

Sygn. akt: KIO 632/13

WYROK

z dnia 8 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2013 r. przez wykonawcę: **Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków**

przy udziale:

- wykonawcy: **Infomex sp. z o.o. w Żywcu (34-300), ul. Wesola 19b,**
- wykonawcy: **Wasko S.A. w Gliwicach (44-100), ul. Berbeckiego 6,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Województwu Małopolskiemu, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez **Wasko S.A. w Gliwicach (44-100), ul. Berbeckiego 6** z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Województwa Małopolskiego, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków** na rzecz wykonawcy: **Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 632/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa, montaż, instalacja i konfiguracja infrastruktury sprzętowej wraz oprogramowaniem na potrzeby realizacji projektu <<Wirtualne Muzea Małopolski>> oraz <<Rozwój dostępu do usług elektronicznych w Małopolsce>>” zostało wszczęte przez Województwo Małopolskie, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 007-007700) w dniu 10 stycznia 2013 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu wniósł wykonawca: Comarch Polska S.A. w Krakowie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Infomex sp. z o.o. w Żywcu, a także oferty złożonej przez Wasko S.A. w Gliwicach. W ocenie Odwołującego treść każdej z tych ofert nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), co rodziło po stronie Zamawiającego obowiązek ich odrzucenia. Zaniechanie tej czynności w odniesieniu do obu ofert stanowiło, zdaniem Odwołującego, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Konsekwencją tych naruszeń było również zaniechanie uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą, co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty złożonych tak przez Infomex sp. z o.o., jak i przez Wasko S.A. oraz wybranie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, w dniu 20 marca 2013 r., przystąpił wykonawca: Infomex sp. z o.o. w Żywcu, zaś w dniu 22 marca 2013 r., również po stronie Zamawiającego, wykonawca: Wasko S.A. w Gliwicach.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty złożone Izbie w toku postępowania odwoławczego, w tym również złożone z odwołaniem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz warunki wykonania zawarte zostały *„we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 5 [do SIWZ], w szczegółowej specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 6, jak również w projekcie infrastruktury sprzętowej wraz oprogramowaniem (...) stanowiącym załącznik nr 7”*.

W załączniku nr 6 do SIWZ w dwóch pierwszych jego punktach Zamawiający opisał wymagania odnoszące się do macierzy dyskowej podstawowej oraz zapasowej. Opis każdej z nich został zamknięty w odrębnej tabeli. W odniesieniu do macierzy dyskowej podstawowej Zamawiający w pkt 1.3 wymagał, aby macierz wspierała dyski typu SAS, NL-SAS i SSD oraz musiała *„pozwalać na instalację tych typów dysków w ramach jednej macierzy dyskowej bez względu na ich wielkość (2,5” i 3,5”)*. Zgodnie z pkt 1.5, oferowana macierz *„musiała gwarantować możliwość rozbudowy on-line do co najmniej 960 dysków, bez konieczności wymiany kontrolerów, wykonywania migracji oraz odzyskiwania danych z kopii zapasowych”*. Zgodnie z pkt 1.2, macierz musiała być wyposażona m.in. w 36 dysków 2TB NL-SAS 7200 RPM. W odniesieniu do macierzy dyskowej zapasowej, w zakresie tu opisanym powielono przywołane zapisy odnoszące się do macierzy dyskowej podstawowej, z tą tylko różnicą, iż miała być ona wyposażona m.in. w 24 dyski 2TB NL-SAS 7200 RPM (pkt 2.2).

W dalszej części załącznika nr 6 do SIWZ, w pkt 6.a), Zamawiający zawarł m.in. wskazanie na licencje, o które zamierzał on rozbudować posiadane już przez siebie oprogramowanie Symantec Backup Exec, a także sformułował wymóg przedłużenia do 5 lat licencji i wsparcia oprogramowania backupowego Symantec Backup Exec będącego już w posiadaniu Zamawiającego. W obu przypadkach Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne.

