

Sygn. akt KIO/UZP 343 /09

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska
Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio
Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **TRADEX SYSTEMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 02-372 Warszawa ul. Opaczewska 42/110** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych - Departament Zamówień Publicznych 00-701 Warszawa ul. Czerniakowska 16** protestu z dnia **23 lutego 2009 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża TRADEX SYSTEMS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością 02-372 Warszawa ul. Opaczewska 42/110

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **TRADEX SYSTEMS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością 02-372 Warszawa ul. Opaczewska 42/110,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TRADEX SYSTEMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 02-372 Warszawa ul. Opaczewska 42/110**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych Departament Zamówień Publicznych w Warszawie, ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup ITS do projektu Active Directory.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 roku Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej ustawą – Pzp.

W dniu 23 lutego 2009 roku TRADEX System Sp. z o.o. w Warszawie złożył protest na czynność Zamawiającego polegającą na:

- 1) naruszeniu art. 89 oraz art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp poprzez błędną ocenę i odrzucenie oferty Protestującego
 - 2) naruszeniu art. 89 oraz art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp poprzez błędną ocenę i nie odrzucenie oferty CONSORTIA Sp. z o.o. w Warszawie oraz COPI S.A.
- oraz wniósł o powtórny ocenę ofert oraz o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 2009.02.12, sygn. 993200j370jIN-126j09, poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w powyższym postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Protestującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp.

Protestujący stoi na stanowisku, że Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej.

Oferta Protestującego jest zgodna z wymaganiami SIWZ, zawiera wszelkie wymagane informacje. Protestujący na str. 5 oferty określił w sposób jednoznaczny i precyzyjny wersję zaoferowanego oprogramowania, tj. w pkt. 1.1.b "SANtricity Storage Manager, SANtricity Snapshot, SANtricity VolumeCopy", w pkt. 1.2 "SANtricity Remote Volume Mirror", w pkt. 1.3 "VMware Infrastructure Enterprise" i w pkt. 1.4 "VMware VirtualCenter 2.5" oraz zobowiązanie, że zaoferowane oprogramowanie zostanie dostarczone w najnowszej dostępnej wersji. W związku z powyższym, wymóg określenia wersji oprogramowania, a tym samym jednoznacznego wskazania przedmiotu oferty został niewątpliwie spełniony. Protestujący nadmienił, że w ofercie firmy BIW Koncept Sp. z o.o., B3 System S.A., Qumak-Sekom S.A., Comarch S.A., CONSORTIA Sp. z o.o. i COPI S.A. (w pkt. 1.1.b lub 1.2 lub 1.3 lub 1.4), brak jest jakiegokolwiek określenia wersji zaoferowanego oprogramowania, co nie skutkowało odrzuceniem ofert tych Wykonawców w trybie art. 89

ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Takie wybiórcze działanie Zamawiającego jednoznacznie narusza art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Oferta CONSORTIA Sp. z o.o. nie spełnia wymagań siwz i powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 ustawy – Pzp, ponieważ nie została zabezpieczona wadium. Gwarancja ubezpieczeniowa wadialna nr 3016959/8401 z dnia 2008.12.05 wystawiona przez TU "HDI-Gerling Polska Towarzystwo Ubezpieczeniowe S.A." z siedzibą w Warszawie złożona przez Wykonawcę dla zabezpieczenia jego oferty wadium nie obejmuje wszystkich wymaganych ustawą powodów zapłaty wadium. W szczególności brak jest zobowiązania gwaranta do zapłaty wadium w przypadku, gdy Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw. W związku z powyższym, Wykonawca powinien zostać wykluczony w trybie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy pzp, a jego oferta odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy pzp.

Zamawiający pismem z dnia 2009.01.05, sygn. 993200/370/IN-4/08 dokonał zmiany zapisów w formularzu cenowym (pkt. V Formularza oferty) powołując się na oczywistą omyłkę pisarską. Podkreślamy, że dokonana przez Zamawiającego zmiana zapisów oferty nie wyczerpuje znamion oczywistej omyłki pisarskiej. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO i UZPoczywistą omyłką pisarską jest "taka omyłka, co do której nie zachodzą żadne wątpliwości, że błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów (...)" (UZP/ZO/0-252/07, podobnie stanowią wyroki KIO/UZP206/08, KIO/UZP211/08, UZP/ZO/0-817/07). W związku z powyższym, taka modyfikacja zapisów oferty powinna zostać potwierdzona przez Wykonawcę w terminie nie przekraczającym 3 dni, co w sposób jednoznaczny nie zostało wykonane. W związku z powyższym, wobec braku zgody na poprawienie omyłki w ustawowym terminie, oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 7 ustawy pzp.

Ponadto protestujący podniósł, że oferta COPI Sp. z o.o. nie zawiera w pkt. 1.3 Formularza ofertowego wersji zaoferowanego oprogramowania oraz w pkt. V nie został podany producent, model/nazwa przedmiotu zamówienia.

Oferta firmy COPI S.A. nie spełnia wymagań SIWZ i powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 ustawy pzp, ponieważ:

Zamawiający pismem z dnia 5 stycznia 2009 sygn. 993200/370/IN-5/08 dokonał poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Zgodnie z wymaganiem

Zamawiającego, w formularzu cenowym w pkt. V formularza ofertowego, w kol. 3 Wykonawca zobowiązany był do podania cen jednostkowych brutto (uwzględniających podatek VAT). Biorąc pod uwagę ten fakt, Zamawiający dokonał zmian w formularzu ofertowym Wykonawcy w sposób całkowicie dowolny i niczym nie uprawniony, przyjmując, że Wykonawca w kol. 3 podał ceny jednostkowe netto (bez podatku VAT). Przyjęte przez Zamawiającego założenie jest pozbawione wszelkich racjonalnych przesłanek, sprzeczne z zasadami rachunkowości oraz orzecznictwem KIO i UZP w tym względzie. Zgodnie z tymi zasadami, oferta Wykonawcy powinna zostać poprawiona na kwotę całkowitą brutto 449732,00 PLN. Odwołujący się podkreślił, że Wykonawca do dnia 19 lutego 2009 roku nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

Odwołujący się podkreślił, że w ofercie Wykonawcy w pkt. V formularza ofertowego nie został podany producent, model/nazwa przedmiotu zamówienia.

W związku z przytoczonymi powyżej faktami, oferty firm CONSORTIA Sp. z o.o. i COPI S.A. powinny zostać odrzucone w trybie art. 89 ust. 1 ustawy pzp.

W ocenie Protestującego odrzucenie jego oferty oraz wybór oferty nie spełniającej wymagań SIWZ narusza art. 7 ust. 1 ustawy oraz godzi w interes prawny Protestującego poprzez ograniczenie jego możliwości uzyskania zamówienia.

Pismem z dnia 3 marca 2009 roku Zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że protest oddalił.

W uzasadnieniu wskazał, że odnośnie zarzutów do oferty nr 7 złożonej przez Protestującego -TRADEX Systems Sp. z o.o. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Załącznik nr 1 Formularz ofertowy, Rozdział I Przedmiot oferty, pkt 1.1 lit. b), 1.2, 1.3, i 1.4 wymagał podania konkretnej wersji oferowanego oprogramowania i jego producenta.

Protestujący w złożonej ofercie (str. 5) w Rozdziale I Przedmiot oferty, w punkcie 1.1 lit. b) wpisał: "wersja -SANtricity Storage Manager, SANtricity Snapshot, SANtricity VolumeCov. oprogramowanie w najnowszej dostępnej wersji, producent -STARUNE COPMUTER" oraz w punkcie 1.2: "wersja -SANtricity Ramota Volume Mirror w najnowszej dostępnej wersji, producent -STARLINE COMPUTER",

Tym samym Protestujący nie określił wersji oferowanego oprogramowania, a jedynie nazwę oferowanego oprogramowania. W ofercie nie został jednoznacznie wskazany przedmiot oferty. Stwierdzenie, że „zaoferowane oprogramowanie zostanie dostarczone w najnowszej dostępnej wersji” nie zmienia faktu, iż w oparciu o zapisy oferty Zamawiający nie

jest w stanie orzec, konkretnie w jakiej wersji produkt jest oferowany przez Wykonawcę. Oferta nie precyzuje tego, a Zamawiający nie jest w stanie ustalić, czy zapis „w najnowszej dostępnej wersji oznacza, że Wykonawca dostarczy oprogramowanie "w najnowszej dostępnej wersji" na dzień składania ofert, na dzień podpisania umowy czy na inny dowolnie wybrany przez Wykonawcę moment.

Zamawiający podtrzymał decyzję z dnia 12 lutego 2009 r., znak pisma 993200/370IIN-126/09, na podstawie której oferta Protestującego została odrzucona.

Odnosząc się do zarzutu nie zabezpieczenia oferty wadium Zamawiający W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział II, Podrozdział V zgodnie z obowiązującymi na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 17 października 2008 r. przepisami zamieścił katalog sytuacji, w których ma prawo zatrzymać wadium. tj. w sytuacji, gdy Wykonawca, którego oferta została wybrana: a) odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, c) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Natomiast prawo Zamawiającego do zatrzymania wadium wraz z odsetkami w sytuacji, gdy Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy - Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy - Pzp, lub pełnomocnictw (art. 46 ust. 4a) zostało wprowadzone ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), która weszła w życie 24 października 2008 r., czyli po wszczęciu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ww. ustawy do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie tejże ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszenia, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008 r.

Wobec powyższego złożona przez Consortia Sp. z o.o. ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 3016959/8401 (5607/A000/P31841578/524040504/2008) z dnia 5 grudnia 2008 r., wystawiona przez HDI-Gerling Polska Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego poprawienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Załącznik nr 1

Formularz ofertowy, Rozdział V Formularz cenowy w pierwszej kolumnie, w wierszu 1a wymagał podania nazwy oprogramowania do macierzy dyskowej.

W złożonej ofercie w Rozdziale V Formularz cenowy, kolumna pierwsza, wiersz 1a Wykonawca wpisał "HP Continuous Access EVA4400 Unlimited" zamiast nazwy oprogramowania do macierzy dyskowej -"CommandViewEVA4400Unlimited v8.1, Business Copy EVA4400 unlimited v9.0". O oczywistości popełnionej omyłki pisarskiej świadczą dwa niezaprzeczalne fakty:

- 1) oprogramowanie "HPContinuousAccessEVA4400Unlimited" służy wyłącznie do zapewnienia replikacji danych pomiędzy macierzami w trybie active-active, active-pasive:
- 2) Wykonawca wpisał oprogramowane „HP Continuous Access EVA4400 Unlimited” w punkcie 1.2 Rozdziału I złożonej oferty, czyli w punkcie, w którym zamieszczona miała być wersja oprogramowania zapewniającego replikację danych pomiędzy macierzami w trybie active-active, active-pasive.

W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że dokonana pismem z dnia 5 stycznia 2009 r., znak 993200/370IIN-4/0a zmiana wyczerpuje znamiona oczywistej omyłki pisarskiej.

Odnosząc się do zarzutu nie podania przez Wykonawcę w pkt 1.3 Formularza ofertowego wersji zaoferowanego oprogramowania Zamawiający stwierdził, że Wykonawca, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w złożonej ofercie w Rozdziale I Przedmiot oferty pkt. 13 (str. 3) podał wersję oferowanego oprogramowania: „Infrastructure Enterprise”.

Oдноśnie zarzutu nie podania przez Wykonawcę w Rozdziale V w Formularzu cenowym producenta, modelu/nazwy przedmiotu zamówienia Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca w złożonej ofercie na stronie 3, w Rozdziale I Przedmiot oferty, pkt. 1 wpisał ww. dane, tj. producenta i model lub nazwę przedmiotu zamówienia. 1.1, a) macierz: producent -Hewlett-Packard, typ/model -StorageWorks EVA4400 Disk Array b)oprogramowanie: wersja –Command View EVA4400 unlimited v8.1, Business Copy EVA4400 unlimited v9.0, producent -Hewlett-Packard

1.2. oprogramowanie do zapewnienia replikacji danych pomiędzy macierzami w trybie active-active, active-pasive: wersja -Continuous Access EVA4400 unlimited v9.0, producent - Hewlett-Packard

1.3. sześć licencji na oprogramowanie VMware Infrastructure Enterprise dla 4 serwerów czteroprocessorowych lub równoważne: wersja - Infrastructure Enterprise, producent - VMware

1.4. jedna licencja na oprogramowanie VMware VirtualCenter 2.5 lub równoważne: wersja VirtualCenter 2.5, producent - VMware

Wobec powyższego Zamawiający podtrzymał decyzję z dnia 12 lutego 2009 r., znak pisma 993200/370/IN-126/09, na podstawie której dokonano wyboru jako najkorzystniejszej oferty nr 1 złożonej przez Wykonawcę -Consortia Sp. z o.o.

Odnosnie zarzutów do oferty nr 2 złożonej przez Wykonawcę COPI S.A. Zamawiający stwierdził, co następuje:

W kwestii zarzutu dokonania poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Pzp Wykonawca w złożonej ofercie w Rozdziale V (str. 2-3) zamieścił wypełniony formularz cenowy. Zamawiający podczas badania ofert stwierdził, że w Rozdziale V Formularz cenowy w poszczególnych wierszach tego formularza, iloczyn wartości zawartych w kolumnie "Ilość sztuk" i w kolumnie "Cena jednostkowa z podatkiem VAT w złotych" nie jest równa wartościom podanym w kolumnie "Wartość z podatkiem VAT w złotych". Jednocześnie wartość podana przez Wykonawcę w Rozdziale V Formularz cenowy w wierszu "Łączna wartość oferty" jest taka sama jak w Rozdziale II Cena oferty tj. 548.673,04 zł. W związku z powyższym oraz ze względu na fakt, iż omyłki polegają na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, a ich poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, gdyż nie zmienia się łączna wartość oferty Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Pzp poprawił zaistniałe omyłki.

Na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Pzp Zamawiający poprawia omyłki niekoniecznie mające charakter oczywisty. Czynność poprawienia omyłki na podstawie ww. przepisu jest nieskuteczna, jeżeli w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o jej poprawieniu Wykonawca nie zgodził się na to. Wówczas oświadczenie Wykonawcy o braku zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy – Pzp złożone zamawiającemu w wymaganym terminie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy - Pzp. Omawiany przepis nie obliguje Wykonawcy do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, a jedynie daje możliwość przeciwstawienia się decyzji Zamawiającego poprzez oświadczenie o braku zgody na poprawienie omyłki.

Zamawiający podtrzymał podjętą decyzję i podkreślił, że rozumowanie Zamawiającego zostało oparte na racjonalnych przesłankach.

Odnosząc się do zarzutu nie podania przez Wykonawcę w Rozdziale V w Formularzu cenowym producenta. modelu/nazwy przedmiotu zamówienia Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca w złożonej ofercie na stronie 1, w Rozdziale I Przedmiot oferty, pkt. 1 wpisał ww. dane, tj. producenta i model lub nazwę przedmiotu zamówienia. 1.1.a) macierz: producent -Hewlett-Packard, typ/model -StorageWorks EVA4400 DiskArray b)

oprogramowanie: wersja -Command View EVA4400 unlimited v8.1, Business CopyEVA4400unlimited 9.0, producent -Hewlett-Packard

1.2. oprogramowanie do zapewnienia replikacji danych pomiędzy macierzami w trybie active-active, active-pasive: wersja-ContinuousAccess EVA4400 unlimited v9.0, producent - Hewlett-Packard

1.3. sześć licencji na oprogramowanie VMware Infrastructure Enterprise dla 4 serwerów czteroprocessorowych lub równoważne: wersja -Infrastructure Enterprise 3.5. producent-VMware

1.4. jedna licencja na oprogramowanie VMware VirtualCenter 2.5 lub równoważne: wersja -VMware VirtualCenter 2.5, producent -VMware

Odnośnie zarzutu do ofert złożonych przez Wykonawców: Consortia Sp. z o.o., Copi S.A., ComArch S.A., Qumak-Sekom S.A., B3 System S.A., BIW Koncept Sp. z o.o.- brak określenia wersji oprogramowania w pkt 1.1.b lub 1.2 lub 1.3 lub 1.4 Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca - Consortia Sp. z o.o. w złożonej ofercie na stronie 3, w Rozdziale I Przedmiot oferty, pkt. 1 wpisał wersje oferowanych oprogramowań:

1.1. a) macierz: producent -Hewlett-Packard, typ/model -StorageWorks EVA4400 Disk Array
b) oprogramowanie: wersja -Command View EVA4400 unlimited v8.1, Business Copy EVA4400 unlimited v9.0, producent -Hewlett-Packard

1.2. oprogramowanie do zapewnienia replikacji danych pomiędzy macierzami w trybie active-active, active-pasive: wersja -Continuous Access EVA4400 unlimited v9.0, producent - Hewlett-Packard

1.3. sześć licencji na oprogramowanie VMware Infrastructure Enterprise dla 4 serwerów czteroprocessorowych lub równoważne: wersja -Infrastructure Enterprise, producent -VMware

1.4. jedna licencja na oprogramowanie VMware VirtualCenter 2.5 lub równoważne: wersja VirtualCenter 2.5, producent -VMware

Zamawiający wyjaśnia, że Wykonawca - Copi S.A. w złożonej ofercie na stronie 1, w Rozdziale I Przedmiot oferty, pkt. 1 wpisał wersje oferowanych oprogramowań:

1.1. a) macierz: producent - Hewlett-Packard, typ/model -StorageWorks EVA4400 Disk Array
b) oprogramowanie: wersja -Command View EVA4400 unlimited v8.1, Business Copy EVA4400 unlimited v9.0, producent -Hewlett-Packard

1.2. oprogramowanie do zapewnienia replikacji danych pomiędzy macierzami w trybie active-active, active-pasive: wersja -Continuous Access EVA4400 unlimited v9.0, producent - Hewlett-Packard

1.3. sześć licencji na oprogramowanie VMware Infrastructure Enterprise dla 4 serwerów czteroprocessorowych lub równoważne: wersja • Infrastructure Enterprise 3.5, producent - VMware

1.4. jedna licencja na oprogramowanie VMware VirtualCenter 2.5 lub równoważne: wersja - VMware VirtualCenter 2.5, producent -VMware

Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca - ComArch S.A. w złożonej ofercie na stronie 5, w Rozdziale I Przedmiot oferty, pkt. 1 wpisał wersje oferowanych oprogramowań:

1.1. b) oprogramowanie: nie dotyczy

1.2. oprogramowanie do zapewnienia replikacji danych pomiędzy macierzami w trybie active -active, active-pasive: wersja - Sun Storage Tek Data Services softwareCombo, producent - SUN Microsystems

1.3. sześć licencji na oprogramowanie VMware Infrastructure Enterprise dla 4 serwerów czteroprocessorowych lub równoważne: wersja -VMware Infrastructure Enterprise. producent -VMware

1.4. jedna licencja na oprogramowanie VMware VirtualCenter 2.5 lub równoważne: wersja - VMware VirtualCenter 2.5, producent -VMware

Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca - Qumak -Sekom S.A. w złożonej ofercie na stronie 3, w Rozdziale I Przedmiot oferty, pkt. 1 wpisał wersje oferowanych oprogramowań:

1:1.b} oprogramowanie: wersja -LINUX SOFTWARE UTILITY KIT UTIL-LNX, producent - EMC Corporation

wersja - AIX Software Utilities UTIL-AIX, producent -EMC Corporation

wersja - HPUX SW UTILITY KIT UTIL-HPUX, producent -EMC Corporation

wersja - Windows Software Utilities UTIL-WIN, producent -EMC Corporation

wersja - NAVISPHERE MANAGER LICENSE NAV4-240, producent -EMC

Corporation wersja -SNAPVIEW SV4~240, producent -EMC Corporation wersja -CELERRA NS-480 FC ENABLEMENT LICENSE NS480-FCOPT-L, producent -EMC Corporation

wersja -CELERRA NS-480 CIFS LICENSE NS480-CIFS-L, producent -EMC Corporation

1.2. oprogramowanie do zapewnienia replikacji danych pomiędzy macierzami w trybie active -active, active-pasive: wersja -MIRRORVIEW/A MVA4-240 + MIRRORVIEWIS MVS4-240, producent -EMC Corporation

1.3. sześć licencji na oprogramowanie VMware Infrastructure Enterprise dla 4 serwerów czteroprocessorowych lub równoważne: wersja -VMware Infrastructure 3 Enterprise for 2 processors VI-ENT-C, producent -VMware, Inc.

1.4. jedna licencja na oprogramowanie VMware VirtualCenter 2,5 lub równoważne: wersja - VMware VirtualCenter Management Server 2 for VMware Infrastructure VI-VCMC-C 2.5, producent -Vmware, Inc.

Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca - B3 System S.A. w złożonej ofercie na stronie 4, w Rozdziale I Przedmiot oferty, pkt. 1 wpisał wersje oferowanych oprogramowań:

1.1.b) oprogramowanie: wersja -LinuxJIntel Host Kit, VMware ESX Host Kit. AIXNIO Host Kit, SUN Host Kit, HP-UX Host Kit. 64-Storage Partions Activation, Flash Volume Copy, producent -IBM

1.2. oprogramowanie do zapewnienia replikacji danych pomiędzy macierzami w trybie active -active, active-pasive: wersja -Enhanced Remote Mirroring, producent -IBM

1.3. sześć licencji na oprogramowanie VMware Infrastructure Enterprise dla 4 serwerów czteroprocessorowych lub równoważne: wersja -Infrastructure 3 Enterprise for 2 processors, producent -VMware

1.4. jedna licencja na oprogramowanie VMware VirtualCenter 2.5 lub równoważne: wersja -VirtualCenter wraz z vc 2.5 Management Server 2 for VMware Infrastructure, producent -VMware

Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca - BIW Koncept Sp. z o.o. w złożonej ofercie na stronie 5, w Rozdziale I Przedmiot oferty, pkt. 1 wpisał wersje oferowanych oprogramowań: 1.1.b) oprogramowanie: -1.2. oprogramowanie do zapewnienia replikacji danych pomiędzy macierzami w trybie active -active, active-pasive: wersja -IBM 084700 Enhanced Remote Mirror Activation, producent -IBM Corp.

1.3. sześć licencji na oprogramowanie VMware Infrastructure Enterprise dla 4 serwerów czteroprocessorowych lub równoważne: wersja -VMware Infrastructure Enterprise 3.5, producent -VMware Inc.

1.:4.jedna licencja na oprogramowanie VMware VirtualCenter 2.5 lub równoważne: wersja -VMware VirtualCenter 2.5. producent -Vmware Inc.

Przedstawiając powyższe Zamawiający postanowił jak na wstępie.

W dniu 13 marca 2009 roku Tradex System Sp. z o.o. pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu Odwołujący się podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty wyrażone w proteście.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący się posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 oraz art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp polegający na niewłaściwej ocenie oferty Odwołującego się i w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się z uwagi na fakt, iż w jego ocenie treść oferty nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ Zamawiający wymagał podania w ofertach wersji zaoferowanych oprogramowań (Rozdział I, pkt 1), natomiast Odwołujący się w złożonej ofercie w Rozdziale I, pkt 1.1 lit. b i pkt 1.2 nie podał konkretnej wersji oferowanego oprogramowania, wpisując sformułowanie, iż dostarczy oprogramowanie „w najnowszej dostępnej wersji”. W ocenie Zamawiającego w ofercie nie został jednoznacznie wskazany przedmiot oferty.

Zdaniem Izby stanowisko Zamawiającego nie jest zasadne. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 *in principio* ustawy – Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji.

Zastosowane przez Odwołującego się sformułowanie „w najnowszej dostępnej wersji” samo w sobie nie przesądza jeszcze o niezgodności treści oferty ze specyfikacją. W ocenie Izby, Zamawiający w przedmiotowym przypadku winien był skorzystać z przysługującego mu uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy – Pzp i zażądać od Odwołującego się wyjaśnienia i sprecyzowania użytego przez niego sformułowania. Co prawda, treść wzmiankowanego przepisu, stanowiąca, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż żądanie złożenia wyjaśnień jest uprawnieniem, nie zaś obowiązkiem Zamawiającego, jednakże zaniechanie żądania wyjaśnień i wskutek tego niewłaściwa interpretacja treści oferty, może skutkować skutecznym wniesieniem środków odwoławczych przez wykonawcę. Środki te mogą zaś opierać się wykazaniu, że ocena oferty

została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy. Skład orzekający Izby popiera tym samym stanowisko Zespołu Arbitrów wyrażone w wyroku z dnia 4 lipca 2003 r. (UZP/Z0/0-936/03), w którym, uwzględniając odwołanie, Zespół stwierdził: "Zamawiający może, ale nie musi z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki".

Izba nie uznała natomiast za zasadny zarzut naruszenia art. 89 oraz art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp poprzez błędną ocenę i nie odrzucenie ofert firmy CONSORTIA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz COPI S.A. z siedzibą w Warszawie.

W ocenie Odwołującego się oferta złożona przez CONSORTIA Sp. z o.o. winna zostać odrzucona, ponieważ nie została zabezpieczona wadium. Z treści gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 5 grudnia 2008 roku wynika bowiem, iż Zamawiający będzie uprawniony do żądania wypłaty wadium wyłącznie wówczas, gdy:

- a) odmówi podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie
- b) odmówi wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego się w treści gwarancji winno znaleźć się również zobowiązanie gwaranta do wypłaty wadium w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy – Pzp. W ocenie Odwołującego się CONSORTIA Sp. z o.o. powinna zostać wykluczona w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – Pzp, a jej oferta – odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego się w przedmiotowej kwestii. Art. 46 ust. 4a, uprawniający zamawiającego do zatrzymania wadium również w przypadku, gdy wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, został dodany do ustawy – Prawo zamówień publicznych ustawą z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

Zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 roku do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany

ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Wzmiankowana ustawa weszła w życie w dniu 24 października 2008 roku, zaś przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 17 października 2008 roku, tj. w dniu opublikowania ogłoszenia o przetargu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych nie określa momentu wszczęcia postępowania, niemniej jednak zasadnym jest przyjęcie, iż momentem wszczęcia postępowania jest publikacja ogłoszenia o zamówieniu. Za taką interpretacją przemawiają następujące argumenty:

Art. 40 ust. 1 ustawy – Pzp jednoznacznie przesądza, iż wszczęcie postępowania następuje poprzez ogłoszenie przez zamawiającego o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na własnej stronie internetowej. Przepis ten wyraźnie przesądza, iż momentem tym jest upublicznienie ogłoszenia o przetargu

Przy założeniu, iż ogłoszenie o zamówieniu publicznym stanowi oświadczenie woli, przy ocenie momentu wszczęcia postępowania można się posłużyć również przepisami Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 61 § 1 k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Biorąc pod uwagę, iż adresatem ogłoszenia są oferenci należy uznać, iż skutecznie jest ono złożone z chwilą, z którą mogą oni się zapoznać z jego treścią, a więc w momencie jego upublicznienia.

Mając powyższe na uwadze, wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne następuje w dniu uzewnętrznienia woli zamawiającego. W trybie przetargowym dniem wszczęcia postępowania będzie więc co do zasady data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznym, które publikowane jest w siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym oraz na stronie internetowej, jeżeli zamawiający posiada taką stronę.

Wobec powyższego zasadnym jest stwierdzenie, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 17 października 2008 roku, a więc jeszcze przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Tym samym w postępowaniu nie mają zastosowania przepisy ustawy o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy – Pzp, wobec czego uznać należy, że gwarancja zapłaty wadium złożona przez CONSORTIA Sp. z o.o. odpowiada prawu. Tym samym żądanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp należy uznać za niezasadne.

W ocenie Izby zarzut wadliwego poprawienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie CONSORTIA Sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, załącznik Nr 1 Formularz ofertowy, Rozdział V Formularz cenowy w pierwszej kolumnie, w wierszu 1a wymagał podania nazwy oprogramowania do macierzy dyskowej.

W złożonej ofercie CONSORTIA Sp. z o.o. zamiast nazwy macierzy dyskowej wpisała nazwę oprogramowania HP Continuous Access EVA4400 Unlimited, które to oprogramowanie służy do zupełnie innych celów aniżeli macierz dyskowa. Oprogramowanie to służy wyłącznie do zapewnienia replikacji pomiędzy macierzami w trybie active – active i active – pasive. Jest to fakt, który został przyznany również przez Odwołującego się.

Odwołujący się podniósł, iż w jego ocenie dokonana przez Zamawiającego zmiana zapisów w formularzu oferty CONSORTIA Sp. z o.o. nie wyczerpuje znamion oczywistej omyłki. Powołał się tu na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, iż oczywistą omyłką pisarską jest „taka omyłka, co do której nie zachodzą żadne wątpliwości, że błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów” (m.in. KIO/UZP 206/08, KIO/UZP 211/08).

Odnosząc się do podniesionego zarzutu stwierdzić należy, iż zarówno termin „oczywista omyłka”, jak też zakres takowych omyłek nie został przez ustawodawcę zdefiniowany. Zakres ten każdorazowo winien zostać zbadany przez zamawiającego z wzięciem pod uwagę wszystkich okoliczności sprawy.

W niniejszym przypadku badanie oczywistości omyłki winno wynikać z porównania treści wszystkich zapisów oferty. Skoro CONSORTIA Sp. z o.o. wskazała właściwe nazwy oprogramowań w rozdziale zatytułowanym „Przedmiot oferty”, zaś mylnie wskazała nazwę oprogramowania wyłącznie w formularzu cenowym, przy czym w ocenie Zamawiającego nie ma wątpliwości co do tego, jaka powinna być prawidłowa treść spornego zapisu, należy zgodzić się, iż omyłka ma charakter oczywisty i może zostać przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy – Pzp.

Poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej nie jest czynnością, która dla swej ważności wymaga wyrażenia zgody przez wykonawcę. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy – Pzp stanowi bowiem, że zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie,

niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Tym samym nie można zgodzić się z Odwołującym się, iż dokonana przez Zamawiającego modyfikacja oferty złożonej przez CONSORTIA Sp. z o.o. wymagała potwierdzenia, a wobec jego braku – oferta winna była być odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy – Pzp.

Odnosząc się do zarzutu wadliwego poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Pzp w ofercie COPI S.A. należy zgodzić się z Zamawiającym, iż stosownie do treści wzmiankowanego przepisu Zamawiający poprawia na jego podstawie omyłki, nie mające charakteru oczywistych, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Czynność poprawienia omyłki jest nieskuteczna, jeżeli w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki. Taka redakcja przepisu pozwala na wniosek, iż wykonawca musi złożyć oświadczenie o braku zgody na dokonaną modyfikację. Oświadczenie zaś o wyrażeniu zgody nie jest wymagane dla skuteczności dokonanej poprawki.

Jednocześnie Izba zgadza się z dokonaną przez Zamawiającego klasyfikacją dokonanych poprawek poprzez uznanie, iż dotyczą one omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Pzp. Istotny dla niniejszej sprawy jest bowiem fakt, iż w wyniku dokonanych poprawek nie uległa zmianie całkowita cena oferty.

Izba nie podzieliła argumentów Odwołującego się, jakoby oferty złożone przez COPI S.A. oraz CONSORTIA Sp. z o.o. nie zawierały producenta, modelu/nazwy przedmiotu zamówienia. Analiza ofert oraz stanowisko Zamawiającego wyrażone na rozprawie świadczą o tym, że obie oferty zawierały wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje.

Pomimo uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 oraz art. 7 ust. 1 ustawy – Pzp poprzez błędną ocenę i odrzucenie oferty Odwołującego się, odwołanie podlega oddaleniu, a to z uwagi na treść art. 191 ust. 1a ustawy – Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W niniejszym przypadku oferta Odwołującego się, w przypadku gdyby nie została odrzucona, zostałaby sklasyfikowana na miejscu trzecim z uwagi na przyjęte kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym Odwołujący się nie otrzymałby przedmiotowego zamówienia, co jest równoznaczne z przyjęciem, iż nie zaszyły wynikające z art. 191 ust. 1a ustawy – Pzp przesłanki uzasadniające uwzględnienie odwołania. Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, w tym oferty Odwołującego się, miałyby

ten skutek, iż w wyniku ponownego wykonania nakazanej czynności za najkorzystniejszą zostałyby ponownie uznana oferta złożona przez CONSORTIA Sp. z o.o.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a , ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).