Bolesława Prusa 2** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę SANSEC Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Bolesława Prusa 2** tytułem wpisu od odwołania.

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 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup serwerów dla Centrali ARiMR zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 października 2016r. za numerem 2016/S 209 – 378042.

Pismem z dnia 31 stycznia 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców, że ofertą najkorzystniejszą okazała się oferta wykonawcy Galaxy, zaś oferta wykonawcy SANSEC Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Bolesława Prusa 2 – dalej odwołujący, została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 (21) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy). Zamawiający wskazał, że odwołujący oświadczył, że spełnia wymagania co do pamięci RAM natomiast nie wskazał zapisu w ofercie, z którego wynikałoby, że oferowane serwery spełniają wymagania w powyższym zakresie. Zamawiający przyjął ponadto, że przyjęcie wyjaśnień treści oferty przedstawionych przez odwołującego będzie niedozwoloną zmianą treści oferty. Zamawiający stwierdził, że treść oferty SANSEC Poland S.A. nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 21 ustawy.

W dniu 3 lutego 2017r. wykonawca SANSEC Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Bolesława Prusa 2 – odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 lutego 2017r. udzielonego przez prezesa zarządu, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 3 lutego 2017r.

Odwołujący wskazał, że będąc na pierwszym miejscu w kwalifikacji punktowej ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie się ubiega, a także może ponieść szkodę w wyniku niezgodnych z prawem czynności zamawiającego w postaci nie udzielenia mu niniejszego zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy polegające na niezasadnym odrzuceniu oferty odwołującego jako oferty niezgodnej z SIWZ, co stanowi sprzeczność z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
2. art. 92 ust. 1 ustawy polegające na przekazaniu informacji o odrzuceniu oferty odwołującego bez podania uzasadnienia faktycznego

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Galaxy i unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego
2. dokonania wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w pkt. 1.1 pkt SIWZ (po modyfikacji z dnia 10.11.2016 r.) zamawiający wymagał, aby oferowany serwer posiadał pamięć RAM:

„256 GB RAM DDR4 z zaawansowaną korekcją błędów, np. Advanced ECC lub Extended ECC lub SDD lub Chipkill lub Lockstep memory lub Memory Mirroring lub memory Sparing. Ilość modułów RAM musi obsługiwać wszystkie kanały pamięci procesora. Pamięci w oferowanej konfiguracji mają pracować z prędkością 2400 Mhz. Zamawiający wymaga, aby pamięć RAM składała się z kości nie mniejszych niż 32 GB”.

W formularzu oferty odwołujący zaoferował serwer Huawei Fusion Server RH2288H V3 (str. 2 oferty) o parametrach wskazanych w tabeli nr 1 formularza cenowego (załącznik nr 1 do SIWZ). W zakresie pamięci RAM Odwołujący wskazał w ww. tabeli, pkt 4 (str. 1 oferty):

„256 GB z zaawansowaną technologią Memory Mirroring, Memory Sparing, Lockstep, SDDC, ECC. Zgodnie z pkt 4 i 5 wykonawca oferuje serwer z łączną ilością pamięci 448 GB (-256 GB+ 6x32 GB)”.

Odwołujący podniósł, że z treści oferty wynikało więc zarówno jaki konkretnie model serwera oferuje odwołujący (oznaczony co do nazwy i modelu), jak również wynikało jaką konkretnie pamięć zawiera oferowany serwer.

Pismem z dnia 10 stycznia 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający wskazał, że w ofercie i z informacji dostępnych zamawiającemu nie można potwierdzić wymagania: „ilość modułów RAM musi obsługiwać wszystkie kanały pamięci procesora. Pamięci w oferowanej konfiguracji mają pracować z prędkością 2400 Mhz. Zamawiający wymaga, aby pamięć RAM składała się z kości nie mniejszych niż 32 GB”.

Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, z którego zapisu oferty wynika, że oferowane serwery spełniają wymagania w zakresie:

1. ilości modułów pamięci RAM obsługują wszystkie kanały pamięci procesora
2. pamięci RAM pracują z prędkością 2400 Mhz
3. pamięć RAM składała się z kości nie mniejszych niż 32 GB.

W odpowiedzi na tak zadane pytanie Odwołujący pismem z dnia 13 stycznia 2017 r. udzielił wyjaśnień.

Odwołujący potwierdził, że

1. moduły pamięci RAM obsługują wszystkie kanały pamięci procesora
2. pamięci RAM pracują z prędkością 2400MHz (procesor Xeon v4 + moduły pamięci o taktowaniu nominalnym 2400 MHz)

3. zaoferowana pamięć RAM składa się tylko z modułów 32 GB (8x32 GB + 6x32 GB) - zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ

Ponadto odwołujący wskazał, że zaoferowane pamięci RAM to DDR4 RDI MM Memory, 32GB, 2400MT/S, 2Rank (2G*4bit), 1.2V, ECC. Co więcej odwołujący podał konkretny kod produktu pamięci tj.: 06200214 i wskazał odesłanie do strony internetowej producenta, na której znajduje się opis serwera wskazanego z nazwy w ofercie, potwierdzający kwestie RAM.

Pismem z dnia 31 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował odwołującego, że ofertą najkorzystniejszą okazała się oferta wykonawcy Galaxy, zaś oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 (21) ustawy.