Zgodnie z pkt XI.1.b) SIWZ wykonawcy wraz z ofertą zobowiązani byli złożyć zestawienie oferowanego sprzętu i akcesoriów komputerowych oraz oprogramowania wskazujące producenta, model urządzeń, nazwę programu. Zamawiający zawarł w SIWZ pouczenie, iż niepodanie w zestawieniu producenta oferowanego sprzętu oraz jego modelu, a także nazwy, wersji, spowoduje odrzucenie oferty. Formularz służący sporządzeniu powołanego zestawienia stanowił załącznik nr 8 do SIWZ. W formularzu tym, w odniesieniu do obu macierzy dyskowych, Zamawiający wymagał wpisania producenta oraz modelu macierzy, zaś w odniesieniu do oprogramowania backupowego Symantec Backup Exec oczekiwał od wykonawców podania nazwy i wersji licencji oferowanego oprogramowania.

W piśmie z dnia 7 lutego 2013 r., w odpowiedzi na pytania 2 i 3, Zamawiający wyjaśnił, iż posiadane przez niego oprogramowanie Symantec Backup Exec utraci wsparcie z dniem 18 czerwca 2013 r., dlatego też okres pięciu lat, o jaki wykonawcy byli zobowiązani przedłużyć licencje i wsparcie tegoż oprogramowania, należy liczyć od tej właśnie daty.

Przed upływem terminu składania ofert sześciu wykonawców, w tym Odwołujący, jak i dwaj Przystępujący, złożyło Zamawiającemu swoje oferty.

Infomex sp. z o.o. wraz ze swoją ofertą złożył uzupełniony załącznik nr 8 do SIWZ. W jego pkt 1 i 2, w wersji „*producent macierzy*” (tak podstawowej, jak i zapasowej) wykonawca ten wskazał na Fujitsu, zaś w wersji „*model macierzy*” wskazał na Eternus DX440 S2. W pkt 6 powołanego załącznika nr 8 do SIWZ, w tabeli zatytułowanej „*Rozbudowa posiadanego przez klienta oprogramowania backupowego Symantec Backup Exec*” wyliczenie obejmujące oferowane Zamawiającemu licencje, wykonawca ten poprzedził następującą frazą: „*Przedłużenie do 5 lat licencji i wsparcia oprogramowania backupowego Symantec Backup Exec będącego w posiadaniu Zamawiającego*”.

Wasko S.A., w złożonym wraz z ofertą uzupełnionym załączniku nr 8 do SIWZ, w pkt 6 powołanego załącznika nr 8 do SIWZ, w tabeli zatytułowanej „*Rozbudowa posiadanego przez klienta oprogramowania backupowego Symantec Backup Exec*”, jako piątą na liście zawierającej wyliczenie oferowanych Zamawiającemu licencji wskazał produkt: „*SYMC BACKUP EXEC 2012 ENTERPRISE SERVER OPTION WIN PER MANAGED SERVER INITIAL BASIC 12 MONTHS GOV*” opisany symbolem (PN): „*CPDIWZZ0-BI1GS*”.

Pismem z dnia 7 marca 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Infomex sp. z o.o. Oferta złożona przez Wasko S.A. została sklasyfikowana na miejscu drugim, zaś Odwołującego na trzecim.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują w części oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do obu kwestionowanych przez siebie ofert, Odwołujący twierdził, iż treść każdej z tych ofert nie odpowiada treści SIWZ, co powodowało, iż Zamawiający miał obowiązek odrzucenia każdej z tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W odniesieniu do oferty złożonej przez Infomex sp. z o.o. Odwołujący twierdził, iż macierz zaoferowana przez tego wykonawcę nie gwarantuje możliwości rozbudowy on-line do co najmniej 960 dysków. Twierdzenie to opierał na przedstawionych przez siebie danych technicznych oferowanej przez Infomex sp. z o.o. macierzy pobranych ze strony internetowej producenta. W dokumencie tym wskazano, iż macierz ta gwarantuje możliwość rozbudowy do 960 dysków tylko w przypadku dysków o rozmiarze 2,5", bowiem w przypadku dysków o rozmiarze 3,5" pozwala ona na jej rozbudowę jedynie do 480 dysków. Uwzględniając tę okoliczność, a także przyjmując, iż wymagane w pozycji 1.2 i 2.2 załącznika nr 6 do SIWZ dyski 2TB występują jedynie w rozmiarze 3,5", Odwołujący uznał, iż treść oferty złożonej przez Infomex sp. z o.o. w tym zakresie nie odpowiada treści SIWZ. Po odliczeniu wymaganych w pkt 1.2 załącznika nr 6 do SIWZ 36 dysków 2TB (występujących w jego ocenie tylko w rozmiarze 3,5"), czy też 24 dysków 2TB wymaganych w pkt 2.2 załącznika nr 6 do SIWZ, stwierdził on, iż sporną macierz można rozbudować do 924 dysków (macierz podstawowa) lub do 936 dysków (macierz zapasowa).

