

Sygn. akt: KIO 9/12

**WYROK**  
**z dnia 12 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31 - 864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Kościerzyna Urząd Gminy Kościerzyna, ul. Strzelecka 9, 83-400 Kościerzyna,**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
  
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31 - 864 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 S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31 - 864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Kościerzyna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu i oprogramowania oraz wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego w ramach projektu pn.: „eAdministracja -szansa na rozwój społeczeństwa informacyjnego w Gminie Kościerzyna”, Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2011 r. pod poz. nr 201 I/S 116-191639.

W dniu 2 stycznia 2012 r. wykonawca Comarch S.A. wniósł odwołanie wobec:

1. czynności odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na niezgodność z treścią siwz;
2. zaniechania podania przez zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty przyczyn odrzucenia w zakresie wiedzy zamawiającego dotyczącej oferowanych przez odwołującego urządzeń, potwierdzającej jakoby niespełnianie wymagań;
3. zaniechania uwzględnienia wyjaśnień odwołującego dotyczących treści oferty;
4. zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty w sytuacji, w której po udzielonych wyjaśnieniach treść oferty w dalszym ciągu budziła wątpliwości zamawiającego;
5. czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią specyfikacji, podczas gdy niezgodność ta nie występuje;
2. art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie podania w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty przyczyn odrzucenia w zakresie wiedzy zamawiającego dotyczącej oferowanych przez odwołującego urządzeń, potwierdzającej jakoby niespełnianie wymagań;
3. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez nieuwzględnienie treści wyjaśnień udzielonych przez odwołującego odnośnie treści jego oferty;
4. ewentualnie - naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do kolejnych wyjaśnień w sytuacji, w której treść oferty w dalszym ciągu budziła wątpliwości zamawiającego;
5. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy w postępowaniu odwołujący złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynność odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, wobec uznania, że treść oferty jest niezgodna z treścią siwz. Niezgodność ta dotyczyła trzech elementów oferowanego przedmiotu zamówienia, tj.

- 1) zasilacza UPS produkcji Ever - EverPowerline 10-11;
- 2) procesora i3-380M, taktowanego zegarem 2,53 GHz;
- 3) koparki produkcji Kyocera TASK Alfa 420i.

Zamawiający, pismem z dnia 10 listopada 2011 r., zwrócił się o wyjaśnienia do odwołującego w zakresie ww. elementów sprzętowych. Wątpliwości jakie zamawiający powziął dotyczyły:

- 1) w zakresie zasilacza UPS - iż ten jest produkowany tylko w wersji TOWER, a zatem nie nadaje się do montażu w Szafie RACK 19 - co było wymaganiem SIWZ;
- 2) w zakresie procesora i3-380M - iż oferowany model notebooka Vostro 3550 nie jest produkowany w wersji fabrycznie wyposażonej w ww. procesor;
- 3) w zakresie koparki produkcji Kyocera TASK Alfa 420i - iż model ten umożliwia wydruk w rozdzielczości 600x600 dpi, zamiast wymaganych 1200x600.

W odpowiedzi odwołujący pismem z dnia 21 listopada 2011 r. wyjaśnił, co następuje:

1. Pytanie Ad. a) dotyczące Zasilacza UPS.

Oferowane przez Comarch S.A. zasilacze UPS nie są oferowane w wersji fabrycznej (seryjnej). Zasilacze UPS oferowane przez Comarch S.A. są przystosowane do montażu w szafie RACK 19, gdyż zostały przygotowane specjalnie na potrzeby wymagań sprzętowych zawartych w siwz. W związku z czym oferowany sprzęt, tj. zasilacze UPS Ever Powerline 10-11 posiadają możliwość montażu w szafie RACK 19.

2. Pytanie Ad. b) dotyczące Notebooków.

Oferowane przez Comarch SA. notebooki nie są oferowane w wersji wyposażanej fabrycznie (seryjnie). Na dzień składania ofert w notebookach serii Vostro istniała możliwość instalowania procesora i3-380M. Komponenty oferowanego modelu notebooka, w tym procesor i3-380M, taktowanego zegarem 2,53 GHz, zostały indywidualnie dobrane specjalnie na potrzeby wymagań specyfikacji w ww. postępowaniu, w związku z powyższym oferowany model notebooka spełnia wszystkie wymagania techniczne postawione w siwz.

3. Pytanie Ad. c) dotyczące Koparki cyfrowej.

Oferowana przez Comarch SA. koparka cyfrowa (Kyocera TASK ALFA 420i) nie jest oferowana w wersji seryjnej. Została indywidualnie dostosowana do potrzeb zamawiającego, poprzez wyposażenie jej w komponenty, zapewniające rozdzielczość 1200x600 dpi, co skutkuje pełną zgodnością z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, iż wszystkie ww. urządzenia zostały indywidualnie wyspecyfikowane i dobrane w celu dostosowania oferty do wymagań zamawiającego,

dlatego też oferowany sprzęt nie jest produkcją seryjną i niektóre jego parametry mogą się różnić od danych fabrycznych, występujących w seryjnych specyfikacjach technicznych.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 23.12.2011 r. przesłał faksem odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty. Podał w niej, iż „wyjaśnienia Odwołującego przypominają formułkę często widniejącą na ulotkach reklamowych, czy też specyfikacjach sprzętu, drukowanych i skierowanych do potencjalnego odbiorcy. Ponadto parametry te, jeżeli mają odbiegać od opisach w typowych - seryjnych specyfikacjach technicznych, to różnica ta jest na korzyść potencjalnego Klienta, a nie jak w przypadku oferowanego sprzętu na niekorzyść Zamawiającego”. Zamawiający odwołał się do treści oferty odwołującego, w której podano „konkretne urządzenia konkretnego producenta, posiadające konkretne nazwy, określające konkretny typ, model, rodzaj sprzętu, gdzie jednoznacznie określono zasadnicze parametry sprzętu. Parametry te istotnie różnią się od wymagań Zamawiającego. Różnice te są na tyle istotne, że Zamawiający jest zmuszony uznać oferowany sprzęt za niespełniający wymagań określonych w SIWZ”.

Odwołujący nie zgodził się z podjętą decyzją i jej uzasadnieniem. Wskazał, że nie rozumie twierdzenia, iż jego wyjaśnienia „przypominają formułkę często widniejącą na ulotkach reklamowych”. Odwołujący nie wie jakie ulotki reklamowe ma na myśli zamawiający i nie rozumie przydania tej okoliczności jakiegokolwiek znaczenia. Nawet gdyby tak było - taka ocena nie może stanowić o niezgodności treści oferty złożonej w przetargu z treścią siwz. Ponadto, ocena, iż oferowany przez odwołującego sprzęt mający charakter nieseryjny jest na „niekorzyść Zamawiającego”, nie ma żadnego oparcia ani w treści oferty, ani w treści udzielonych wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutu, iż odwołujący podał „konkretne urządzenia konkretnego producenta, posiadające konkretne nazwy, określające konkretny typ, model, rodzaj sprzętu, gdzie jednoznacznie określono zasadnicze parametry sprzętu. Parametry te istotnie różnią się od wymagań Zamawiającego. Różnice te są na tyle istotne, iż że Zamawiający jest zmuszony uznać oferowany sprzęt za niespełniający wymagań określonych w SIWZ” odwołujący wskazał, że żaden zapis siwz nie nakazuje wykonawcom oferowania wyłącznie sprzętu w wersji wyposażonej fabrycznie (seryjnie). Odwołujący mógł więc w celu cenowej optymalizacji jego oferty skompletować i złożyć w ofercie sprzęt indywidualnie dobrany, nieseryjny, jednakże spełniający - co oczywiste - wymagania przedmiotowe zamawiającego. Tak też odwołujący uczynił, działając w porozumieniu z producentami i dystrybutorami (wyłącznymi) sprzętu oraz za ich zezwoleniem.

Ponadto, dokonana kastomizacja nie miała żadnego wpływu na opis nazw czy modeli wyspecyfikowany w ofercie, albowiem są to w dalszym ciągu te modele, mające jednak odmienne od seryjnych niektóre parametry. Wbrew twierdzeniu zamawiającego - te odmienne parametry przesądzają o zgodności treści oferty z minimalnymi wymogami siwz.

Powyższe nie narusza żadnych postanowień SIWZ. Odwołujący zaofertował dane modele (o konkretnych nazwach/numerach) z indywidualnie dobranymi, innymi niektórymi parametrami - co uczyniono w celu osiągnięcia zgodności z siwz.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie podania przez zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty przyczyn odrzucenia w zakresie wiedzy zamawiającego dotyczącej oferowanych przez odwołującego urządzeń, potwierdzającej jakoby niespełnianie wymagań.

Zamawiający odrzucając ofertę oprócz trzech wymienionych w pkt. 1 uzasadniania podstaw odrzucenia powołał jeszcze jedną, a mianowicie stwierdzenie, że „Ponadto Zamawiający posiada udokumentowaną wiedzę, dotyczącą oferowanych urządzeń, potwierdzającą niespełnienie wymagań”. Takie uzasadnienie odrzucenia oferty jest w świetle Pzp niedopuszczalne i stanowi wprost o naruszeniu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający ma obowiązek dokonać pełnego uzasadnienia odrzucenia oferty, nie może części przyczyn odrzucenia zatajać przed wykonawcą. Takie działanie zamawiającego nie może korzystać z ochrony, co uzasadnia uwzględnienie powyższego zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp - poprzez nieuwzględnienie treści wyjaśnień udzielonych przez odwołującego odnośnie treści oferty: ewentualnie - naruszenie art. 87 ust 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do kolejnych wyjaśnień.

Przepis art. 87 ust. 1 Pzp ma zastosowanie w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści oferty. Przy czym, treść udzielonych wyjaśnień, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 listopada 2009 r. (sygn. akt K10/UZP 1443/09) nie może być przez zamawiającego pomijana, gdyż stanowią one oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Tymczasem treść udzielonych przez odwołującego wyjaśnień nie została przez zamawiającego uwzględniona. Zamawiający pominął istotę wyjaśnień - przedstawił interpretację, która świadczy o zupełnie przeciwnym ich zrozumieniu, niż było to intencją odwołującego oraz niż wynikało to z ich dosłownego brzmienia. Nadto, udzielone wyjaśnienia nie prowadziły do zmiany treści oferty i były ograniczone wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie. Niezależnie od powyższego, zamawiający, w sytuacji gdy treść oferty pomimo udzielonych wyjaśnień w dalszym ciągu budziła jego wątpliwości winien był dopytać odwołującego o wątpliwe kwestie, czego jednak nie uczynił. Dwukrotne, lub nawet kilkukrotne zwrócenie się o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp jest dopuszczalne.

Skoro odrzucenie oferty odwołującego zostało dokonane z naruszeniem Pzp, to w konsekwencji za wadliwe należy uznać unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. W postępowaniu istnieje bowiem jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, którą jest oferta odwołującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając odwołanie na rozprawie na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, co stanowi o legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania. Ewentualne potwierdzenie się okoliczności, iż oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu oznaczałoby, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie może podlegać unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, a zatem odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 1 do siwz Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia. W rozdziale III tego załącznika określono wymagania dotyczące sprzętu. W odniesieniu do zasilaczy UPS zamawiający wymagał, aby były przystosowane do montażu w szafie RACK 19”, w odniesieniu do notebooków wymagany był procesor i3-380M taktowany zegarem 2,53 GHz, natomiast wobec koparki wymaganie zamawiającego dotyczyło rozdzielczości min. 1200x600 dpi.

W formularzu stanowiącym Załącznik nr 6c do siwz – Zestawienie oferowanego sprzętu – odwołujący zaoferował odpowiednio we wskazanych powyżej pozycjach zasilacz UPS produkcji Ever - EverPowerline 10-11 (str. 32 oferty), notebook Vostro 3550 produkcji Dell (str.49-50 oferty) oraz koparkę cyfrową – A3 produkcji Kyocera TASK Alfa 420i (str.54-56 oferty). Odwołujący potwierdził w ofercie, że ww. urządzenia spełniają parametry określone przez zamawiającego wpisując w formularzu spełnienie konkretnych wymagań określonych w siwz.

Pismem z dnia 10 listopada 2011 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści oferty w zakresie ww. elementów sprzętowych. Zamawiający wskazał dokładnie jakie wątpliwości powziął w stosunku do treści oferty

odwołującego. Podał, że zaoferowany zasilacz UPS jest produkowany tylko w wersji TOWER, a w związku z tym nie jest to zasilacz przystosowany do montażu w szafie RACK 19". Ponadto, zaoferowany model notebooka Vostro 3550 nie jest produkowany w wersji fabrycznie wyposażonej w procesor i3-380M, natomiast kopiarka Kyocera TASK Alfa 420i umożliwia wydruk w rozdzielczości 600x600 dpi, zamiast wymaganych 1200x600 dpi.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 21 listopada 2011 r. Na pytanie dotyczące Zasilacza UPS wskazał, że zasilacze UPS nie zostały zaoferowane w wersji fabrycznej (seryjnej), lecz są to zasilacze przystosowane do montażu w szafie RACK 19", gdyż zostały przygotowane specjalnie na potrzeby wymagań sprzętowych zawartych w siwz, w związku z czym oferowane zasilacze UPS Ever Powerline 10-11 posiadają możliwość montażu w szafie RACK19". Podobnie na pytanie dotyczące notebooków, odwołujący wyjaśnił, iż zaoferowane notebooki nie zostały zaoferowane w wersji wyposażanej fabrycznie (seryjnie). Wskazał, że na dzień składania ofert w notebookach serii Vostro istniała możliwość instalowania procesora i3-380M, a komponenty oferowanego modelu notebooka, w tym procesor i3-380M, taktowany zegarem 2,53 GHz, zostały indywidualnie dobrane specjalnie na potrzeby wymagań specyfikacji w przedmiotowym postępowaniu. Identyczne wyjaśnienie odwołujący przedstawił w zakresie koparki cyfrowej. Podał, iż oferowana kopiarka cyfrowa Kyocera TASK ALFA 420i nie jest oferowana w wersji seryjnej lecz została indywidualnie dostosowana do potrzeb zamawiającego, poprzez wyposażenie jej w komponenty, zapewniające rozdzielczość 1200x600 dpi.

Na rozprawie odwołujący złożył do akt sprawy następujące dokumenty:

- Oświadczenie firmy Ever Sp. z o.o. z dnia 15 listopada 2011 r., w którym wskazano, że „na potrzeby oferty złożonej w ww. postępowaniu przez firmę Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie zostały przygotowane zasilacze UPS EverPowerline 10-11 przystosowane do montażu w szafie RACK 19”.
- Oświadczenie firmy DELL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 11 stycznia 2012 r. „istnieje możliwość indywidualnej instalacji w notebookach serii Dell Vostro procesora Intel i3-380M, taktowanego zegarem 2,53 GHz. Potwierdzamy, iż Dell wyraził zgodę na dokonanie przez Comarch indywidualnej instalacji w oferowanym notebooku ww. procesora w celu spełnienia wymagań określonych w SIWZ w ww. postępowaniu. W związku z powyższym spełnione są wymagania SIWZ w ww. postępowaniu.”
- Oświadczenie firmy Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 15 listopada 2011 r. (wyłączy dystrybutor Kyocera w Polsce) „specjalnie na potrzeby oferty złożonej przez Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu [...] udzieliliśmy zezwolenia firmie Comarch S.A. na dokonanie kustomizacji i zmian technicznych koparki Kyocera TASK ALFA 420i w celu spełniania wymagań SIWZ. Zaznaczamy, iż powyższe skutkowało zniesieniem obowiązków gwarancyjnych wobec naszej firmy.”



- Oświadczenie firmy KYOCERA MITA EUROPE B.V. z siedzibą w Holandii z dnia 5 stycznia 2012 r. „Kyocera Mita posiada możliwości technologiczne w celu zwiększenia rozdzielczości skanowania za pomocą kastomizacji.”

Odwołujący podkreślił, iż wszystkie ww. urządzenia zostały indywidualnie wyspecyfikowane i dobrane w celu dostosowania oferty do wymagań zamawiającego oraz w celu optymalizacji ceny złożonej oferty, dlatego też oferowany sprzęt nie jest produkcją seryjną i niektóre jego parametry mogą się różnić od danych fabrycznych, występujących w seryjnych specyfikacjach technicznych. Wskazywał także, że żaden zapis siwz nie nakazuje wykonawcom oferowania wyłącznie sprzętu w wersji wyposażonej fabrycznie (seryjnie), a wobec tego dopuszczalne było zaoferowanie sprzętu indywidualnie dobranego, nieseryjnego, jednakże spełniającego wymagania przedmiotowe zamawiającego. Wyjaśnił, że działania te podjął w porozumieniu z producentami i dystrybutorami (wyłącznymi) sprzętu oraz za ich zezwoleniem.

Z powyższymi twierdzeniami odwołującego nie można się zgodzić. Izba ustaliła, że według postanowień specyfikacji -i wzoru umowy stanowiącego integralną część siwz - w § 1 ust. 5, wskazano jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia jest sprzęt fabrycznie nowy. W ww. postanowieniu zawarto treść oświadczenia, które wykonawca musi złożyć przy podpisaniu umowy, tj. że „sprzęt dostarczony jest fabrycznie nowy”. Określenie „fabrycznie nowy” nie wymaga w ocenie Izby zdefiniowania w specyfikacji. Jest to pojęcie powszechnie używane, a jego znaczenie nie budzi wątpliwości. Chodzi tu o rzeczy, które od momentu ich wyprodukowania nie były poddawane żadnym działaniom, stanowiącym ingerencję w dany przedmiot zarówno wewnętrzną jak i zewnętrzną. Konsekwencją powyższego stanu jest zwykle objęcie danej rzeczy gwarancją jakości produktu przez producenta. Nie sposób przyznać słuszności twierdzeniu odwołującego, iż urządzenia pozostaną fabrycznie nowe, gdyż zostaną wyposażone w fabrycznie nowe dodatkowe podzespoły w celu spełniania wymagań technicznych zamawiającego. Zamontowanie w fabrycznie nowym urządzeniu podzespołu, nawet fabrycznie nowego, nadal stanowi ingerencję w produkt, którą pozbawia produkt tej cechy, chyba że została dokonana przez producenta (autoryzowany serwis) wraz z zapewnieniem wszystkich parametrów danego urządzenia.

Podkreślić należy, że wymagania techniczne określone w specyfikacji, w tym - w zakresie objętym odwołaniem - nie są nietypowe. Jak wskazywał zamawiający, a odwołujący temu nie zaprzeczał, na rynku występuje wiele urządzeń produkowanych seryjnie spełniających wymagania zamawiającego. Są to jednak urządzenia droższe od urządzeń, które zaoferował odwołujący.

Jak wynika z oświadczeń producentów/dystrybutorów sprzętu złożonych przez odwołującego, zaoferowany sprzęt (określone modele), wyprodukowany jako fabrycznie nowy, podlegałby zmianom technicznym, które miałyby doprowadzić do podwyższenia

niektórych parametrów, co skutkowałoby utratą gwarancji producenta. W przypadku notebooka firmy Dell oraz koparki firmy Arcus – w oświadczeniach wyraźnie wskazano, że zmiany w urządzeniach byłyby dokonane przez odwołującego. Urządzenia w których dokonano wymiany podzespołów, bez autoryzacji tych zmian przez producenta, nie mogą być uznane za fabrycznie nowe. Nie są także znane konsekwencje tych zmian dla prawidłowości działania urządzeń. Jak wynika z treści oświadczeń, producenci/dystrybutorzy nie gwarantują zachowania parametrów technicznych w pozostałym zakresie, a sam odwołujący potwierdził, że niektóre parametry tych urządzeń mogą ulec zmianie w stosunku do informacji zawartych w kartach katalogowych takich urządzeń. Powyższe zostało potwierdzone także w opinii sporządzonej przez E. J. (IW PIH) z 14 grudnia 2011 r. „przy wymianie podzespołów nie można mieć pewności czy zapewni to osiągnięcie wymaganych parametrów, nie gwarantuje tego producent, ponieważ zmiany nie są dokonane przez niego. Nazwie produktu i jego oznaczeniu jest przypisana określona konstrukcja, określone podzespoły i parametry” oraz w opinii technicznej M. Jaszkiwicza (rzecznawcy biegłego sądowego) z 19 grudnia 2011 r. „wiązałoby się to z wymianą elementów optycznych, co trudno uznać za technicznie możliwe” „Generalny dystrybutor na Polskę nie przewiduje zmian w urządzeniu, tak sprzętowych (hardware) jak i programowych (software). Jakikolwiek nieautoryzowane ingerencje powodują utratę gwarancji na urządzenie.”

W świetle powyższego należało uznać, że oferta odwołującego nie odpowiada wymaganiom siwz w zakresie przedmiotu zamówienia, gdyż odwołujący zaoferował urządzenia, które nie spełniają wymogu, aby były fabrycznie nowe. Osiągnięcie wymaganych parametrów danych urządzeń, przez wymianę niektórych podzespołów nie gwarantuje przy tym zachowania wszystkich parametrów tych urządzeń, które są gwarantowane przez producentów urządzeń. Przedmiotem oferty odwołującego są urządzenia, których działanie i osiągnięte parametry techniczne nie są możliwe do zweryfikowania zarówno na etapie złożenia oferty, jak i na etapie realizacji zamówienia. Tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie podania pełnego uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty. W ocenie Izby, uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty podane w zawiadomieniu z dnia 23 listopada 2011 r. wypełnia wymogi określone w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający jednoznacznie podał okoliczności, na podstawie których uznał, że treść oferty nie odpowiada wymaganiom treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Cytowane przez odwołującego stwierdzenie, że „Ponadto Zamawiający posiada udokumentowaną wiedzę, dotyczącą oferowanych urządzeń, potwierdzającą niespełnienie wymagań” nie stanowi dodatkowej podstawy odrzucenia oferty, ale jest to element argumentacji zamawiającego. Zamawiający faktycznie nie wyjaśnił szczegółowo źródeł powziętej przez niego wiedzy, nie

można jednak tej okoliczności uznać za „zatajenie przyczyn odrzucenia przed wykonawcą”, jak twierdził odwołujący. Dokumentacja postępowania jest jawna i podlega udostępnieniu na wniosek wykonawcy. Zapoznanie się przez odwołującego z protokołem postępowania i załącznikami do protokołu wyjaśniłoby wszelkie wątpliwości odwołującego odnośnie ogólnie podanej przez zamawiającego informacji, w tym m.in. z treścią pozyskanych przez zamawiającego opinii: opinią E. J. z 14 grudnia 2011 r. oraz opinią techniczną M. Jaszkiwicz z 19 grudnia 2011r. Odwołujący jednak nie skorzystał z tego prawa, zarzucając zamawiającemu niewypełnienie obowiązku informacyjnego. To wykonawcę jednak obciąża ryzyko związane z brakiem zapoznania się przez niego ze szczegółami dokumentacji postępowania. Zauważyć należy, że przepis Pzp nie określa stopnia szczegółowości uzasadnienia faktycznego decyzji zamawiającego, a zatem należy uznać, że uzasadnienie takie powinno wskazywać co najmniej okoliczności faktyczne, stanowiące podstawę odrzucenia oferty, czego zamawiający dopełnił w informacji z dnia 23 listopada 2011 r.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, przez nieuwzględnienie przez zamawiającego wyjaśnień odwołującego odnośnie treści oferty. Jak wskazuje treść decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają zgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz. Wyjaśnienia te nie zostały zatem przez zamawiającego pominięte. Złożone przez odwołującego wyjaśnienia pozwalają rozwiać wątpliwości, powzięte przez zamawiającego co do treści złożonej oferty. W świetle tych wyjaśnień można jednoznacznie stwierdzić, że wykonawca zaoferował określone modele urządzeń: zasilacza UPS, notebooka oraz koparki cyfrowej, które zostaną zmienione pod względem technicznym, a w związku z powyższym nie mogą być uznane za fabrycznie nowe. Nie ma zatem żadnego uzasadnienia do wezwania odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień w powyższym zakresie.

Wobec braku potwierdzenia się zarzutu dotyczącego bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego, nie ma podstaw aby uznać, że w wyniku unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy w postępowaniu nie złożono przynajmniej jednej oferty niepodlegającej odrzuceniu, zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty i obie zostały odrzucone przez zamawiającego, ponieważ treść ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co przesądza o wypełnieniu się przesłanki do unieważnienia postępowania.

W oparciu o powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

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

**Przewodniczący:** .....