Odwołujący wskazał, że oprócz błędnej kwalifikacji oferty odwołującego zasadniczym problemem w zaistniałej sytuacji jest, iż wnosząc niniejsze odwołanie odwołujący musi stosować domniemanie, co do tego w jakim zakresie oferta jest w ocenie zamawiającego niezgodna z SIWZ oraz z którym konkretnie zapisem SIWZ nastąpiła niezgodność. Nie jest również dla odwołującego jasne jaką ewentualną zmianę treści oferty zamawiający ma na myśli. Zamawiający nie sprostął więc obowiązkowi uzasadnienia faktycznego, które nakłada na niego ustawa.

Dokonując analizy orzecznictwa oraz stanowisk doktryny odwołujący zauważył, że niezgodność treści oferty z SIWZ będąca podstawą odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (co do treści); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał zaś na szereg zapisów SIWZ dotyczących pamięci RAM, wskazał ogólnie, że na podstawie treści oferty jak i z informacji dostępnych zamawiającemu nie można potwierdzić spełniania tych zapisów jak również stwierdził, że nie przyjmuje wyjaśnień odwołującego gdyż wnoszą one zmianę treści oferty.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie wykazał na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób. Nie wskazał też konkretnie skwantyfikowanych i ustalonych fragmentów SIWZ.

Odwołujący odwołał się do wyroku KIO 2345/13.

Zamawiający w niniejszej sprawie wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, uzyskał potwierdzenie spełniania wszystkich wymagań w zakresie pamięci RAM i pomimo, że

odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie dokonał zmiany oferowanej pamięci czy też oferowanych serwerów wywiódł wnioszek o tym, iż wyjaśnienia te zmieniły ofertę.

Odwołujący podkreślił, że w ofercie wskazał nazwę i model serwera, tj. Huawei Fusion Server RH2288H V3, zaś w wyjaśnieniach przywołał dokumentację tegoż samego serwera dostępną na stronach internetowych producenta uszczegóławiając rodzaj pamięci RAM przez podanie jej numeru. Wszystkie ww. zabiegi miały służyć wykazaniu, iż wątpliwości zamawiającego są niezasadne a oferta odwołującego jest zgodna z wymaganiami SIWZ.

Przyjmując stanowisko, że w wyjaśnieniach wykonawca nie może podać jakichkolwiek dodatkowych informacji aniżeli te wskazane w SIWZ, w ocenie odwołującego, prowadziłyby do absurdalnego wniosku o niemożliwości stosowania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

O ile bowiem wykonawca nie dokonuje zmiany zobowiązania wyrażonego w ofercie, lecz je doprecyzowuje wyjaśnienia mają właśnie taki sens, aby przekonać zamawiającego o zgodności oferty z SIWZ.

Zobowiązanie zawarte w ofercie odwołującego w postaci zaoferowania serwera Huawei Fusion Server RH2288H V3 nie uległo zmianie w wyniku złożonych wyjaśnień, jak również nie uległ zmianie jakikolwiek parametr tego serwera, w szczególności pamięć RAM.

W wyżej cytowanym wyroku wydanym w podobnym stanie faktycznym Izba orzekając naruszenie art. 92 w związku z zaniechaniem wskazania uzasadnienia faktycznego.

Również na gruncie niniejszego postępowania zamawiający podał jedynie ogólne sformułowanie, że treść oferty nie potwierdza wymagań co do pamięci RAM, zaś wyjaśnienia prowadzą do zmiany treści oferty (również nie wskazując w jakim zakresie).

Odwołujący dodał, że pewną niestaranność można również dostrzec w przytoczeniu przepisu - podstawy odrzucenia oferty, tj. art. 89 ust. 1 pkt 21 ustawy (w piśmie z dnia 31.01.2017 r. w ostatnim zdaniu akapitu dotyczącego oferty odwołującego). Wydaje się odwołującemu, że zamawiający dokonał jedynie omyłki w tym zakresie, co nie zmienia faktu, iż potwierdza to tezę o nie zachowaniu należytego poziomu szczegółowości i precyzji w przygotowaniu uzasadnienia odrzucenia oferty.

Odwołujący przywołał wyrok KIO 1117/15

Odwołujący zaś wnosząc odwołanie nie ma wiedzy, które parametry w zakresie pamięci RAM zostały ocenione jako niezgodne z wymaganiami SIWZ, skoro w ofercie wskazał, iż pamięć ta jest wielkości 256 GB z zaawansowaną technologią Memory Mirroring, Memory Sparing, Lockstep, SDDC, ECC, jak również, że oferuje dodatkowo 6x32GB pamięci w ramach dodatkowej punktacji.

Odwołujący nie jest w stanie ustalić dlaczego zamawiający uzyskując wyraźne zapewnienie w wyjaśnieniach o spełnianiu wszystkich parametrów w zakresie pamięci RAM postanowił, niektórych z nich (a może wszystkich?) nie uznać w zakresie oferty odwołującego. Czy też,

nie jest możliwe ustalenie czy zamawiający wyciągnął określone wnioski z analizy wskazanej dokumentacji producenta oraz negatywnie ocenił podane oznaczenie pamięci RAM przez wskazanie jej numeru.

Dla odwołującego bardziej zrozumiałe byłoby zachowanie zamawiającego, gdyby odwołujący nie podał w ofercie nazwy i modelu oferowanego serwera, wówczas Zamawiający nie mając możliwości weryfikacji oferowanego rozwiązania mógłby mieć pewne wątpliwości. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający ma pełną wiedzę co do tego jakie urządzenie zostało konkretnie zaoferowane nie ma jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, iż w toku wyjaśnień mogłoby dojść do zmiany treści oferty, czyli do zmiany zobowiązania z oferty.

Odwołujący wskazał, że wszystkie parametry dla pamięci RAM potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 13 stycznia 2017 r. Gdyby okazało się w toku postępowania odwoławczego, że w ocenie zamawiającego oferta odwołującego nie spełnia wszystkich, co do jednego, parametrów w zakresie pamięci RAM, odwołujący pragnie wskazać co następuje.

Oświadczeniem woli Zamawiającego było więc, aby uzyskać serwery z pamięcią RAM określoną poprzez parametry przywołane w pkt 1.1 pkt SIWZ (po modyfikacji z dnia 10.11.2016 r.);

„256 GB RAM DDR4 z zaawansowaną korekcją błędów, np. Advanced ECC lub Extended ECC lub SDD lub Chipkill lub Lockstep memory lub Memory Mirroring lub memory Sparing. Ilość modułów RAM musi obsługiwać wszystkie kanały pamięci procesora. Pamięci w oferowanej konfiguracji mają pracować z prędkością 2400 Mhz. Zamawiający wymaga, aby pamięć RAM składała się z kości nie mniejszych niż 32 GB”.

Oświadczeniem woli wykonawcy wynikającym z oferty było zaś zaoferowanie serwerów Huawei Fusion Server RH2288H V3 o pamięci RAM wskazanej w pkt. 4 tabeli 1 formularza cenowego, tj. 256 GB z zaawansowaną technologią Memory Mirroring, Memory Sparing, Lockstep, SDDC, ECC. Zgodnie z pkt 4 i 5 wykonawca oferuje serwer z łączną ilością pamięci 448 GB - 256 GB + 6x32 GB). Dodatkowo, interpretacji oświadczenia woli jakim jest oferta należy dokonywać łącznie z udzielonymi wyjaśnieniami. Jak wynika zaś z wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2017 r. pamięć ta spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, tj.

1. moduły pamięci RAM obsługują wszystkie kanały pamięci procesora
2. pamięci RAM pracują z prędkością 2400MHz (procesor Xeon v4 + moduły pamięci o taktowaniu nominalnym 2400 MHz)
3. zaoferowana pamięć RAM składa się tylko z modułów 32 GB (8x32 GB + 6x32 GB) - zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ.

Ponieważ więc wyjaśnienia oferty są jej integralną częścią to, o ile dojdzie do realizacji zamówienia, odwołujący będzie zobligowany na podstawie złożonego oświadczenia woli w postaci oferty i jej wyjaśnienia do dostarczenia serwerów Huawei Fusion Server RH2288H V3 o pamięci RAM 256 GB (plus dodatkowo 6x32 GB) z zaawansowaną technologią

Memory Mirroring, Memory Sparing, Lockstep, SDDC, ECC posiadającą moduły pamięci RAM obsługujące wszystkie kanały pamięci procesora, pracującą z prędkością 2400MHz (procesor Xeon v4 + moduły pamięci o taktowaniu nominalnym 2400 MHz), składającą się tylko z modułów 32 GB (8x32 GB + 6x32 GB).

Wobec powyższego zdaniem odwołującego, zamawiający w wyniku podpisanej z odwołującym umowy o zamówienie publiczne uzyska dokładnie taki produkt jakiego oczekiwał w SIWZ, a co za tym idzie może być mowa o niezgodności treści oferty z SIWZ.

W dniu 8 lutego 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 9 lutego 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił GALAXY Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 13/1 wskazując, że jako wykonawca wybrany posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, a uwzględnienie odwołania może doprowadzić do naruszenia norm powszechnie obowiązującego prawa. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 9 lutego 2017r.

W dniu 10 lutego 2017r. po podstępownia odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27 wskazując, że nie jest wprawdzie wykonawcą wybranym, ale ma interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, gdyż ma to znaczenie dla jego pozycji w postępowaniu. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu komplementariusza spółki komandytowej ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 10 lutego 2017r.

Odwołujący wniósł opozycję wobec przystąpienia wykonawcy Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa wskazując, że wykonawca ten został sklasyfikowany na 6 pozycji w rankingu ofert i oddalenie odwołania nie spowoduje, że zgłaszający uzyska zamówienia, ani, że jego pozycja ulegnie zmianie.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 2 ustawy jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony tj. przez Sansec Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, podczas, gdy takie podmiot nie jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu, a ofertę w postępowaniu złożył Sansec Poland Spółka Akcyjna. Ponadto

wskazał, że odwołanie zostało podpisane przez osobę nie posiadającą upoważnienia do działania w imieniu Sansec Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gdyż załączone pełnomocnictwo wskazuje na upoważnienie do działania w imieniu Sansec Poland Spółka Akcyjna.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania wskazując, że błąd w oznaczeniu formy organizacyjnej jego przedsiębiorstwa jest oczywistą omyłką pisarską, gdyż z załączonych do odwołania dokumentów takich jak dowód uiszczenia wpisu, pełnomocnictwo, odpis z KRS wynika, że odwołującym jest Sansec Poland Spółka Akcyjna, a ponadto Sansec Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie istnieje.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego wskazując, że nie można przypisać omyłce charakteru oczywistego, nadto, że w postępowaniu odwoławczym nie możliwe są zmiany podmiotowe u stron postępowania, a odwołanie musi pochodzić od wykonawcy.

Zamawiający w dniu rozprawy złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art 87 ust. 2 pkt 3 PZP - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 r. sygn. akt V Ca 1109/08). Wskazał na szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej na poparcie swojej argumentacji zbieżnej z argumentacją przedstawioną w informacji o wyniku postępowania:

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 grudnia 2014 r., sygn. KIO 200/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 stycznia 2017 r., sygn.. KIO 9/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017-01-12, sygn.. KIO 2438/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 1092/09

Zamawiający podzielił pogląd wyrażony m.in. w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (sygn.. X Ga 7/2010), zgodnie z którym art. 87 ust. 1 PZP odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest

uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn.. V Ga 40/2009)".

Wskazał, że ustanowił „wymagane parametry minimalne dla pojedynczego serwera”. W zakresie pamięci RAM wymagania te były następujące: „256GBRAMDDR4 z zaawansowaną korekcją błędów, np.: Advanced ECC lub Extended ECC lub SDDC lub Chipkill lub Lockstep memory lub Memory Mirroring lub Memory Sparing.

Ilość modułów RAM musi obsługiwać wszystkie kanały pamięci procesora.

Pamięci w oferowanej konfiguracji mają pracować z prędkością 2400 Mhz.

Zamawiający wymaga, aby pamięć RAM składała się z kości nie mniejszych niż 32 GB"

Zamawiający żądał w siwz wskazania w formularzu ofertowym parametrów oferowanych, które miał zaznaczyć i wypełnić wykonawca (w odpowiednim wierszu ostatniej kolumny formularza ofertowego). Odwołujący w ocenie zamawiającego w żadnym miejscu oferty nie wskazał, że:

- oferowane ilości modułów RAM obsługują wszystkie kanały pamięci procesora,
- pamięci w oferowanej konfiguracji pracują z prędkością 2400 MHz,
- pamięć RAM składa się z kości nie mniejszych niż 32 GB.

Pomimo precyzyjnego wezwania zamawiającego do wskazania z którego zapisu oferty wynika spełnianie ww. wymagań, w wyjaśnieniach odwołującego (pismo z 13 stycznia 2017 r.), jak również zresztą ze stanowiska przedstawionego w odwołaniu, nie wynika, zdaniem zamawiającego, jakiegokolwiek wskazanie w tym zakresie referujące do treści złożonej oferty. Jak zatem z powyższego wynika, złożone wyjaśnienia stanowią w istocie wyjaśnień istniejącej treści oferty, lecz uzupełnienie oferty o nową, nie zawartą w niej uprzednio treść.

Z ostrożności zamawiający wskazał przy tym, że ujął swoje oczekiwania co do przedmiotu zamówienia w odrębnych wierszach poszczególnych tabel, nie wiążąc ich treści np. poprzez wskazanie, że wiersz czwarty stanowi uszczegółowienie, doprecyzowanie wiersza pierwszego, co pozwoliłoby uznać podanie nazwy procesora (wiersz 1 tabeli nr 1 formularza ofertowego) za opis wyczerpujący. Tej roli nie mogło także spełnić wskazanie modelu serwera w tabeli nr 2 formularza ofertowego. Celem ustanowienia przez zamawiającego szeregu żądań dotyczących potwierdzenia spełniania przez oferowane serwery wymagań zamawiającego, wobec istniejącej możliwości różnorodnego ich konfigurowania (w tym także niespełniającego wymagań zamawiającego), było to aby treść oferty (formularza ofertowego) wykonawcy stanowiła podstawę oceny zgodności jej treści z treścią siwz.

Wobec powyższego wskazanie jedynie producenta czy modelu procesora lub serwera nie zapewnia zgodności treści oferty z treścią siwz. Dopiero szczegółowy opis oferowanego rozwiązania, będącego autorskim rozwiązaniem wykonawcy co do konfiguracji różnych

elementów zamawianych produktów, umożliwia weryfikację przez zamawiającego tej zgodności i dlatego jest niezbędny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 stycznia 2017 r., sygn. KIO 10/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 października 2014 r., sygn. KIO 2129/14).

Nie było więc celem zamawiającego dokonanie zakupu określonej ilości serwerów typu określonego w szczególności jedynie poprzez wskazanie modelu producenta, ale „wraz z niezbędną infrastrukturą (...) zgodnie ze specyfikacją przedstawioną w pkt 4 (...)” siwz. Wskazane w tabelach wymagania minimalne należy więc uznać za istotne elementy oferty - odstępstwo od nich, czy też ich nieuwzględnienie w ofercie oznacza nieprzydatność oferowanego przedmiotu dla Zamawiającego. Co więcej - wskazane elementy determinują także poziom wyceny całej oferty - w odmiennych niż wymagane konfiguracjach te same modele serwerów osiągają całkowicie odmienne ceny rynkowe. Dopiero odpowiednie (zgodnie z minimalnymi wymaganiami) zestawienie i opisanie zestawionej konfiguracji serwerów z elementami infrastruktury, które było zadaniem wykonawców przygotowujących oferty daje możliwość dokonania przez zamawiającego oceny ofert w warunkach zapewniających ich porównywalność. Późniejsze niż złożenie ofert wskazywanie poszczególnych elementów konfiguracji oznacza, według zamawiającego, dokonywanie modyfikacji treści złożonej oferty, nie zaś jej wyjaśnianie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy, mającego polegać na przekazaniu informacji o odrzuceniu oferty odwołującego bez podania uzasadnienia faktycznego:

Odwołujący zarzut ten opiera na twierdzeniu, iż zamawiający nie wskazał w jakim zakresie oferta Sansec Poland S.A. jest niezgodna z siwz oraz z którym konkretnie zapisem siwz nastąpiła niezgodność. Według Odwołującego nie jest również jasne jaką ewentualną zmianę treści oferty zamawiający ma na myśli. Powyższe tezy odwołującego, zdaniem zamawiającego, nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym w postępowaniu:

Tak w wezwaniu do wyjaśnień jak i piśmie z 31 stycznia 2017 r. informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że w Rozdziale I pkt 1.1, ppkt 4 wiersz 4 tabeli) w minimalnych wymaganiach zdefiniował wymóg dotyczący pamięci RAM:

„ 256 GB RAM DDR4 z zaawansowaną korekcją błędów, np.: Advanced ECC lub Extended ECC lub SDDC lub Chipkill lub Lockstep memory lub Memory Mirroring lub Memory Sparing, Ilość modułów RAM musi obsługiwać wszystkie kanały pamięci procesora. Pamięci w oferowanej konfiguracji mają pracować z prędkością 2400 Mhz. Zamawiający wymaga, aby pamięć RAM składała się z kości nie mniejszych niż 32 GB. ”. Dalej w tym samym piśmie wskazał, że: *„Na podstawie treści oferty jak i z informacji dostępnych Zamawiającemu nie można potwierdzić wymagania w następującym zakresie:*

ilość modułów RAM musi obsługiwać wszystkie kanały pamięci procesora. Pamięci w oferowanej konfiguracji mają pracować z prędkością 2400 Mhz. Zamawiający wymaga, aby pamięć RAM składała się z kości nie mniejszych niż 32 GB".

Dalej zamawiający przywołał treść pisma z 10 stycznia 2017 r. wzywającego odwołującego do złożenia wyjaśnień i wskazał, że:

„W odpowiedzi Wykonawca oświadczył, że oferowane serwery spełniają powyższe wymagania zdefiniowane w siwz podając jako dowód linki do stron internetowych, natomiast nie wskazał zapisu w ofercie z którego wynikałoby, że oferowane serwery spełniają wymagania w powyższym zakresie.

W ocenie Zamawiającego przyjęcie wyjaśnień treści oferty przedstawionych przez Wykonawcę będzie skutkowało niedozwoloną zmianą treści oferty. "

Zamawiający uważa, że cytując powyższe elementy siwz w sposób oczywisty i nie mogący budzić jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych zamawiający wskazał zatem jakiego zakresu siwz dotyczyły jego wątpliwości. Dalej zamawiający jakich wyżej wymienionych wymagań siwz dotyczyły jego wątpliwości. Zamawiający wskazał, też że z wyjaśnień nie wynika, z jakiego elementu już zawartego w ofercie wynikać ma spełnienie ww. wymagań przez oferowane serwery. Tym samym w ocenie zamawiającego oferta ta nie zawiera jakichkolwiek informacji co do spełniania ww. wymagań, a ewentualna zmiana dokonana w tym zakresie dopiero na podstawie informacji udzielonych zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie, a w żaden sposób nie wynikających z treści oferty, stanowiłaby jej niedozwoloną z uwagi na treść art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy zmianę.

W ocenie Zamawiającego cytowane na stronie 5 odwołania fragmenty uzasadnienia wyroku Izby nie mogą mieć zastosowania do stanu ustalonego w postępowaniu.

W postępowaniu doszło do wskazania konkretnych zapisów siwz przez zamawiającego, których najpierw dotyczyły wątpliwości Zamawiającego, a następnie niespełnienie których przez produkt oferowany przez odwołującego stało się faktyczną podstawą odrzucenia oferty. Zamawiający wskazał poszczególne postanowienia siwz, a nawet dokonał ich zacytowania. Wskazał też które z nich nie zostały przez odwołującego opisane w ofercie.

Odnosząc się do tezy odwołania, jakoby o „niezachowaniu należytego poziomu szczegółowości i precyzji w przygotowaniu uzasadnienia odrzucenia oferty" miała świadczyć rzekoma „pewna niestaranność w przytoczeniu przepisu - podstawy odrzucenia oferty, tj. art. 89 ust. 1 pkt 21 ustawy" w piśmie z 31 stycznia 2017 r. w ostatnim zdaniu akapitu dotyczącego oferty odwołującego (ostatni akapit str. 5 odwołania), zamawiający uznał, iż jest to teza tyleż błędna, co symptomatyczna.

Tenże fragment odwołania ukazuje bowiem właśnie brak staranności, z jaką to odwołujący podchodzi do lektury dokumentów w postępowaniu. W domknięciu nawiasu [znak „)"] z nieznanych zamawiającemu przyczyn upatruje bowiem Odwołujący cyfry 1. Samo zaś upatrywanie w nim uzasadnienia odwołania, pomijając powyższy, nieco humorystyczny aspekt, świadczy o słabości argumentacji odwołującego, który uznał za konieczne posuwanie się do przywoływania aż tak błahych okoliczności. Pomimo wskazania owej błahości przez samego zamawiającego, nie wydaje się jednak, aby ta sama okoliczność winna być traktowana jako równie błaha przy ocenie zasadności samego odwołania. Świadczy to, zdaniem zamawiającego, o całkowicie lekceważącym podejściu do treści dokumentów otrzymywanych i składanych w toku postępowania. Tym samym zaś wskazuje na to, iż niewskazanie w treści oferty czy oferowane produkty spełniają niektóre wymagania zamawiającego mogło być wynikiem w ogóle niezdawania sobie przez odwołującego sprawy z istnienia tychże wymagań, wskutek np. niedoczytania do końca elementów tabel w siwz. To zaś z kolei oznaczałoby, że odwołujący dopiero wskutek wezwania przez zamawiającego do wyjaśnień zdał sobie sprawę z ich istnienia i swoimi wyjaśnieniami usiłował ofertę „dopasować” do wymagań siwz, i to w jej istotnych elementach. To zaś jest niedopuszczalne z uwagi na zakaz prowadzenia między zamawiającymi a wykonawcami negocjacji dotyczących złożonej oferty (art 87 ust. 1 ustawy), a także z uwagi na zakaz dokonywania istotnych zmian w treści oferty wskutek poprawy innych omyłek (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. treści siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz oraz dokonanych modyfikacji, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego o wyjaśnienia treści oferty skierowanego do odwołującego i udzielonej odpowiedzi oferty Atende i Simplicity oraz informacji o wyniku postępowania i dowodów złożonych przez odwołującego, zamawiającego i przystępującego na rozprawie i na podstawie powyższego Izba ustaliła, że

W rozdziale I pkt. I.1.4 w wierszu 4 tabeli zamawiający zawarł swoje wymagania w zakresie parametru pamięć RAM. W rozdziale XI pkt. 4) zamawiający opisał jako kryterium oceny ofert „Pamięć RAM” o wadze 18% i wskazał, że będzie premiował każde dodatkowe 32 GB ponad wymaganą wartość 256 GB RAM DDR 4 przyznając za każde zwiększenie o 32 GB trzy punkty maksymalnie do sześciu zwiększeń, czyli maksymalnie 18 pkt.. Zaoferowanie ponad limit 6 razy 32 GB skutkowało przyznaniem maksymalnej ilości punktów.

W wyniku zapytań wobec treści siwz z dnia 4 i 10 listopada 2016r. zamawiający dokonał modyfikacji rozdziału I pkt. I.1.4 w wierszu 4 tabeli nadając jej treść Pamięć RAM wymagane parametry minimalne dla pojedynczego serwera – 256 GB RAM DDR 4 z zaawansowaną korekcją błędów np.: Advanced ECC lub Extended ECC lub SDDC lub Chipkill lub Lockstep

memory lub Memory Mirroring lub Memory Sparing. Ilość modułów RAM musi obsługiwać wszystkie kanały pamięci procesora. Pamięci w oferowanej konfiguracji mają pracować z prędkością 2400 MHz. Zamawiający wymaga, aby pamięć RAM składała się z kości nie mniejszych niż 32 GB. W formularzu ofertowym wykonawca miał podać parametry oferowane.

Odwołujący w formularzu ofertowym na str. 1 w wierszu 4 uwzględnił brzmienie formularza obejmujące wskazane modyfikacje i w części, którą był zobowiązany wypełnić podał 256 GB z zaawansowaną technologią Memory Mirroring, Memory Sparing, Longstep, SDDC ECC. Zgodnie z pkt. 4 i 5 wykonawca oferuje serwer z łączną ilością pamięci 448 GB – 256 GB + 6 x 32 GB). Odwołujący podał, że oferuje serwer HUAWEI model FusionServer RH2288H V3. W dalszej części oferty złożył JEDZ, odpis z KRS i pełnomocnictwa.

W dniu 10 stycznia 2017r. zamawiający wezwał w trybie art. 87 ust. 1 ustawy odwołującego do złożenia wyjaśnień, z którego zapisu oferty wynika, że oferowane serwery spełniają wymagania w zakresie:

1. ilości modułów pamięci RAM obsługują wszystkie kanały pamięci procesora
2. pamięci RAM pracują z prędkością 2400 Mhz
3. pamięć RAM składała się z kości nie mniejszych niż 32 GB.

W odpowiedzi na tak zadane pytanie Odwołujący pismem z dnia 13 stycznia 2017 r. udzielił wyjaśnień.

Odwołujący potwierdził, że

1. moduły pamięci RAM obsługują wszystkie kanały pamięci procesora
2. pamięci RAM pracują z prędkością 2400MHz (procesor Xeon v4 + moduły pamięci o taktowaniu nominalnym 2400 MHz)
3. zaoferowana pamięć RAM składa się tylko z modułów 32 GB (8x32 GB + 6x32 GB) - zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ

Ponadto odwołujący wskazał, że zaoferowane pamięci RAM to DDR4 RDI MM Memory, 32GB, 2400MT/S, 2Rank (2G*4bit), 1.2V, ECC (kod produktu 06200214). Poddał, że zaoferowane procesory Intel E5-2650 v 4 posiadają 4 kanały pamięci RAM. Tym samym 2 zaoferowane procesory posiadają 8 kanałów dla pamięci RAM i wskazał odesłanie do strony internetowej producenta, na której znajduje się opis serwera wskazanego z nazwy w ofercie, potwierdzający kwestie RAM. Przedstawił także schemat podłączenia do wszystkich kanałów pamięci i w tym zakresie także odesłał do strony internetowej.

Dowody złożone przez odwołującego

Z Testu SPEC CINT2006 Result wynika, że Huawei RH2288H v3 (Intel Xeon E5-2650 v4) osiągnął wyniki: SPECint_rate_base2006 równe 1000. Testy te wykonywane były przy zastosowaniu pamięci 512 GB (16x32 GB 2Rx4 PC4-2400T-R), a konkretnie 16x Samsung M393A4K40BB1-CRC 32 GB 2 rank 2400 MHz.

Z oświadczenia firmy Huawei Polska sp. z o.o. wynika, że firma ta oświadcza, iż serwery RH2288H v3 spełniają poniższe wymagania:

1. Zaoferowana ilość modułów pamięci RAM obsługuje wszystkie kanały pamięci procesora,
2. Zaoferowane moduły pamięci RAM pracują z prędkością 2400 MHz,
3. Zaoferowane pamięci RAM składają się z kości 32 GB.

Te serwery są zaoferowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup serwerów dla Centrali ARMiR nr DPiZP.2610.29.2016. Skuteczność umocowania do złożenia oświadczenia nie była kwestionowana.

Dowód zamawiającego:

Z wyciągu specyfikacji technicznej serwera Huawei FusionServer RH2288H v3 wynika, że możliwe jest 6 konfiguracji pamięci z pojemnościami 8, 16, 32 z prędkościami 2133 i 2400 MHz. Jedna z konfiguracji o nr 06200214 odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Dowód przystępującego:

Z korespondencji elektronicznej wynika, że dla serwera Huawei FusionServer RH2288H v3 wynika, że możliwe jest 6 konfiguracji pamięci z pojemnościami 8, 16, 32 i 64 GB z prędkościami 2133 i 2400 MHz. Jedna z konfiguracji odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy pozwala ustalić następujące fakty:

Serwer Huawei FusionServer RH2288H v 3 może być skonfigurowany za pomocą sześciu rodzajów pamięci o różnej pojemności i pracujących z różnymi prędkościami. Tylko jeden rodzaj pamięci spośród tych sześciu spełnia wymagania zamawiającego w zakresie obsługi wszystkich kanałów pamięci, pracy z prędkością 2400 MHz i kości o pojemności 32 GB. Ten rodzaj pamięci producent oznaczył numerem 06200214. Taki numer nie został przez odwołującego podany w ofercie, nie wskazano producenta i nazwy, choć takie oznaczenie było możliwe, co potwierdza wynik test SPEC, odwołujący nie potwierdził także w ofercie rodzaju zastosowanej pamięci w sposób opisowy, choć mógł przepisać wymagania zamawiającego z części „wymagane parametry minimalne”. Odwołujący określił rodzaj oferowanej pamięci dopiero w wyjaśnieniach z 13 stycznia 2017r. Izba oceniła, że skoro serwer mógł być na sześć sposobów obsadzony pamięcią RAM, to podanie producenta serwera i nazwy urządzenia, nie konkretyzowało rodzaju pamięci. Również nazwa procesora i wynik testu SPEC, w ocenie Izby nie dawały zamawiającemu pewności jaka pamięć została mu przez odwołującego zaoferowana, gdyż jak słusznie zauważył przystępujący wymóg zamawiającego w zakresie testu dotyczył procesora oferowanego we wskazanym w ofercie serwerze. Do tego dostosował się także odwołujący, gdyż nie wykonywał testu na pamięci dokładnie takiej jak oferowana w ofercie, tylko większej bo 512 GB. Tym samym wbrew stanowisku odwołującego w ocenie Izby nie można było ustalić, iż podanie nazwy serwera i

jego producenta oraz podanie nazwy procesora identyfikowało jednoznacznie rodzaj zaoferowanej pamięci. W ocenie Izby nie ma również racji odwołujący próbując rozdzielić parametry serwera od parametrów urządzeń wchodzących w skład serwera, dla zamawiającego parametry podane w tabeli jako wymagania minimalne były wymaganiami serwera niezależnie od tego czy są rzeczywiście parametrami serwera, czy parametrami urządzenia, czy wreszcie wyłącznie cechami technicznymi. Wynika to z konstrukcji tabeli i zawartego pod nią przy gwiazdkach opisu wypełnienia tabeli, zamawiający nie wskazał tam bowiem, że cech technicznych produktu można nie potwierdzać. W ocenie Izby sytuacja odwołującego i wykonawcy Atende jest inna, owszem zaoferowali ten sam serwer, ale Atende w pkt. 4 potwierdził zamawiającemu jednoznacznie cechy minimalne pamięci wymagane przez zamawiającego, a zatem treść oferty Atende nie budziła co do tego, że odpowiada treści siwz, w przeciwieństwie do oferty odwołującego, której treść pozostawała niejednoznaczna. W ocenie Izby nie można także dopatrzeć się w badaniu oferty Simplicity nierównego traktowania wykonawców. Oczywiście obowiązkiem zamawiającego jest wskazać wszystkie podstawy faktyczne i prawne odrzucenia danej oferty, jakie ujawnił i potwierdziło się, że nie wskazał podstawy faktycznej zaoferowania pamięci DDR3, zamiast wymaganej DDR4, jednak w ocenie Izby, ten brak nie spowodował, że zamawiający poddał ocenie ofert ofertę, która podlegała odrzuceniu. Zamawiający ofertę Simplicity odrzucił, a zatem potraktował tak samo jak odwołującego, wobec stwierdzenia w obu ofertach, że ich treść nie odpowiada treści siwz.

Zamawiający w ocenie Izby podał okoliczności faktyczne dla których odrzucił ofertę odwołującego tj. podał, że z oferty odwołującego nie można ustalić czy oferowana przez niego pamięć RAM spełnia minimalne wymagania zamawiającego w zakresie obsługi wszystkich kanałów pamięci, pracy z prędkością 2400 MHz i kości o pojemności 32 GB. Zamawiający podał odwołującemu informację, że w jego ofercie stwierdził braki, które nie pozwalają mu stwierdzić, czy treść oferty odpowiada treści siwz. Zamawiający wskazał także, iż stwierdzone braki nie mogły być uzupełnione w drodze wyjaśnień, gdyż prowadziłyby do zmiany treści oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba postanowiła oddalić opozycję odwołującego wobec przystąpienia wykonawcy Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, wskazując, że treść art. 185 ust. 2 i 3 wskazuje, że interes przystępującego nie jest zawężony wyłącznie do sytuacji, gdy ma on szansę na uzyskanie zamówienia. Przepisy art. 185 ust. 2 i 3 stanowią o interesie przystępującego w rozstrzygnięciu na korzyść strony, do której przystępuje wykonawca. W

ocenie Izby przystępujący takie interes wykazał, gdyż w przypadku oddalenia odwołania przystępujący utrzyma dotychczasowe status quo, zaś w przypadku jego uwzględnienia jego pozycja ulegnie pogorszeniu to jest z pozycji 6 w rankingu ofert znajdzie się na pozycji siódmej. Tym samym w ocenie Izby rozstrzygnięcie wydane w niniejszej sprawie będzie oddziaływać na sytuację przystępującego zwłaszcza, gdy w aktualnym stanie prawnym tylko wykonawca wybrany jest w pełni weryfikowany przez zamawiającego. Rozstrzygnięcie zgodne z wolą zamawiającego jest korzystniejsze dla przystępującego.

Izba nie stwierdziła zaistnienia podstaw, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt. 2 ustawy do odrzucenia odwołania. Przepis art. 189 ust. 2 pkt. 2 ustawy stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Bezsporne jest, że Sansec Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie składał oferty zamawiającemu. Jednak zamawiający nie wykazał, że taki podmiot rzeczywiście istnieje w obrocie prawnym, a odwołujący temu przeczył, nadto wszystkie dokumenty podmiotowe oraz dowód uiszczenia wpisu załączone do odwołania, a także wyjaśnienia odwołującego złożone w toku postępowania sprawdzającego przed Izbą świadczą o tym, że w odwołaniu załazła się oczywista niedokładność w oznaczeniu formy organizacyjnej odwołującego, która jednak nie powoduje, że odwołanie pochodzi od podmiotu nieuprawnionego i taka oczywista niedokładność nie stanowi przeszkody w myśl art. 187 ust. 3 do nadania odwołaniu biegu i rozpoznania go przez Izbę. Izba nie stwierdziła zaistnienia innych podstaw odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia na datę składania odwołania oraz mógł ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przepisu ustawy przez zamawiającego, co spełnia przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy polegające na niezasadnym odrzuceniu oferty odwołującego jako oferty niezgodnej z SIWZ, co stanowi sprzeczność z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W

myśl art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że ustalony stan faktyczny dawał zamawiającemu prawo do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Izba zwraca uwagę, że podstawą zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy nie jest wyłącznie sprzeczność treści oferty z treścią siwz, ale jej nie odpowiadanie treści siwz. Tym samym ustawodawca użył szerszego niż sprzeczność pojęcia, nakazując zamawiającemu odrzucenie oferty. W pojęciu „nie odpowiadania” w ocenie Izby mieści się także brak, który bez zmiany treści oferty nie może być usunięty. Według ustaleń Izby taki właśnie przypadek wystąpił w ofercie odwołującego, gdyż z żadnej treści znajdującej się w ofercie nie można było przesądzić zaoferowania zamawiającemu wyłącznie jednego rodzaju pamięci i to takiego, który spełnia wymagania siwz w zakresie w zakresie obsługi wszystkich kanałów pamięci, pracy z prędkością 2400 MHz i kości o pojemności 32 GB. Niewątpliwie odwołujący próbował ten brak usunąć podając w ramach wyjaśnień nr katalogowy pamięci i potwierdzając zaoferowanie żądanych cech pamięci, którą jak twierdzi miał zamiar zaoferować. Jednak Izba w tym postępowaniu oceniła, że nie można zaakceptować sytuacji, w której konkretyzacja treści oferty następuje po jej złożeniu. Tym samym w ocenie Izby zamawiający prawidłowo nie uznał wyjaśnień odwołującego za dopuszczalne. Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Izba ustaliła także, że zamawiający jednakowo traktował wykonawców w jednakowej sytuacji tj. odwołującego i Simplicity (choć powinien przyłożyć większą staranność przy badaniu ofert starając się wykryć wszystkie podstawy faktyczne odrzucenia oferty wiadome mu według stanu posiadanej wiedzy). Zamawiający zaś odmiennie potraktował wykonawców w odmiennych sytuacjach tj. Atende, który w ofercie potwierdził wszystkie wymagania zamawiającego i odwołującego, których nie potwierdził wszystkich wymagań zamawiającego. W ocenie Izby zatem nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 ustawy polegające na przekazaniu informacji o odrzuceniu oferty odwołującego bez podania uzasadnienia faktycznego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności

wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

- 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,
 - 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,
 - 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,
 - 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,
 - 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,
 - 7) unieważnieniu postępowania
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Jak wynika z ustalenia stanu faktycznego zamawiający podał w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wszystkie braki w ofercie odwołującego, które spowodowały, że treść tej oferty nie odpowiadała treści siwz, jak również wskazał dlaczego uważa, że te braki nie nadają się do usunięcia. Zamawiający wskazał także podstawy prawne, na podstawie których podejmował czynności. W konsekwencji zatem w ocenie Izby wypełnił normę art. 92 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i §5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....