Niezależnie od powyższego, w odniesieniu do powołanej oferty, Odwołujący twierdził, iż z jej treści wynika, iż Infomex sp. z o.o. zagwarantowało Zamawiającemu przedłużenie wsparcia posiadanego już przez niego oprogramowania backupowego na okres jedynie 12 miesięcy, nie zaś tak jak to było wymagane w SIWZ na okres 5 lat. Zarzut ten opierał na poczynionych przez siebie ustaleniach, iż w wypełnionym przez Infomex sp. z o.o. załączniku nr 8 do SIWZ nie zostały podane odpowiednie ilości oferowanych licencji. Odwołujący w toku rozprawy przyznał, iż powołany wykonawca zaoferował Zamawiającemu właściwe produkty, podtrzymał jednak tezę, iż w ofercie tej nie wskazano właściwej ilości tych produktów.

Drugą ofertą, której zgodność z SIWZ kwestionował Odwołujący, była oferta złożona przez Wasko S.A. Twierdził on, iż Wasko S.A. w załączniku nr 8 do SIWZ załączonym do oferty, w pkt 6, w tabeli zatytułowanej „*Rozbudowa posiadanego przez klienta oprogramowania backupowego Symantec Backup Exec*”, jako piątą na liście zawierającej wyliczenie oferowanych Zamawiającemu licencji wskazał produkt inny niż wymagany przez Zamawiającego, nie będący równoważnym do wymaganego – zamiast produktu opisanego symbolem (PN): 4ENHWZF0-BI1GS wskazany został produkt opisany symbolem (PN): CPDIWZZ0-BI1GS. W ocenie Odwołującego zaistnienie tej niezgodności rodziło po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia tak skonstruowanej oferty.

Zamawiający, nie uznając argumentacji Odwołującego, nie podzielał jego stanowiska, stąd też wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do uznanej za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Infomex sp. z o.o. Izba uznała, iż z Odwołujący nie wykazał, aby jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

W przypadku pierwszego z podnoszonych wobec tej oferty zarzutów, Zamawiający wykazał, iż w treści SIWZ nie wymagał on jakiegokolwiek doprecyzowania w ofercie informacji o oferowanych mu macierzach ponad określenie jej producenta oraz modelu. Nie wymagał on w szczególności podania jakiegokolwiek informacji o oferowanej mu konfiguracji tejże macierzy. Nie wymagał również precyzowania przez wykonawców, o jakie konkretnie dyski (producent, model, szczegółowe parametry), przewiduje on możliwość rozbudowy oferowanych macierzy w przyszłości. Już ze złożonych wraz z odwołaniem danych technicznych macierzy oferowanej przez Infomex sp. z o.o. wynika, że macierz tę można rozbudować do wymaganych 960 dysków w przypadku dysków o rozmiarze 2,5”. Niezależnie od powyższego Infomex sp. z o.o. w toku rozprawy przed Izbą przedstawiła pisemne oświadczenie przedstawiciela producenta na obszar Polski, iż zapewniona została możliwość zastosowania w oferowanej Zamawiającemu macierzy półki rozszerzenia dyskowego pozwalającej na zainstalowanie do 60 dysków formatu 3,5” na pojedynczym module tego typu. Jak wskazywał Odwołujący, rozwiązanie to umożliwi rozbudowę oferowanej macierzy nawet do 2400 dysków, co znacznie przekracza minimalny próg ilości dysków określony w SIWZ.

Na marginesie zauważyć również należy, iż w toku rozprawy Odwołujący przyznał, iż dyski, których specyfikacje techniczne zostały umieszczone pod adresami internetowymi przywołanymi przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, są dyskami o rozmiarze 2,5” oraz pojemności 2TB, akcentując jedynie, iż ich producentami nie jest Fujitsu, a HP i IBM. Tymczasem zarzut sformułowany w odwołaniu został w głównej mierze oparty

na stwierdzeniu, iż dyski w rozmiarze 2,5" i pojemności 2TB w ogóle nie występują na rynku (Odwołujący twierdził, iż występują one tylko w rozmiarze 3,5").

Mając to na uwadze, Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił, iż zaoferowana Zamawiającemu macierz dyskowa (podstawowa i zapasowa) nie zapewnia możliwości rozbudowania jej do 960 dysków, a tym samym, iż treść oferty złożonej przez Infomex sp. z o.o. w tym zakresie nie odpowiada treści SIWZ.

W odniesieniu do drugiej niezgodności treści oferty złożonej przez Infomex sp. z o.o. z treścią SIWZ, którą dostrzegł i opisał w odwołaniu Odwołujący, Izba, tak jak w przypadku pierwszej nie podzieliła stanowiska Odwołującego, a tym samym uznała, iż także ten zarzut nie zasługuje na uznanie.

Jak Odwołujący w toku rozprawy przyznał, wykonawca: Infomex sp. z o.o. zaoferował Zamawiającemu właściwe produkty, odpowiadające wymaganiom i potrzebom opisanym w SIWZ, z tym tylko zastrzeżeniem, iż nie zaoferował tych produktów w odpowiedniej ilości. Zdaniem Odwołującego ilości wskazane w załączniku nr 8 należało przemnożyć przez liczbę lat (pięć) wymaganych w SIWZ.

Analiza treści SIWZ oraz treści oferty złożonej przez Infomex sp. z o.o. pozwoliła uznać, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Jak to wynika z pkt XI.1.b) SIWZ oraz treści formularza stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ Zamawiający w odniesieniu do oferowanych mu licencji oprogramowania oczekiwał od wykonawców, iż ci określą jedynie nazwę i wersję licencji. Nie zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, aby w którymkolwiek zapisie SIWZ, czy też późniejszych wyjaśnieniach, wymagał, aby w składanych mu ofertach została określona liczba licencji niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym zbyt daleko idącym byłoby odrzucenie oferty złożonej przez Infomex sp. z o.o. jedynie z powodu nie wpisania w treści załącznika nr 8 do SIWZ odpowiedniej liczby licencji.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga fakt, iż Infomex sp. z o.o. w treści załącznika nr 8 do SIWZ, w tabeli zatytułowanej „*Rozbudowa posiadanego przez klienta oprogramowania backupowego Symantec Backup Exec*” zawierającej wyliczenie obejmujące oferowane Zamawiającemu licencje, z własnej inicjatywy wyliczenie to poprzedził następującą frazą: „*Przedłużenie do 5 lat licencji i wsparcia oprogramowania backupowego Symantec Backup Exec będącego w posiadaniu Zamawiającego*”. Zdaje się to niezbicie potwierdzać, iż zamiarem tego wykonawcy było zapewnienie Zamawiającemu wymaganych przez niego licencji przez określony w SIWZ okres 5 lat.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż zarzuty naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w opisanym powyżej zakresie nie zostały należycie udowodnione, a tym samym nie zasługiwały na uwzględnienie. Nie zostało bowiem wykazane, aby pomiędzy treścią oferty złożonej przez Infomex sp. z o.o. a treścią SIWZ zaistniały jakiegokolwiek sprzeczności, których występowanie uzasadniałoby odrzucenie tej oferty przez Zamawiającego.

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwał jedynie zarzut odnoszący się do oferty złożonej przez Wasko S.A. Nie było sporne między Stronami, iż wykonawca: Wasko S.A., w złożonym wraz z ofertą uzupełnionym załączniku nr 8 do SIWZ, w pkt 6 powołanego załącznika nr 8 do SIWZ, w tabeli zatytułowanej „*Rozbudowa posiadanego przez klienta oprogramowania backupowego Symantec Backup Exec*”, jako piątą na liście zawierającej wyliczenie oferowanych Zamawiającemu licencji wskazał produkt: „*SYMC BACKUP EXEC 2012 ENTERPRISE SERVER OPTION WIN PER MANAGED SERVER INITIAL BASIC 12 MONTHS GOV*” opisany symbolem (PN): „*CPDIWZZ0-BI1GS*”. Tymczasem produktem odpowiadającym wymaganiom Zamawiającego był produkt: „*SYMC BACKUP EXEC 2012 OPTION LIBRARY EXPANSION WIN PER DEVICE BNDL STD LIC GOV BAND S BASIC 12 MONTHS*”, opisany symbolem (PN): 4ENHWZF0-BI1GS. Produkt wpisany w załączniku nr 8 do SIWZ nie był również produktem równoważnym wymaganemu przez Zamawiającego. Tym samym pomiędzy treścią oferty złożonej przez Wasko S.A., a treścią SIWZ zaistniała oczywista sprzeczność.

Zaistnienie opisanych okoliczności potwierdził również sam wykonawca – Wasko S.A. Podnosił on jednak, iż sprzeczność tę należy uznać za omyłkę, która powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Przekonania tego nie podzielił skład orzekający.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, iż elementy podlegające takim zmianom stanowią merytoryczną treść oferty, zaś ich odniesienie do treści SIWZ pozwala stwierdzić, że są one niezgodne z jej postanowieniami. Ponadto ich omyłkowe (odmienne) określenie musi wskazywać, iż wykonawca oferuje inny zakres świadczenia niż przewidziany w SIWZ. Należy także wskazać, iż ich dokonanie przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą stanowić zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów.

W rozpoznawanej sprawie, w ocenie Izby, nawet jeśli dopuścić, iż wskazanie na niewłaściwy produkt było omyłkowe, jak przedstawiło to Wasko S.A., to dokonanie jej poprawienia pociągałoby za sobą konieczność przeprowadzenia niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji Zamawiającego z tym wykonawcą. Co istotne nie zostało udowodnione, aby z treści oferty złożonej przez Wasko S.A., ani z dokumentów do niej załączonych, wynikało w jakikolwiek sposób, iż przedmiotem tej oferty został objęty produkt opisany symbolem (PN): 4ENHWZF0-BI1GS. Wasko S.A. podjęło jedynie próbę wykazania, iż jego zamiarem było zaoferowanie Zamawiającemu spornego produktu. Ustalenie tej okoliczności wymagałoby jednak wyraźnego oświadczenia przez samego wykonawcę, że oferuje on Zamawiającemu ten właśnie produkt, efektem czego musiałoby być następnie zastąpienie jednego produktu innym, tym który spełnia wymagania określone w SIWZ. Sytuację taką ocenić należałoby nie jako poprawienie oferty już złożonej, ale jako złożenie w tym zakresie nowej oferty. Podobnie Izba w orzeczeniu KIO 2446/11.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż potwierdził się zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wasko S.A., z uwagi na fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Uwzględniając poczynione ustalenia, Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana przez Zamawiającego na trzeciej pozycji, wykazał jedynie, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Wasko S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Nie wykazał jednak, że poczyniony przez Zamawiającego wybór oferty złożonej Infomex sp. z o.o. jest nieprawidłowy, nie udowodnił bowiem, że oferta ta powinna zostać odrzucona. Mając na uwadze te okoliczności, a także przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała, iż stwierdzone przez Izbę naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W przypadku, gdy wybrany Wykonawca, tj. Infomex sp. z o.o. będzie uchylał się od zawarcia umowy, Zamawiający będzie mógł wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. W takim przypadku, po odrzuceniu oferty złożonej przez Wasko S.A., to Odwołujący zostanie Wykonawcą, który będzie mógł stanąć przed szansą na wykonanie umowy w sprawie realizacji przedmiotu zamówienia. Kierując się tym przekonaniem, Izba uwzględniła rozpoznawane odwołanie, mając w szczególności na uwadze to, że nienakazanie przez Izbę odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Wasko S.A., w sytuacji, gdy zostało udowodnione w toku postępowania odwoławczego, iż oferta ta powinna zostać odrzucona, doprowadziłoby do pozostania w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty, która jest wadliwa. W takim przypadku,

przyjmując, iż wybrany Wykonawca, tj. Infomex sp. z o.o. będzie uchylał się od zawarcia umowy, Zamawiający zostanie pozbawiony możliwości skorzystania z regulacji art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Nie będzie bowiem, w świetle ustaleń poczynionych przez Izbę, miał możliwości dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Nie będzie on bowiem mógł za ofertę najkorzystniejszą uznać sklasyfikowanej obecnie na miejscu drugim, oferty Wasko S.A., a następnie zawrzeć niepodlegającej unieważnieniu umowy. Uwzględniając tę okoliczność, Izba uznała, iż stwierdzone naruszenie (zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wasko S.A.) może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, dlatego też, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia odwołania, właściwym jest zasądzenie kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący: