

Sygn. akt: KIO 2665/18

WYROK

z dnia 11 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **bezpieczne.it sp. z o.o., ul. Poleczki 20a, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Marsz. Józefa Piłsudskiego 28, 23-100 Bychawa**

przy udziale wykonawcy **KAMSOFT S.A., ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddała odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - bezpieczne.it sp. z o.o., ul. Poleczki 20a, 02-822 Warszawa i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **bezpieczne.it sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego **bezpieczne.it sp. z o.o.** na rzecz zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bychawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bychawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa i wdrożenie e-usług oraz dostawa sprzętu komputerowego do SPZOZ Bychawa cz. 2”, numer sprawy: ZPZ.251.9.2018. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem nr 2018/S 199-450248 z dnia 16 października 2018 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Drogą elektroniczną w dniu 19 grudnia 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty. W dniu 27 grudnia 2018 r. wykonawca bezpieczne.it sp. z o.o. w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „bezpieczne.it”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechania czynności Zamawiającego, podjętych w części drugiej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

- 1) bezpodstawnym odrzuceniu oferty wykonawcy bezpieczne.it,
- 2) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kamsoft S.A.,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Kamsoft S.A. w związku z brakiem wskazania informacji o oferowanym systemie operacyjnym, mając na uwadze podstawę odrzucenia oferty bezpieczne.it
- 4) ewentualnie zaniechaniu wezwania do wyjaśnień oferty wykonawcy bezpieczne.it sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; w związku z odrzuceniem oferty wykonawcy bezpieczne.it i nie odrzuceniem oferty Kamsoft S.A., niezawierającej informacji o oferowanym systemie operacyjnym, a więc posiadającej identyczną „niedokładność” jak opisana w odrzuceniu oferty bezpieczne.it,

- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty bezpieczne.it, pomimo, że brak jest jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że treść oferty Odwołującego jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z podaniem w informacji o odrzuceniu dwu wzajemnie wykluczających się podstaw odrzucenia,
- 4) art. 91 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wezwania do złożenia ofert dodatkowych,

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty w części 2 zamówienia,
- 3) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania do wyjaśnień Odwołującego, oraz wykonawcę Kamssoft S.A.,
- 4) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert w tym w szczególności wezwania do złożenia ofert dodatkowych w rozumieniu art. 91 ust. 4 ustawy Pzp.

oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego według norm przepisanych.

Odwołujący podał, iż posiada interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ złożył ważną ofertę, która nie podlega odrzuceniu, w związku z czym uwzględnienie odwołania powoduje, że najkorzystniejszą ofertą może stać się jego oferta, przy obowiązku wezwania do złożenia ofert dodatkowych. Konieczność złożenia oferty dodatkowej dotyczy również wybranej oferty wykonawcy Kamssoft S.A., co do której mając na uwadze treść odwołania i bezzasadność odrzucenia oferty Odwołującego nie można stwierdzić, że jest ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu dowołania zostało wskazane m.in., że w informacji z dnia 19 grudnia 2018 r, o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podał, iż odrzucił jego ofertę w pierwszej kolejności stwierdzając, że Wykonawca zaoferował „samą jednostkę centralną, bez monitora”, uznając, tym samym że nie jest ona kompletna. Taką informację Zamawiający uzyskał analizując formularz ofertowy, z którego wynikało, że Wykonawca oferuje zestaw komputerowy. W dalszej części pisma oraz mając na uwadze treść przytoczonych orzeczeń, mających uzasadnić działania Zamawiającego, wskazuje natomiast, że podstawą odrzucenia oferty jest brak podania producenta i modelu monitora, a nie brak zaoferowania w ogóle. Zdaniem Zamawiającego brak podania oferowanych modeli i producenta monitorów otwiera drogę do negocjowania warunków realizacji zamówienia w dalszej części procedury oceny i badania ofert. Na tę okoliczność Zamawiający przytacza szereg orzeczeń KIO. Tym samym

stwierdzić należy, że de facto Zamawiający uznał, że monitor został zaoferowany a jedynie nie został zdefiniowany poprzez podanie konkretnej nazwy, co uniemożliwia mu skorzystanie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, iż z informacji o odrzuceniu oferty wynika, że Zamawiający jako „zestaw komputerowy” rozumiał stację roboczą i monitor (bez myszy, klawiatury oraz kabli zasilających). Zdaniem Odwołującego czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana z naruszeniem przepisów prawa, bowiem w ofercie znajduje się zarówno informacja o producencie monitora jak i informacje o wszystkich parametrach zaoferowanego monitora, co do czego Zamawiający nie wnosił żadnych uwag (załącznik nr 2 - str. 44-45 oferty Odwołującego).

Następnie Odwołujący wskazał na nieścisłości w formularzu ofertowym, w którym wykonawcy zostali zobowiązani do podania ceny za zestawy komputerowe, a nie za poszczególne części składowe. Gdyby Zamawiający żądał podania wszystkich pojedynczych komponentów wyszczególniłby je i zamiast użycia pojęcia „zestaw”, podzieliłby tabelę na elementy, które stanowią elementy zestawu, na które składają się stacja robocza, okablowanie, monitor klawiatura i mysz. Ponadto w treści formularza, podano nazwę producenta monitora „DELL”, która jest nazwą producenta zarówno monitora jak i producenta jednostki centralnej. W takiej sytuacji, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, co do zaoferowanego rozwiązania, winien dopytać, by uzyskać całkowitą pewność co do oceny oferty wykonawcy. Odwołujący podniósł, że ww. okoliczność powinna zostać wyjaśniona w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, którego nie wyłącza przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, przywołany w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dokonał błędnej interpretacji i oceny jego oferty. Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości, że monitor stanowi zakres złożonej oferty, bowiem Wykonawca opisał oferowany monitor i wskazał jego parametry, w załączniku nr 2. W zakresie spełnienia wymagań zaoferowanego sprzętu Zamawiający nie ma żadnej wątpliwości, że otrzymuje taki produkt jakiego wymagał. Wykonawca wypełnił tabelę zgodnie ze wzorem i propozycją Zamawiającego i zaoferował wszystkie komponenty stanowiące przedmiot zamówienia podając ich szczegółowe parametry. Zamawiający nie wskazał, aby Wykonawca miał wyszczególniać poszczególne elementy wchodzące w skład zestawu wskazując je łącznie, aktualizuje się zatem reguła, iż wszelkie błędy i nieścisłości po stronie Zamawiającego nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał błędnej interpretacji ustawy Pzp. Z załącznika nr 2 wynika, że Wykonawca oferuje monitor Dell o konkretnych parametrach. Zamawiający uznał, że zapytanie Wykonawcę o model spowodowałoby negocjacje oferty, podczas gdy uzyskanie nazwy monitora w drodze art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi

jakichkolwiek negocjacji. Zamawiający pomijając obligatoryjną czynność wyjaśnienia oferty, arbitralnie założył, że oferta Odwołującego jest niekompletna i ją odrzucił.

Odwołujący podał, że na nierówne traktowanie Wykonawców i nowe warunki oceny ofert wskazuje okoliczność, iż pomimo wskazania producenta (monitora i stacji roboczej) i symbolu (stacji roboczej) w tabeli, która stała się powodem wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający w stosunku do oferty Kamssoft, nie żądał podania nazwy i producenta systemu operacyjnego w zestawie z serwerem w pozycji nr 1 tabeli. Odwołujący jednocześnie wskazał, że producent serwera nie jest producentem systemu operacyjnego, zatem jeśli traktować obie oferty równo, należałoby obie odrzucić, lub obu wykonawców wezwać do złożenia wyjaśnień. Parametry te mają o tyle istotne znaczenie, że cena systemu operacyjnego serwera stanowi znaczny procent całości ceny zastawu serwer + system operacyjny. Możliwe jest więc w zestawie z serwerem zaoferowanie różnych systemów operacyjnych różnych producentów np.: Linux, (darmowy jeszcze 2 do 3 miesięcy — nowy właściciel IBM zapowiedział zmianę), Windows- Microsoft czy UNIX. Brak podania nazwy producenta systemu operacyjnego rodzi zatem musi identyczne konsekwencje jak to, że Odwołujący, zdaniem Zamawiającego, nie podał nazwy monitora, przy czym w odniesieniu do oferty Kamssoft S.A. Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie zidentyfikować zaoferowanego rozwiązania. Powyższe, w ocenie Odwołującego, stanowi o naruszeniu fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców i faktycznie stawia Kamssoft S.A. w uprzywilejowanej pozycji. Z niewiadomych powodów Zamawiający wobec treści oferty wybranego wykonawcy i braku podania nazwy producenta lub produktu nie miał wątpliwości, natomiast, zdaniem Odwołującego, zasada równego traktowania w obliczu czynności podjętej w stosunku do jego oferty winna skutkować również odrzuceniem oferty wykonawcy Kamssoft S.A., bowiem brak jest informacji jakiego producenta/typ/model oraz jaka ilość licencji systemu operacyjnego została zaoferowana.

Odwołujący podkreślił, że utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie przesądza, że skutki nieprecyzyjnego opisu lub wymagań zawarte w SIWZ, nie mogą obciążać wykonawcy, wskazując, iż zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej (np. w wyroku KIO 473/14) *„Zamawiający muszą pamiętać, iż przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji zamawiającego na wykonawców, które może się skończyć nawet odrzuceniem oferty, stanowi nadużycie prawa.”* Zdaniem KIO, postępowanie o zamówienie musi zapewniać równość reguł zarówno wobec wykonawców, jak i zamawiającego, a te reguły muszą wynikać z SIWZ. Jednocześnie Izba w swoich orzeczeniach wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, zatem Zamawiający ma obowiązek w sposób jednoznaczny opisać swoje wymagania, by nie stawiać wobec wykonawców wymogu wnioskowania o intencji Zamawiającego, tylko dlatego, że sporządzona

przez niego specyfikacja ma nieprecyzyjne brzmienie. Odwołujący podkreślił, że wykonawca ubiegający się o zamówienie stara się złożyć ofertę zgodną z SIWZ. Nie jest przecież celem wykonawcy eksperyment, czy być może, niezależnie od wymagań stawianych w postępowaniu uda mu się zaoferować coś innego, aniżeli oczekuje Zamawiający, albo przedmiot niezgodny z SIWZ. Wykonawca więc, składając ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne, które wyraża się przystąpieniem przez wykonawcę do jednostronnie określonych przez zamawiającego wymagań, stara się sprostać tym warunkom i maksymalnie starannie odczytać oczekiwania stawiane wobec przedmiotu tego postępowania. Tym samym, konkurowanie w postępowaniu o zamówienie publiczne, to nie konkurowanie operatywnością, czy wykonawcy uda się wpasować w nieczytelne wymagania postawione przez Zamawiającego, te bowiem nie powinny dawać pola do snucia domysłów.

Powołując się na regulację art. 14 ustawy Pzp, Odwołujący stwierdził, że do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej i wskazał na art. 6 k.c., z którego wynika, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne i wskazał, że z tej zasady wynika reguła określona w art. 190 ust 1 ustawy. Zamawiający natomiast nie udowodnił, że oferta złożona przez Wykonawcę nie spełnia wymogów SIWZ, skoro wyraźnie oferent wskazuje zgodność wszystkich wymaganych parametrów, wypełniając i dołączając do oferty załącznik nr 2. Na gruncie ustawy Pzp, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie ma żadnych prawnych przeszkód, aby dokonać ewentualnych niezbędnych czynności wyjaśniających.

Odwołujący podkreślił, że z treści jego oferty wynika, że zaoferowano 125 sztuk zestawów komputerowych (formularz oferty), na który składają się urządzenia wskazane w załączniku nr 2, o parametrach tam określonych. W związku z powyższym nie można mówić, o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, bowiem cały zakres stanowiący przedmiot zamówienia, zgodny z granicznymi wymaganiami określonymi przez Zamawiającego został zaoferowany. W orzecznictwie pod pojęciem „treści oferty” należy rozumieć zobowiązanie do spełnienia wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (zob. wyroki KIO 2345/11, KIO/UZP 663/09). Treść oferty to oferowany przedmiot zamówienia oraz jego wielkość lub zakres, a także sposób realizacji przedmiotu zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 31 grudnia 2018 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca KAMSOF T S.A. z siedzibą w Katowicach wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Przystępujący stwierdził m.in., iż Odwołujący powołując się na tabelę z

załącznika nr 3 do SIWZ - Formularza ofertowego dla części 2 (sprzętu komputerowego) wywodzi, że wykonawcy w pozycji nr 1 tabeli poza producentem oraz typem/modelem oferowanego sprzętu mieli zadeklarować również producenta oraz typ/model oferowanego oprogramowania. Nie budzi wątpliwości Przystępującego, że Zamawiający w tej tabeli wymagał zadeklarowania producenta oraz typu/modelu oferowanego sprzętu. Świadczą o tym precyzyjnie określone nazwy kolumn tabeli Formularza ofertowego. Zarówno Odwołujący jak i Przystępujący w tym zakresie identycznie zinterpretowali wymagania powyższej tabeli nie podając informacji o oprogramowaniu, albowiem Zamawiający jednoznacznie określił, iż tabela musi zawierać informacje o tym jaki sprzęt został zaoferowany przez wykonawcę, w szczególności przez podanie „*producenta, typ/model oferowanego sprzętu*”. Zgodnie z Wikipedią „sprzęt komputerowy (ang. hardware) - materialna część komputera. Ogólnie hardware'em nazywa się sprzęt komputerowy jako taki i odróżnia się go od software'u - czyli oprogramowania.” Tym samym, zdaniem Przystępującego, zarzut nierównego traktowania wykonawców poprzez odrzucenie oferty Odwołującego za brak informacji o tym jakie monitory (sprzęt) zostały zaoferowane wraz z oferowanymi zestawami komputerowymi i jednocześnie żądanie odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na brak informacji o oprogramowaniu (pomimo braku takiego wymogu) jest chybiony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp Przystępujący wskazał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na tej podstawie, albowiem Odwołujący przeciwnie do twierdzeń podniesionych w odwołaniu, w żadnym miejscu oferty nie podał jakie monitory oferuje. Zamawiający żądał w załączniku nr 3 do SIWZ - formularz ofertowy podania producenta, typ i model oferowanego sprzętu. Odwołujący w formularzu tym na str. 3 swojej oferty, w pozycji 5 tabeli „zestaw komputerowy” zadeklarował „Dell Optiplex 3060SFF”. Informacja ta dotyczy wyłącznie komputera, jednakże nie można z niej wywieść jaki monitor został zaoferowany wraz z ww. komputerem. Należy zauważyć, że zadeklarowany przez Odwołującego komputer jest kompatybilny z większością oferowanych na rynku monitorów. Nie można też przyjąć, że określenie „Dell Optiplex 3060SFF” wskazuje na jakikolwiek monitor. Nawet przyjmując tezę Odwołującego, że został zaoferowany monitor Dell bez wskazania typu i modelu należy zauważyć, że producent Dell na rynku polskim oferuje co najmniej kilkadziesiąt modeli monitorów, w tym co najmniej kilka spełniających minimalne wymagania Zamawiającego określone w załączniku nr 2 do SIWZ (OPZ). Odwołujący powołując się na str. 44-45 swojej oferty (załącznik nr 2 do SIWZ-OPZ) wskazuje, że podał precyzyjnie jaki monitor oferuje, podczas gdy w tym miejscu przekopiował minimalne parametry oczekiwane przez Zamawiającego do kolumny parametrów oferowanych, nie podając żadnych informacji wskazujących na to jaki monitor został przez niego zaoferowany.

Przystępujący podniósł, iż wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie informacji jaki monitor został zaofertowany stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści oferty po terminie jej złożenia, albowiem Odwołujący zyskałby prawo do wskazania dowolnego monitora spełniającego minimalne wymagania. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zajmowała stanowisko w tym zakresie, które potwierdza prawidłowość działań Zamawiającego. Przystępujący przywołał wyrok KIO 2094/16 z dnia 21.11.2016 zgodnie z którym: *„Uzupełnianie obligatoryjnych danych, które pierwotnie powinny być zamieszczone w ofercie - jako jej istotna treść - w drodze udzielanych przez wykonawcę wyjaśnień wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, gdyż prowadzi do niedozwolonej zmiany treści oferty po wyznaczonym czasie na składanie ofert, a ponadto świadczyłoby o niedozwolonych negocjacjach między zamawiającym a wykonawcami.”* oraz wyrok KIO 1759/16 z dnia 05.10.2016 zgodnie z którym: *„Brak żądanych informacji odnoszących się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia nie może zostać uzupełniony w wyniku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Skoro zamawiający żąda podania nazwy modelu oraz producenta to oznacza to, iż wykonawca winien tak sprecyzować oznaczenie wyrobu, aby pozwalało to na jego jednoznaczna identyfikację.”*

W ocenie Przystępującego nie jest również możliwe wnioskowane przez Odwołującego zakwalifikowanie braku wskazania oferowanych monitorów jako innej omyłki i zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Przystępujący w tym zakresie wskazuje na istotność takiej zmiany, gdyż przedmiot zamówienia dotyczy 125 sztuk komputerów z monitorami (zestawów komputerowych). Zestawy te w ofercie Odwołującego stanowią ponad 61% wartości całej dostawy. Ponadto działanie takie stanowiłoby uzupełnienie przedmiotu zamówienia, a nie poprawę omyłki.

W dniu 8 stycznia 2019 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska, Zamawiający m.in. podał, iż w formularzu ofertowym wymagał podania producenta i typu oraz modelu oferowanego sprzętu. Pozycja 5 formularza ofertowego obejmowała cyt. „zestaw komputerowy”. A więc wymóg podania producenta i modelu sprzętu odnosił się do pojęcia „zestaw komputerowy”. Pojęcie zestaw komputerowy zostało zdefiniowane przez zamawiającego załączniku Nr 2 podrozdział 1.5. cyt.: „zestawy komputerowe 125 sztuk (jednostka centralna i monitor). Odwołujący nie określił w swojej ofercie producenta oraz modelu proponowanego monitora, podał natomiast jedynie producenta oraz model jednostki centralnej „DELL Optiplex 3060SFF”. Producent DELL nie ma w swojej ofercie zestawów polegających na połączeniu jednostki centralnej i monitora, występujących pod jedną nazwą handlową. Na rynku istnieje wiele serii oraz modeli monitorów, oferowane są modele o różnych

parametrach i specyfikacjach technicznych, z których część spełnia wymagania SIWZ, a część ich nie spełnia. Wykonawca nie podał oferowanych modeli i producenta monitorów, a w konsekwencji umożliwił wskazanie oferowanego produktu wybranego przez siebie modelu po terminie otwarcia ofert. Brak w ofercie informacji umożliwiającej dokonanie jednoznacznej identyfikacji oferowanego produktu - poprzez wskazanie jego typu/modelu oraz producenta uniemożliwia Zamawiającemu jego identyfikację, a tym samym niemożliwe jest dokonanie jakiegokolwiek badania i oceny zgodności z postawionymi wymaganiami. W ocenie Zamawiającego wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oferty o producenta i model oferowanych monitorów stanowiłoby naruszenie przepisu art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odnosząc się do dalszej części zarzutu o nierównym traktowaniu Wykonawców, Zamawiający nadmienił, iż z nagłówka tabeli z załącznika nr 3 do SIWZ Formularz ofertowy dla części 2 (sprzęt komputerowy) jednoznacznie wynika, iż Zamawiający oczekuje zidentyfikowania oferowanego sprzętu (Producent, typ/model oferowanego sprzętu). Zamawiający nie wymagał podania producenta oraz nazwy proponowanego systemu operacyjnego dla serwera bazodanowego, ponieważ de facto nie wymagał jego dostarczenia. W załączniku nr 2 „Opis przedmiotu zamówienia część 2 - sprzęt komputerowy” w tabeli 1.1 serwery bazodanowe, Zamawiający wymagał wraz z dostawą sprzętu (serwerów) świadczenie usługi polegającej m.in. na zainstalowaniu „systemów operacyjnych certyfikowanych dla serwerów baz danych Oracle.” (wiersz 22 „usługi” tabela 1.1 OPZ). Taki opis przedmiotu zamówienia wynika z prostego faktu, iż wspomniany certyfikowany system operacyjny dla baz danych Oracle jest produktem zupełnie darmowym, dostępnym w formie elektronicznej i w takim przypadku trudno jest mówić o jakiegokolwiek dostawie. Istnieją naturalnie inne komercyjne systemy operacyjne na których baza danych Oracle może pracować, natomiast zakup ich w sytuacji gdy certyfikowany przez producenta system jest darmowy, byłby logicznie i ekonomicznie nieuzasadniony. Zamawiający zauważył, iż Odwołujący podnosi prawdopodobieństwo zmian w licencjonowaniu przez nowego właściciela (firmę IBM), natomiast Zamawiający przygotowując postępowanie musi opierać się o stan faktyczny na czas przeprowadzenia postępowania, nie może bazować na ogólnych, niepotwierdzonych i bliżej nieokreślonych w czasie zapowiedziach medialnych. Powyższe, w ocenie Zamawiającego, wskazuje, że zarzut o identycznej „niedokładności” w ofertach firmy Kamssoft S.A. i bezpieczne.it Sp. z o.o. jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że jest merytorycznie chybiony oraz wskazał, iż 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. daje Zamawiającemu możliwość poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie,

omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, jednak z zastrzeżeniem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Jednak omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W ofercie Wykonawcy brak jest natomiast informacji w zakresie modelu i producenta oferowanych monitorów. Porozumiewanie się w tej mierze Zamawiającego z Wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty. Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że brak informacji w zakresie modelu i producenta oferowanych urządzeń (monitorów) stanowi błąd w treści oferty niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym wystąpiła przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy ze względu na błąd w treści oferty niemożliwy do poprawienia.

Zamawiający dodał, że swoje rozstrzygnięcie opiera na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która podkreśla, że: *„brak podania modelu/symbolu zaoferowanego monitora (...) nie tylko uniemożliwił zamawiającemu weryfikację treści oferty pod względem zgodności z wymaganiami szczegółowego opisu SIWZ, ale przede wszystkim uniemożliwił identyfikację zaoferowanych produktów, lub też oznacza ich nie zaoferowanie, co stanowi jednoznaczny i nieusuwalny w żadnym trybie dopuszczonym ustawą Prawo zamówień publicznych - brak oferty i wystarczającą podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy - jedynie z tej przyczyny. Uzupelnienie nazwy (..) w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych , stanowiło niedozwolone negocjacje oraz zmianę treści oferty po upływie terminu jej złożenia, czego wymieniony przepis nie dozwala" - (KIO 399/17; KIO 438/17; KIO 439/17). „Niesprecyzowanie przedmiotu oferowanego świadczenia przesądza o wadliwości oferty i stanowi zasadniczą podstawę do jej odrzucenia, jako niezgodnej z treścią SIWZ - nawet bez potrzeby dalszych dociekań, czy ewentualnie taką ofertę można uznać, czy też nie za niezgodną z innymi wymaganiami zamawiającego, w tym wymaganiami natury technicznej" - (KIO 2058/16j. „Brak informacji w zakresie typu i modelu oferowanych urządzeń stanowi błąd w treści oferty niemożliwy w przedmiotowej sytuacji do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawo zamówień publicznych "-(KIO 184/16). „Wymagane w SIWZ dane identyfikujące przedmiot oferty, a do takich należy zaliczyć informacje o producencie i typie oferowanego urządzenia równoważnego, są treścią oferty sensu stricte" - (KIO 88/17; KIO 95/17). „Brak wskazania i skonkretyzowania przedmiotu dostawy na etapie składania ofert należy uznać za niezgodność treści oferty z siwz polegającą na niewłaściwym, tzn. niezgodnym z wymaganiami siwz, opisanii przedmiotu dostawy" - (KIO 1292/11). „koro wykonawca zobowiązany był podać „producenta, model, itd." zaoferowanych produktów i informacji tych nie podał to przesądza to o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ"- (KIO 2662/14).*

Następnie Zamawiający podał, iż Odwołujący w żadnym miejscu oferty nie zadeklarował producenta i modelu oferowanych monitorów, co uniemożliwiło Zamawiającemu ocenę oferty pod względem zgodności z wymaganiami SIWZ. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 19 grudnia 2018 Zamawiający jasno opisał, że z formularza ofertowego ani z dalszej części oferty nie wynika jaki model monitora został zaoferowany, a co więcej czy w ogóle jakkolwiek monitor został zaoferowany. Zamawiający poprzez błąd w ofercie Odwołującego nie jest w stanie rozsądzić czy Odwołujący zaoferował jakiegokolwiek monitory czy nie zaoferował ich wcale, więc podstawą do odrzucenia oferty jest brak podania producenta i modelu monitorów, których podanie było wymagane treścią SIWZ. Postępowanie jest prowadzone na dostawę profesjonalnego sprzętu informatycznego dla jednostek Zamawiającego. Zakładając, iż Odwołujący przystępując do postępowania również jest profesjonalistą, który ma na co dzień do czynienia z profesjonalnym sprzętem, wie, iż elementy jednostek centralnych takie jak myszy, klawiatury czy kable zasilające, są częścią zestawów wszystkich profesjonalnych producentów jednostek centralnych klasy biznes. Dlatego też w załączniku Nr 2 podrozdział 1.5. cyt.: „zestawy komputerowe 125 sztuk (jednostka centralna i monitor) Zamawiający jasno i jednoznacznie sprecyzował jaki sprzęt składa się na „Zestaw komputerowy” i zidentyfikowania tego sprzętu wymagał w formularzu ofertowym. Wbrew twierdzeniu Odwołującego w żadnej części jego oferty nie ma określenia producenta monitora. Określenie „DELL Optiplex 3060SFF” wskazuje tylko i wyłącznie na jednostkę centralną, co łatwo zweryfikować, choćby wpisując tą frazę w wyszukiwarkę google. Dlatego też, jeśli intencją Odwołującego było zaoferowanie w zestawie również monitorów, nie ma możliwości ich identyfikacji i oceny pod względem zgodności z wymaganiami OPZ.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, z którego wynika, że podał wszystkie parametry monitorów w tabeli załącznik nr 2 - str. 44-45 oferty, ponieważ Odwołujący jedynie skopiował minimalne wymagania Zamawiającego, co nadal nie pozwala Zamawiającemu na jednoznaczną identyfikację produktu. Urządzenia jakimi są monitory posiadają znacznie więcej parametrów niż te kluczowe, których spełnienia wymagał Zamawiający.

Zamawiający podniósł, że zastosował w niniejszym postępowaniu procedurę, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp. W związku z tym najpierw przystąpił do oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ. W wyniku tej oceny oferta Odwołującego okazała się niezgodna z SIWZ, co spowodowało, że jedyną ofertą spełniającą wymagania SIWZ w przedmiotowym postępowaniu okazała się oferta firmy Kamssoft S.A. i Wykonawca ten został wezwany do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W tym przypadku wezwanie do złożenia

ofert dodatkowych na art. 91 ust. 4 ustawy Pzp pozostaje bezzasadne i nielogiczne, ponieważ oferta Wykonawcy Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i w dalszej części postępowania zostałyby i tak odrzucona.

Zamawiający obowiązany był do odrzucenia oferty Odwołującego bez uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień. Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Oferta nieodpowiadającą treści SIWZ to taka, która jest sporządzona merytorycznie odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. W niniejszej sprawie odmienność ta przejawiała się poprzez brak sprecyzowania w ofercie proponowanego urządzenia, tj. niewskazania producenta oraz modelu proponowanego monitora.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, w tym SIWZ, złożonymi ofertami, a także materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk stron oraz wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, mógłby zatem liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawca zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: KOMSOFT S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej również: „Przystępujący”) wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. W związku z powyższym ww. wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikiem.*

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania oraz złożone do akt sprawy dowody.

Następnie Izba ustaliła:

Stosownie do załącznika nr 3 do SIWZ, stanowiącego Formularz oferty, wykonawcy byli obowiązani, w przedstawionej tabeli, w odniesieniu do wprowadzonych w niej pozycji, m.in. poz. 5 „Zestawy komputerowe – zakup” w kolumnie 3 podać: „Producent, typ/Model oferowanego sprzętu”. W kolumnie 4 „Ilość” w poz. 5 wpisana jest liczba „125” W ofercie Odwołującego w tej pozycji znajduje się wpis: „Dell Optiplex 3060SFF”

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego Zamawiający podał m.in., iż oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający podał, uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji w znacznej części powtórzone w ww. obszernie przytoczonej odpowiedzi na odwołanie. W szczególności Zamawiający podał, iż brak w ofercie informacji umożliwiającej dokonanie jednoznacznej identyfikacji oferowanego produktu - poprzez wskazanie jego typu/modelu oraz producenta uniemożliwia Zamawiającemu jego identyfikację, a tym samym niemożliwe jest dokonanie jakiegokolwiek badania i oceny zgodności z postawionymi wymaganiami. Dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp daje Zamawiającemu możliwość poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, jednak z zastrzeżeniem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Jednak omyłki, o których mowa w ww. przepisie winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W ofercie Wykonawcy brak jest informacji w zakresie modelu i producenta oferowanych urządzeń-monitorów. Porozumiewanie się w tej mierze Zamawiającego z Wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty. Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że brak informacji w zakresie modelu i producenta oferowanych monitorów stanowi błąd w treści oferty niemożliwy w przedmiotowej sytuacji do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięźle przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zarzuty odwołania powinny być wyraźnie postawione, wskazywać konkretną niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego

lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp) i określać sposób naruszenia przepisu. Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba związana jest zakresem zarzutów zawartych w odwołaniu. W ocenie Izby zarzuty przedstawione w odwołaniu nie potwierdziły się.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że z SIWZ wynikało, co należy rozumieć przez zestaw komputerowy. Po pierwsze, zauważenia wymaga, iż samo określenie „zestaw” oznacza, że musi w jego skład wchodzić więcej niż jeden element. Tym samym przez zestaw komputerowy należy rozumieć więcej niż jeden sprzęt wchodzący w skład takiego zestawu. Po drugie, w załączniku nr 2 do SIWZ – *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia/tabela parametrów technicznych część nr 2 sprzęt komputerowy* zamieszczony został pkt 1.5.: „Zestawy komputerowe 125 szt. (jednostka centralna + monitor)”, gdzie w kolumnie trzeciej tabeli Zamawiający określił wymagania minimalne dla jednostki centralnej oraz dla monitora, zaś w kolumnie czwartej wymagał podania oferowanych parametrów.

Powyższe w ocenie Izby wskazuje, że z SIWZ wynika, co należało rozumieć przez zestaw komputerowy, o którym mowa w poz. 5 tabeli w Formularzu ofertowym, a zatem wykonawcy byli obowiązani podać producenta, typ/model zarówno jednostki centralnej, jak też monitora.

Jak zostało wykazane na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego, podane przez Odwołującego w Formularzu oferty, w odniesieniu do zestawu komputerowego, dane w postaci: „*Dell Optiplex 3060SFF*”, oznaczają jedynie jednostkę centralną. Oznacza to, że w wymaganym do tego miejscu Odwołujący nie podał danych identyfikujących monitor.

Za nieudowodnione należy uznać, w ocenie Izby, twierdzenie Odwołującego, że ze złożonego przez niego załącznika nr 2 wynika jaki monitor został przez niego zaoferowany tj., jak podał dopiero na rozprawie, że chodzi o monitor E2218HN.

.Załącznik nr 2 do SIWZ został tak skonstruowany, że w kolumnie trzeciej zostały podane przez Zamawiającego minimalne parametry zamawianego monitora, natomiast kolumna czwarta została pozostawiona do wypełnienia przez wykonawców poprzez podanie parametrów oferowanego sprzętu (jednostki centralnej i monitora). Odwołujący wypełniając ten załącznik w części dotyczącej monitora wstawił wyraz: „Tak” oraz powtórzył minimalne parametry określone przez Zamawiającego w danej pozycji. Dotyczy to także pozycji 8, którą Odwołujący wskazywał na rozprawie, jako przykład zindywidualizowanego określenia parametrów dla określenia konkretnego modelu monitora.

Z dowodów złożonych przez Przystępującego wynika, iż minimalne wymagania określone przez Zamawiającego spełnia więcej niż jeden monitor. Pismo producenta DELL Sp. z o.o. wskazuje na przedmiot i numer przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia oraz zawiera oświadczenie: „*DELL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako producent oświadcza,*

że do ww. postępowania oczekiwania zamawiającego spełniają dwa monitory Dell tj. E2218HN a także E2216H.” Z kolei w piśmie z dnia 10 stycznia 2019 r. MMD - Monitors & Displays Nederland BV, reprezentującej w Polsce markę Philips w zakresie monitorów komputerowych zostało podane, że monitor PHILIPS 221S8LDAB spełnia wszystkie minimalne wymagania podane w tabeli zamieszczonej w tym piśmie, które odpowiadają minimalnym parametrom określonym przez Zamawiającego w załączniku 2 do SIWZ.

Tym samym należy uznać, iż Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, z którego wynika, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

Brak podania producenta, typu/modelu zaoferowanego monitora, stanowi nieusuwalny brak oferty, bowiem oznacza brak złożenia oświadczenia woli Odwołującego, co do tego jaki konkretny monitor oferuje. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że sposób sporządzenia oferty przez Odwołującego uniemożliwia zbadanie tej oferty przez Zamawiającego pod względem zgodności z wymaganiami SIWZ. W ocenie Izby nie można braku podania przez Odwołującego wymaganych danych, identyfikujących objęty zamówieniem monitor, uznać za inną omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Jakkolwiek jest to niezgodność z SIWZ to jednak nie można tego braku uznać za omyłkę i to taką która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Przedmiot zamówienia obejmuje zakup 125 zestawów komputerów, w tym 125 monitorów, a zatem brak dotyczy znaczącej części zamówienia. Nadto sugerowane przez Odwołującego uzupełnienie przez Zamawiającego oferty Odwołującego o konkretny model monitora, z uwagi na brak w ofercie informacji o konkretnym monitorze, jaki Odwołujący zamierza zaoferować Zamawiającemu, mogłoby nastąpić dopiero po wystąpieniu o wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co stanowiłoby niedozwolone negocjacje oraz zmianę treści oferty po upływie terminu jej złożenia. Nie można natomiast podzielić stanowiska Odwołującego, iż powyższy brak podania producenta i modelu monitora jest jedynie brakiem formalnym, niemającym istotnego znaczenia. Przeciwnie, jest to brak o istotnym znaczeniu, dotyczy bowiem braku w zakresie wymaganego oświadczenia woli wykonawcy.

Za nieudowodniony należy uznać zarzut Odwołującego dotyczący nierównego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. W tym zakresie zauważenia wymaga, iż Odwołujący w odwołaniu, jako uzasadnienie faktyczne zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp wskazał, iż Przystępujący w swojej ofercie nie podał informacji o oferowanym systemie operacyjnym i wskazywał, iż jest to porównywalny brak jak

w ofercie Odwołującego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż nie było takiego wymogu w SIWZ, zaś Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego zauważył m.in., iż wymóg zadeklarowania producenta oraz typu / modelu dotyczył oferowanego sprzętu, a nie oprogramowania, co również Odwołujący tak rozumiał, bowiem także nie podał takich informacji. Powyższe stanowiska potwierdza treść SIWZ i ofert złożonych w postępowaniu, z których wynika, że ww. dane winny być określone dla sprzętu. Na rozprawie Odwołujący nie zaprzeczył ww. twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, jak również nie przedstawił dowodów, ani argumentacji potwierdzającej podniesiony w odwołaniu zarzut nierównego traktowania wykonawców.

Podniesiona na rozprawie nowa okoliczność faktyczna, tj., że zamiast w Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, lecz w stworzonym przez siebie załączniku nr 6, który nie był wymagany w SIWZ, Przystępujący podał dane oferowanego zestawu komputerowego, dotyczące jednostki centralnej i monitora, nie może być uznana za taką, która przemawia za uzasadnieniem zarzutu nierównego traktowania wykonawców. Wynika to zarówno z tego, iż nie została podniesiona w odwołaniu, jak też z tego, iż w załączniku nr 3 Przystępujący w tabeli w kolumnie 3. zaznaczył, że dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i znajdują się w części niejawnej oferty, tj. w załączniku nr 6, który to załącznik został następnie odtajniony przez Zamawiającego.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez podanie w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego dwóch wzajemnie wykluczających się podstaw odrzucenia tj. poprzez wskazanie na zaoferowanie samej jednostki centralnej, bez monitora, co oznacza uznanie, iż oferta jest niekompletna, a jednocześnie podanie jako podstawy brak podania producenta i modelu monitora, co oznacza, zdaniem Odwołującego, że nie chodzi o brak zaoferowania monitora w ogóle.

Przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o 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,*

W ocenie Izby, treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego jest jasna i nie budzi wątpliwości co do powodów odrzucenia oferty Odwołującego, zarówno w zakresie uzasadnienia faktycznego, jak też w zakresie uzasadnienia prawnego. Nie ma w niej zarzucanych sprzeczności, leżących po stronie Zamawiającego. Treść tego zawiadomienia należy odnosić do treści oferty. Zważywszy na sposób sporządzenia oferty, w której w formularzu ofertowym Odwołujący, pomimo takiego wymogu, nie podał producenta ani modelu monitora, uprawnione byłoby przyjęcie, że wykonawca nie zaoferował monitora. Jednakże w

załączniku nr 2 do SIWZ Odwołujący, wprowadzając powtarzając minimalne parametry określone przez Zamawiającego, to jednak wypełnił kolumnę przewidzianą do wypełnienia przez wykonawców dla podania parametrów oferowanego monitora, co wskazuje, że jednak liczył się z dostawą również monitora, jednak nie jest wiadome jakiego konkretnie.

Za niepotwierdzony należy także uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust 4 ustawy Pzp, który, jak zostało podane w odwołaniu - bez podania uzasadnienia faktycznego tego zarzutu, które zostało wskazane dopiero na rozprawie - zdaniem Odwołującego wynika z zaniechania przez Zamawiającego wezwania do złożenia ofert dodatkowych. W sytuacji, gdy oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, przepis ten nie ma zastosowania. Odnosi się on bowiem do sytuacji, gdy nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert. Oferta odrzucona nie jest brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie wykazał, aby doszło do takiego naruszenia przepisów, pomimo, iż to na nim spoczywał ciężar dowodu, stosownie do art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, jako na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury przedłożonej przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: