

**WYROK**

**z dnia 27 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2013 r. przez wykonawcę **CA Consulting Spółka Akcyjna, 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, 26-601 Radom, ul. Samorządowa 1,**

przy udziale wykonawcy **Qumak Spółka Akcyjna, 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1) uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2) kosztami postępowania obciąża Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, 26-601 Radom, ul. Samorządowa 1 i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CA Consulting Spółka Akcyjna, 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, 26-601 Radom, ul. Samorządowa 1 na rzecz wykonawcy CA Consulting Spółka Akcyjna, 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81 tytułem kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania i stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów z siedzibą w Radomiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. na „Rozbudowa systemu do wirtualizacji serwerów w zakresie sprzętu i oprogramowania informatycznego wraz z usługami towarzyszącymi”, Część I.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 13.04.2013 r., 2013/S 073-121822.

I. Wykonawca CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie - odwołujący w rozpoznawanym odwołaniu - wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, w ocenie odwołującego, niezgodnych z przepisami Pzp, wskazując naruszone przepisy ustawy przez czynności i zaniechania zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1 - prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 91 ust. 1 - wybór oferty wykonawcy Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego w skrócie „Qumak”, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że ta oferta powinna zostać odrzucona, a jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 - zaniechanie czynności odrzucenia oferty Qumak, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);
- 4) z ostrożności - art. 24 ust. 2 pkt 3 - zaniechanie wykluczenia Qumak z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 5) art. 87 ust. 1 - bezpodstawne prowadzenie między zamawiającym a Qumak negocjacji dotyczących złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz dokonywanie bezpodstawnej zmiany w treści oferty wykonawcy;
- 6) art. 87 ust. 2 pkt 3 - bezzasadne uznanie, że w ofercie Qumak nastąpiła „inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaoferowanej karty

sieciowej, pomimo iż brak jest podstaw do uznania istnienia takiej omyłki oraz bezpodstawne dokonanie przez zamawiającego poprawy omyłki;

- 7) z ostrożności - art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 - bezpodstawne uznanie, że w ofercie Qumak oferowana jest jedna macierz, pomimo iż zgodnie z wcześniejszymi oświadczeniami Qumak, jak i wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13, Qumak oferuje trzy macierze oraz zaniechanie poprawy ilości sztuk macierzy w ofercie z jednej macierzy, na trzy macierze;
- 8) z ostrożności - art. 87 ust. 2 pkt 2 - zaniechanie poprawy omyłek rachunkowych w ofercie Qumak z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych poprawy, polegającej na zwiększeniu ceny oferty Qumak o wartość dwóch macierzy;
- 9) z ostrożności - art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 - przyznanie ofercie Qumak zawyżonej ilości punktów w kryterium ceny oraz zaniżeniu ilości punktów przyznanej ofercie odwołującego w kryterium ceny, a w konsekwencji wyborze oferty Qumak, która pod względem kryterium oceny ofert (cena - 100%) powinna plasować się za ofertą odwołującego;
- 10) zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu, a oferta niepodlegająca odrzuceniu jest jednocześnie ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty Qumak, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty Qumak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
- 4) z ostrożności - wykluczenia Qumak z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy;
- 5) unieważnienia uznania, że w ofercie Qumak nastąpiła „inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez Qumak karty sieciowej;
- 6) unieważnienia dokonania przez zamawiającego poprawy w ofercie Qumak „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez Qumak karty sieciowej;
- 7) z ostrożności - unieważnienia uznania, że w ofercie Qumak oferowana jest jedna macierz zamiast trzech;

- 8) z ostrożności - dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ilości sztuk macierzy w ofercie Qumak z jednej macierzy na trzy macierze zgodnie z wcześniejszymi oświadczeniami Qumak, jak i zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13;
- 9) z ostrożności - poprawy omyłek rachunkowych w ofercie Qumak z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, przez poprawę ceny oferty Qumak polegającej na zwiększeniu ceny oferty Qumak o wartość dwóch macierzy;
- 10) z ostrożności - przyznanie ofercie Odwołującego wyższej ilości punktów w kryterium ceny, a niższej ilości punktów ofercie Qumak, a w konsekwencji zmianę kolejności ofert pod względem kryterium oceny ofert (cena - 100%) poprzez wybór oferty odwołującego, a uplasowanie oferty Qumak na drugim miejscu;
- 11) dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy), odwołujący żądał od zamawiającego: jak wyżej - tego, o co odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, co następuje. Jako wykonawca uczestniczący w postępowaniu przez złożenie oferty, odwołujący otrzymał w dniu 29 sierpnia 2013 r. mailem pismo zamawiającego informujące o wyborze oferty najkorzystniejszej i ocenie ofert złożonych w Części I postępowania. Zamawiający poinformował, że w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13, w wyniku powtórzonej czynności badania i oceny ofert, zamawiający dokonał w Części I postępowania wyboru oferty Qumak, jako oferty najkorzystniejszej. Ze streszczenia oceny i porównania złożonych ofert wynika, że oferta odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z treścią pisma odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepisy ustawy.

1. Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak, pomimo że treść oferty Qumak nie odpowiada treści SIWZ. Stwierdził również naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Qumak z postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis wymagań minimalnych dla Sprzętu - Część I” w pkt 6. „Karta sieciowa 10 Gigabit Ethernet (GbE) Fibre

Channel over Ethernet (FCoE) - 20 szt.”, Zamawiający zamieścił następujące wymaganie:  
Karta sieciowa 10 Gigabit Ethernet (GbE) Fibre Channel over Ethernet (FCoE) - 20 szt:

Karty sieciowe muszą posiadać złącze SFP+ CISCO 10 Gb Direct Attach Passive Copper Cable lub równoważne, tj. umożliwiające podłączenie serwerów z zainstalowanymi ww. kartami do zaoferowanego przełącznika sieciowego opisanego w poz. „Wymagania minimalne dla 2 szt. kompletów przełączników 10Gb”. Okablowanie niezbędne do podłączenia kart do przełączników zostało wyspecyfikowane w poz. „Wymagania minimalne dla 2 szt. kompletów przełączników 10Gb”.

Karty sieciowe 10 Gigabit Ethernet (GbE) będą instalowane po 2 sztuki w serwerze i muszą współpracować z poniższą listą sprzętu serwerowego (dopuszcza się możliwość dostawy różnych typów kart dla poszczególnych modeli serwerów): 4xHPDL380G7P/N583914-B21; 6xHPML370G6P/N483880-B21; 8 sztuk kart sieciowych; 12 sztuk kart sieciowych.

Karty sieciowe muszą znajdować się na liście zgodności sprzętu producenta serwerów (HCL ang. Hardware Compatibility List) dla poszczególnych typów serwerów wymienionych powyżej, tj. HP DL380 G7, P/N 583914-B21 oraz HP DL370 G6, P/N 483880-B21.

Z powyższych opisów SIWZ wynika, że zaoferowane karty sieciowe muszą znajdować się na liście zgodności sprzętu producenta serwerów dla poszczególnych ich typów. Jednocześnie zamawiający wymagał przedłożenia w ofercie opisu oferowanego Sprzętu i oprogramowania (Zał. 2A do formularza ofert).

Qumak zaoferował w swojej ofercie (str. 15) 12 sztuk kart sieciowych: typ Dual Port 10Gb/s FCoE Converged Network Adapter model Oce10102-FX-D producent Emulex. Karta zaoferowana przez firmę Qumak nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ, nie znajduje się ona na liście zgodności producenta sprzętu serwerów dla poszczególnych typów serwerów wymienionych powyżej, tj. HP DL380 G7, P/N 583914-B21 oraz HP DL370 G6, P/N 483880-B21.

W zakresie dotyczącym oferowanej przez Qumak karty Oce10102-FX-D, pismem z dnia 16.08.2013 r. zamawiający wezwał Qumak do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. W odpowiedzi, pismem z dnia 20 sierpnia 2013 r. Qumak „wskazał”, że „nastąpiła inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty”. Qumak wskazał, że „prawidłowa karta sieciowa to model Oce10102-FX. Wymieniona karta posiada wsparcie producenta serwerów i znajduje się na liście zgodności Hardware Compatibility List. (...) Dla serwerów HP DL370 G6, P/N 483880-B21 dostarczane są karty, których producentem jest Emulex, są one OEMowane dla HP, jako CA1000E Converged Network Adapter AW520A/AW520B, a jest to rodzina Oce 10102-F model Oce 10102-FX.”

Odwołujący stwierdził, że Qumak oferuje kartę „Oce10102-FX-D W2-FX-D”, a nie kartę „Oce1S0102- FX”. Są to dwie różne karty, co wynika chociażby z listy produktów firmy Emulex zawartej na stronie internetowej:

<http://www.emulex.com/interoperability/results/matrix-action/Interop/by-protocol/matrix-protocol/10Gb-s/Ethernet.html>

Odwołujący podniósł, że Qumak nie może zmienić swojej oferty przez wyjaśnienia złożone zamawiającemu. Brak jest również podstaw do uznania, iż w ofercie Qumak „nastąpiła inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty”. Brak jest jakichkolwiek podstaw do zmiany oferty Qumak przez tryb poprawy „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Nie może być mowy o „omyłce”, jeśli konkretny produkt zmienia się na inny.

Odwołujący przywołał fragmenty uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2013 r. sygn. akt KIO 973/13, w przedmiocie stosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy: w Pzp przewidziana jest „możliwość poprawiania w ofercie wykonawcy „omyłek” - a więc niezamierzonych przez wykonawcę odstępstw treści oferty od treści SIWZ. Izba wskazuje, iż przepis ten nie daje możliwości poprawienia jakiegokolwiek odstępstw treści oferty od treści SIWZ. Niezgodności będące skutkiem celowych i świadomych działań wykonawcy, nie są omyłkami, a zatem nie mogą zostać usunięte z zastosowaniem instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”

Odwołujący podał też, że w przedmiocie pojęcia „omyłki” użytego w treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09, orzekł następująco: „Trzeba też wskazać, że art. 87 ust. 2 pkt 3 wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Z założenia zatem umyślne zastosowanie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87. Generalizując powyższe wskazać należy, że wszelkie zamierzone działania wykonawcy, powodujące niezgodność jego oferty z treścią SIWZ, nie wpisują się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. A więc dla takich odstępstw nie ma ona w ogóle zastosowania - niezależnie od ich wagi, zakresu i wpływu na zakres świadczenia wykonawcy. (...) Treści oferty nie można wywodzić z zamiarów, czy też intencji wykonawcy. Nie można również jej wywodzić z jego późniejszych wyjaśnień. Zatem w niniejszym stanie faktycznym sprawy to treść oferty świadczy o tym, że została ona

przygotowana niezgodnie z wymaganiami zamawiającego - i niezgodność ta nie sprowadza się jedynie do wymagań formalnych. Niezgodność ta nie podlega również poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż niezgodności te nie stanowią omyłek, lecz są wynikiem zamierzonych działań odwołującego.”

W wyroku z dnia 2 sierpnia 2013 r. sygn. akt: KIO 1748/13, KIO 1750/13, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający poprawia omyłki, nie zaś istotne elementy oferty (a za takie należy uznać cenę i przedmiot oferty).”

Odwołujący stwierdził naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez bezzasadne uznanie i bezpodstawne dokonanie przez zamawiającego poprawy w ofercie Qumak „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez Qumak karty sieciowej.

Wobec niedopuszczalności zmiany oferty i braku podstaw do poprawy „omyłki” w ofercie Qumak, stwierdził, że firma ta oferuje kartę sieciową niezgodną z wymaganiami SIWZ. Pod uwagę powinna być brana jedynie karta określona w ofercie.

Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak, pomimo że treść oferty Qumak nie odpowiada treści SIWZ.

Z ostrożności - odwołujący podniósł, że nawet jeśli uznać możliwość poprawy oferty Qumak za dopuszczalną, to wskazywana przez Qumak jako „prawidłowa” karta „Oce10102-FX” - również nie spełnia wymagań SIWZ. Karta sieciowa dual port 10Gb/s FCoE Converged Network Adapter, model Oce10102-FX producenta Emulex nie znajduje się na liście kompatybilności sprzętu producenta serwerów (HCL ang. Hardware Compatibility List) dla poszczególnych typów serwerów tj. HP DL380 G7 P/N 583914-B21, HP DL370 G6 PN 483880-B21 oraz HP ML370 G6 P/N 483880-B21.

Na liście kompatybilności sprzętu producenta serwerów (HCL) znajduje się karta CN1000E o PN: AW520B wspierana przez HP, ale nie jest ona tożsama karcie Oce10102-FX.

Odwołujący stwierdził więc, że w każdym przypadku oferta Qumak nie odpowiada treści SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Stwierdził również naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Qumak z postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Qumak oświadczył nieprawdę wskazując odnośnie karty sieciowej model



Oce10102-FX, że „Wyżej wymieniona karta posiada wsparcie producenta serwerów i znajduje się na liście zgodności Hardware Compatibility List.”

2. Z ostrożności - odwołujący podniósł, że naruszony został przepis art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez przyznanie ofercie Qumak zawyżonej ilości punktów w kryterium ceny oraz zaniżenie ilości punktów przyznanej ofercie odwołującego w tym kryterium. Oferta Qumak, pod względem kryterium oceny ofert (cena - 100%), powinna plasować się za ofertą odwołującego.

W ofercie Qumak na str. 13 znajduje się informacja, z której wynika, że została zaoferowana jedna macierz - wykaz dostarczonego sprzętu/oprogramowania: Macierz dyskowa o pojemności m.in. 70 TB RAW - 1 szt., cena jednostkowa brutto macierzy: 519 060.00).

W odwołaniu z dnia 12 lipca 2013 r. złożonym przez firmę Qumak znajduje się jednakże oświadczenie, że oferta tej firmy zawiera 3 macierze, co było również podstawą faktyczną wyroku KIO 1709/13 - „Równocześnie dodał, że w poz. 5. l.p. 2 załącznika nr 2A do oferty zaoferował 48GB pamięci podręcznej CACHE, co oznacza w odniesieniu do pkt I powyżej, że zaoferowano 3 macierze”.

Zamawiający pismem z dnia 16 sierpnia 2013 r. wezwał Qumak do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. W odpowiedzi pismem z dnia 20 sierpnia 2013 r. Qumak „wskazał”, że przedmiot oferty obejmuje dostarczenie rozwiązania w postaci jednej macierzy 6-kontrolerowej, składającej się z 3 par kontrolerów. Odwołujący podkreślił, że Prawo zamówień publicznych nie pozwala na prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w zakresie treści złożonej oferty. Firma Qumak w przedmiotowych wyjaśnieniach złożyła oświadczenie, sprzeczne z oświadczeniem zawartym w odwołaniu. Zdaniem odwołującego fakt ten ma istotne znaczenie dla oceny sytuacji, ponieważ gdyby firma Qumak nie oświadczyła w odwołaniu (także na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą), że jej oferta składa się z 3 macierzy, to z dużym prawdopodobieństwem należałoby stwierdzić, że jej odwołanie mogłoby nie zasługiwać na uwzględnienie, gdyż nie wykazano by na rozprawie, że firma Qumak może spełniać wymagania SIWZ w zakresie dostarczenia macierzy dyskowej.

W konsekwencji, skoro firma Qumak zaoferowała 3 macierze to odwołujący stwierdził, że w ofercie firmy Qumak powinny zostać poprawione: ilość sztuk macierzy (z jednej na trzy sztuki) oraz cena całkowita oferty. Cena oferty Qumak powinna zostać powiększona o 1 038 120 zł brutto (2\*cena jednostka macierzy podana w ofercie, czyli 2\*519 060 zł brutto), a więc powinna wynosić ostatecznie: 4 838 362,44 zł brutto. Skutkowało to tym, że oferta to oferta CA Consulting powinna zostać wybrana, jako oferta najkorzystniejsza, ponieważ cena oferty CA Consulting wynosi: 4 495 124,00 zł brutto.

Z ostrożności odwołujący podniósł wymienione w zarzutach odwołania również naruszenie przepisów:

- 1) art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy, przez bezpodstawne uznanie, że w ofercie Qumak oferowana jest jedna macierz oraz naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie poprawy na ilości sztuk macierzy w ofercie Qumak z jednej macierzy na trzy macierze zgodnie z wcześniejszymi oświadczeniami Qumak jak i zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie poprawy omyłek rachunkowych w ofercie Qumak z uwzględnieniem ich konsekwencji rachunkowych, przez zaniechanie poprawy ceny oferty Qumak polegającej na zwiększeniu ceny oferty Qumak o wartość dwóch macierzy.
- 3) art. 87 ust. 1 przez bezpodstawne prowadzenie między zamawiającym a Qumak negocjacji dotyczących złożonych przez Qumak oferty;
- 4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez przyznanie ofercie Qumak zawyżonej ilości punktów w kryterium ceny oraz zaniżenie ilości punktów przyznanej ofercie odwołującego w tym kryterium, a w konsekwencji wybór oferty Qumak, która pod względem kryterium oceny ofert (cena - 100%) powinna plasować się za ofertą odwołującego.

3. Odwołujący wskazał, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę i ubiega się o zamówienie. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę, gdyż jego oferta nie została wybrana, jako najkorzystniejsza pomimo, że jest taką ofertą. Czynności i zaniechania zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia, nie może osiągnąć korzyści (zysku), które zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia.

Również stwierdził, że wskazane w odwołaniu naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy. Czynności i zaniechania zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Wskazał, że z uwagi na powyższe, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 17 września 2013 r. odwołujący złożył w Izbie pismo wraz załącznikami - dwa oświadczenia Hewlett Packard Polska Sp. z o.o.:

- 1) z dnia 22 sierpnia 2013 r., o treści, że karta sieciowa Dual port 10 Gb/s FCoE Converged Network Adapter model Oce10102-Fx-D producenta Emulex nie znajduje się na liście kompatybilności sprzętu producenta serwerów (HCL ang. Hardware Compatibility List) dla

poszczególnych typów serwerów, tj. HP DL380 G7 P/N 583914-B21, HP DL370 G6 P/N 483880-B21 oraz HP ML370 G6 P/N 483880-B21.

Dodatkowo spółka oświadczyła, że jedyne karty sieciowe 10 Gigabit Ethernet (GbE) Fibre Channel over Ethernet (FCoE) wspierane przez producenta są karty: BS668A HP CN1000Q 2P Converged Network Adapter lub AW520B HP CN1000E 2P Converged Network;

2) z dnia 9 września 2013 r., o treści, że karta sieciowa dual port 10Gb/s FCoE Converged Network Adapter, model Oce10102-FX producenta Emulex nie znajduje się na liście kompatybilności sprzętu producenta serwerów (HCL ang. Hardware Compatibility List) dla poszczególnych typów serwerów, tj. HP DL380 G7 P/N 583914-B21, HP DL370 G6 P/N 483880-B21 oraz HP ML370 G6 P/N 483880-B21.

Jednocześnie spółka poinformowała, że firma Hewlett-Packard oferuje karty oparte na układach elektronicznych firmy Emulex, jednak przed sprzedażą każda z kart poddawana jest procesowi obejmującemu m.in. instalację oprogramowania układowego, testy poprawności działania, przygotowanie sterowników, nadanie P/N oraz S/N przez HP, i dopiero taka karta jest wspierana przez HP.

Z uwagi na powyższe spółka oświadczyła, że karta Oce10102-FX nie jest tożsama z kartą CN1000E o PN: AW520B wspieranej przez HP, która to znajduje się na liście kompatybilności sprzętu producenta serwerów (HCL).

Odwołujący załączył też dwa wydruki internetowe.

## II. Zamawiający wniósł w odpowiedzi na odwołanie o odrzucenie lub oddalenie odwołania.

A. Wniosek o odrzucenie odwołania. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie:

- 1) art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, jako że odwołanie wniesiono po upływie terminu określonego w ustawie;
- 2) art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, jako że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13;
- 3) ze względu na to, że złożenie odwołania stanowi także naruszenie przez odwołującego przepisów art. 185 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy, nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy;

na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę wniosków określonych w pkt 1-3, zamawiający

wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania, zamawiający na wstępie poinformował, że wybór oferty wykonawcy Qumak nastąpił w wyniku powtórzonej czynności badania i oceny ofert oraz powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (dokonanej przez zamawiającego w dniu 29 sierpnia 2013 r.), których powtórzenie zostało nakazane zamawiającemu przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13. Wyrok został wydany w wyniku wniesienia odwołania przez wykonawcę Qumak. W toku tamtego postępowania odwoławczego obecny odwołujący był uczestnikiem postępowania odwoławczego przystępującym po stronie zamawiającego, co ma znaczenie z punktu widzenia konieczności zastosowania art. 185 ust. 6 ustawy.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, jako, że odwołanie wniesiono po upływie terminu określonego w ustawie. Pomimo, że odwołanie wniesiono od powtórzonej w wyniku nakazu zawartego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13, czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, to podstawa faktyczna formułowanych przez odwołującego zarzutów dotyczy pierwotnej treści oferty Qumak S.A.

W istocie wszystkie zarzuty odwoławcze sformułowane przez odwołującego w sposób kategoriyczny dotyczą zgodności z SIWZ, zaferowanych przez Qumak kart sieciowych Emulex Oce10102-FX-D.

Z kolei zarzuty ewentualne (stawiane przez odwołującego z ostrożności), dotyczą rozważań odwołującego, czy Qumak zaferował jedną czy trzy macierze dyskowe oraz opierają się o przyjęcie przez odwołującego nieprawdziwego i nietrafnego założenia, że Qumak zaferował trzy macierze. Rozważania i stwierdzenia dotyczące ilości zaferowanych macierzy, jakkolwiek odwołujący próbuje przydać im walor nowego zdarzenia w postępowaniu powołując się na oświadczenia formułowane przez pełnomocnika Qumak w toku postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1709/13, dotyczą także pierwotnej oferty Qumak, która pozostaje niezmienna od początku postępowania o udzielenie zamówienia. Niezmienność oferty Qumak wynika zarówno z treści samej oferty, wyjaśnień złożonych przez Qumak, które wpłynęły do zamawiającego w dniu 21 sierpnia 2013 r. (pismo z dnia 20 sierpnia 2013 r.) oraz z faktu ograniczenia możliwości modyfikacji oferty Qumak wyłącznie przez osoby umocowane przez Qumak. Analiza treści i zakresu pełnomocnictw udzielonych przez Qumak:

- 1) w dniu 17 maja 2013 r. panu Bartłomiejowi Góreckiemu (który podpisał ofertę Qumak i wyjaśnienia Qumak z dnia 21 sierpnia 2013 r.);
- 2) w dniu 11 lipca 2013 r. panu Bartoszowi Rzczewskiemu (do reprezentowania Qumak w

toku postępowania odwoławczego);

- prowadzi do jednoznacznego wniosku, że pan B. Rzeczewski, który podpisał odwołanie i reprezentował firmę, nie był umocowany do złożenia oferty Qumak lub modyfikacji jej treści. Szerszą argumentację w zakresie dotyczącym ww. pełnomocnictw zamawiający przedstawił w uzasadnieniu odpowiedzi dotyczącym zarzutów postawionych przez odwołującego z ostrożności (zarzuty ewentualne).

Nawet podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, który z pozoru dotyczy nowej czynności zamawiającego w zakresie poprawy innej omyłki polegającej na zastąpieniu kart sieciowych Emulex Oce10102-FX-D kartami sieciowymi Emulex Oce10102-FX, w istocie prowadzi wprost do konieczności oceny przez Izbę/zamawiającego zgodności z SIWZ kart sieciowych Emulex Oce10102-FX-D zaoferowanych przez Qumak.

Logika prawnicza nakazuje dokonać wykładni tego zarzutu odwołującego w następujący sposób. Skoro odwołujący uważa, że dokonanie przez zamawiającego poprawy w ofercie Qumak „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez Qumak karty sieciowej jest niezgodna z ustawą, to odwołujący dąży tym samym do przywrócenia treści oferty w pierwotnym jej brzmieniu. To dążenie wynika wprost i jednoznacznie z żądania odwołującego (żądanie nr 5 i 6, str. 4 odwołania), którym jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia dokonania przez zamawiającego poprawy w ofercie Qumak „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez Qumak karty sieciowej.

A zatem zarzut odwołującego odnośnie naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy dotyczy w istocie konieczności przywrócenia oferty Qumak w zakresie kart sieciowych do pierwotnej postaci (czyli, przywrócenia kart sieciowych Emulex Oce10102-FX-D). Zamawiający zwraca uwagę, że na bazie postulowanego przez odwołującego przywrócenia do pierwotnej postaci oferty Qumak (przywrócenie kart sieciowych Emulex Oce10102-FX-D), odwołujący formułuje powiązane dalsze zarzuty i żądania, w szczególności zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak, pomimo iż treść oferty Qumak nie odpowiada treści SIWZ (zarzut nr 3, str. 3 odwołania) oraz żądanie nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty Qumak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (żądanie nr 3, str. 4 odwołania). To dalsze żądanie dotyczy oferty Qumak przed dokonaniem przez zamawiającego poprawy innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Tym samym należy uznać, że uwzględnienie przez Izbę zarzutu naruszenia przepisu art. 87

ust. 2 pkt 3 ustawy prowadziłby do przywrócenia pierwotnego brzmienia oferty Qumak, zatem zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy należy w istocie do grupy zarzutów spóźnionych. W związku z tym odwołanie także w tym zakresie podlega odrzuceniu.

Odwołanie dotyczące oferty Qumak odwołujący powinien wnieść w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Termin ten powinien być liczony od dnia przekazania wykonawcom informacji o pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. od dnia 3 lipca 2013 r.

W ocenie zamawiającego, nie może być skutecznym odwołanie wykonawcy skwalifikowanego na drugim miejscu a pierwotnie wybranego przez zamawiającego, wniesione na powtórny ocenę ofert, przeprowadzoną w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, w którym to odwołaniu podnosi się nowe zarzuty przeciwko ofercie najtańszej inne niż będące przedmiotem rozpoznania przez KIO odwołania wykonawcy na pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty, ale znane wszystkim wykonawcom już podczas pierwotnego badania ofert.

Kluczowa dla uwzględnienia przez Izbę wniosków zamawiającego w zakresie odrzucenia odwołania jest zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej. Orzecznictwo KIO w powyższym zakresie wydaje się być jednolite i nie budzi wątpliwości. Zamawiający wskazał linię orzeczniczą w przedmiocie odrzucenia odwołania - postanowienia oraz jeden wyrok KIO: 1) z 27 kwietnia 2011 r., KIO 792/11; 2) z 22 czerwca 2011 r., KIO 1251/11; 3) z 28 kwietnia 2009 r., KIO 490/09; 4) z 30 grudnia 2009 r., KIO 1670/09; 5) z 26 stycznia 2010 r., KIO/UZP 191/10; 6) z 9 sierpnia 2011 r., KIO 1646/11; 7) z 18 sierpnia 2010 r., KIO 1637/10; 8) z 1 czerwca 2010 r., KIO 958/10; 9) z 13 października 2008 r., KIO 1041/08; 10) wyrok z 2 marca 2011 r., KIO 336/11; 11) postanowienie z 3 września 2010 r., KIO 1836/10; 12) z 19 czerwca 2012 r., 1185/12 (por. postanowienie KIO z 22 maja 2012 r., KIO 970/12; z 9 lutego 2011 r., KIO 157/11; z 27 kwietnia 2011 r., KIO 792/11; z 20 czerwca 2011 r., KIO 1237/11; z 11 czerwca 2012 r., KIO 1114/12; z 8 maja 2012 r., KIO 854/12).

Jako porównywalne do obecnego stanu faktycznego zamawiający wskazał postanowienie KIO z 14 listopada 2011 r., KIO 2391/11 odrzucające odwołanie wykonawcy pierwotnie wybranego, który przyłączył się po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego wszczętego na skutek odwołania wykonawcy najtańszego, którego oferta została odrzucona

na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy (wykluczenie wykonawcy). W wyniku wykonania orzeczenia KIO zamawiający przeprowadził ponowną ocenę ofert i dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. wybrał najtańszą ofertę wykonawcy uprzednio niesłusznie wykluczonego z postępowania. Wykonawca uprzednio wybrany obecnie pozostający na drugim miejscu wniósł odwołanie na ponowny wybór najkorzystniejszej oferty, zarzucając zaniechanie odrzucenia najtańszej oferty wykonawcy jeszcze z innych przyczyn niż zamawiający stwierdził podczas pierwotnej oceny oferty. „Zdaniem KIO takie odwołanie należało odrzucić nie tylko, jako złożone po terminie ale też jako złożone z uchybieniem art. 185 ust. 6 ustawy, gdyż przystępujący do odwołania nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby. Kolejną podstawą odrzucenia odwołania jest art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, zgodnie z którym odrzuca się odwołanie dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

KIO, uzasadniając bardzo obszernie swoją decyzję o odrzuceniu odwołania w przywołanej sprawie, wskazała na interes prawny wykonawcy w zaskarżeniu ewentualnego zaniechania zamawiającego, co do prawidłowej oceny konkurencyjnej oferty o ile uważał on, iż oferta konkurenta winna podlegać odrzuceniu jeszcze z innych przyczyn niż podał zamawiający w piśmie stanowiącym pierwotny wybór najkorzystniejszej oferty. Dla wykazania interesu nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co potwierdza wyrok ETS z 19.06.2003r. w sprawie Fritsch, Chiari&Partner, Ziwiltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen-Finanzierungs-AG, Asfinag/C-410/01,2003 ECR 613 nr SIP Lez 158605. Odwołujący pierwotnie wybrany do realizacji zamówienia powinien się liczyć z tym, że konkurent który złożył tańszą ofertę może skorzystać ze środków zaskarżenia i podnieść skutecznie zarzuty przeciw odrzuceniu jego oferty.

Zamawiający wskazał też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.04.2006 r., sygn. akt V Ca 56/06 dotyczący zasady koncentracji środków odwoławczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz jej konsekwencje.

Podsumowując powyższe orzecznictwo zamawiający stwierdził, że wykonawca z drugiego miejsca, którego oferta została pierwotnie uznana za najkorzystniejszą, winien w terminie zawitym na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty podnosić zarzuty przeciwko ofercie tańszej, jeżeli jego zdaniem nie została ona prawidłowo oceniona, np. zawężono podstawy wykluczenia czy odrzucenia tej oferty. Wykonawca ten bowiem zawsze może wnieść skutecznie środki odwoławcze doprowadzające do zmiany pierwotnego wyniku.

Zamawiający wniósł także o odrzucenie odwołania na podstawie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, (w związku z art. art. 185 ust. 6 ustawy), ponieważ odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

Zamawiający, zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13, wystąpił w niezbędnym zakresie o wyjaśnienie treści ofert do wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym do wykonawcy Qumak. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Qumak zawartymi w piśmie z dnia 20 sierpnia 2013 r. zamawiający uwzględnił wyjaśnienia treści oferty Qumak dotyczące:

- 1) nie wymienionych wprost w poz. 5 l.p. 5 Załącznika nr 2 A do Formularza oferty dla Części I ilości kontrolerów;
- 2) nie zawarcia wprost w opisie w poz. 5 l.p. 7 Załącznika nr 2 A do Formularza oferty dla Części I opisu skalowalności w zakresie pamięci cache oraz informacji czy macierz posiada możliwość rozbudowy, do co najmniej 30 interfejsów FC;

oraz pozostałe udzielone przez Qumak wyjaśnienia treści oferty, wynikające z treści pozostałych pytań zamawiającego, zawartych w piśmie zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2013 r.

Jednocześnie zamawiający na podstawie art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawił inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty występującą w ofercie Qumak dotyczącą nie wymienienia wprost w poz. 5 l.p. 4 Załącznika nr 2 A do Formularza oferty dla Części I, że Qumak zaoferował szafę RACK 19 przez zastąpienie zadania „Obudowa jest dostosowana do zamontowania w szafie stelażowej 19”, zdaniem „Macierz zostanie dostarczona wraz z dedykowaną dla niej szafą RACK 19”.

Ponadto zgodnie z oświadczeniem Qumak zawartym w piśmie z dnia 20 sierpnia 2013 r., że w opisie poz. 6 Załącznika nr 2 A do Formularza oferty dla Części I Qumak popełnił inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty oraz zgodnie z wnioskiem zawartym w wyjaśnieniach Qumak, zamawiający, po dokonaniu oceny prawnej proponowanej zmiany w kontekście okoliczności faktycznych postępowania, treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13, przy uwzględnieniu poglądów wyrażanych w doktrynie prawa zamówień publicznych i orzecznictwie KIO, poprawił w trybie art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty także tę omyłkę występującą w ofercie Qumak w Załączniku nr 2 A do Formularza oferty dla Części I, poz. 6 „Karta sieciowa 10 Gigabit Ethernet (GbE) - 20 sztuk” przez poprawienie opisu modelu



oferowanych kart, tj. wykreślił wpisany model „Dual Port 10Gb/s FCoE Converged Network Adapter model Oce10102-FX-D, producent Emulex”, a wpisał poprawny - „Typ: CN1000E Dual Port 10 Gb/s FCoE Converged Network Adapter Part Number AW520B, model: Oce10102-FX, producent: Emulex”.

Zamawiający dokonując poprawy innej omyłki w ofercie Qumak w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie zaoferowanych kart sieciowych uwzględnił dyrektywy i wytyczne wynikające z treści uzasadnienia wyroku z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13, dotyczące możliwości (i konieczności) poprawienia omyłki w zakresie szafy RACK 19. Szerzej na ten temat w pkt I ust. 3 w odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Na koniec wyводу dotyczącego zasadności odrzucenia odwołania w oparciu o wskazane przez zamawiającego przesłanki, zamawiający zwrócił uwagę na paradoks prawny, który zaistniałby w przypadku rozpatrzenia i uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania wniesionego przez odwołującego.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W wyniku pierwotnej czynności badania i oceny ofert zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę CA Consulting S.A. (obecny odwołujący). W konsekwencji uwzględnienie odwołania wniesionego przez odwołującego CA Consulting S.A. prowadziłoby do ponownego wyboru oferty złożonej przez CA Consulting S.A., czyli sytuacji, w której wynik postępowania byłby taki sam jak pierwotnie ustalony przez zamawiającego, przed wniesieniem odwołania przez wykonawcę Qumak. Doprowadzenie w wyniku kolejnego postępowania odwoławczego do ponownego wyboru tej samej oferty złożonej przez wykonawcę CA Consulting S.A. (już poprzednio wybranej przez zamawiającego) stałaby, jak się wydaje, w sprzeczności z podstawową zasadą dotyczącą orzekania przez Izbę wyrażoną w art. 192 ust. 2 ustawy, zgodnie z którą Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Takie działanie wobec upływu terminu na wniesienie odwołania byłoby także sprzeczne z podstawowymi zasadami właściwymi dla postępowania odwoławczego (zasada skargowości, zasada kontrydiktoryjności, zasada koncentracji środków odwoławczych, zasada koncentracji materiału dowodowego, konieczność dochowania terminów zawitych na wniesienie odwołania).

W przypadku uwzględnienia przez Izbę wniesionego przez odwołującego odwołania jedynym rzeczywistym i namacalnym efektem dwóch kolejnych postępowań odwoławczych byłaby

konieczność poniesienia przez zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w łącznej minimalnej wysokości 31800 zł (16 800 zł tytułem kosztów pierwszego postępowania odwoławczego plus minimum 15 000 zł tytułem kosztów drugiego postępowania odwoławczego), a wynik postępowania byłby taki sam, jaki wynikał z pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

B. Wniosek o oddalenie odwołania.

Z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosków o odrzucenie odwołania, zamawiający przedstawił stanowisko merytoryczne i wnioski procesowe wobec zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu, zgodnie z systematyką przyjętą przez odwołującego w treści odwołania.

I. Grupa zarzutów dotyczących treści oferty Qumak w zakresie zaoferowanych kart sieciowych Emulex Oce10102-FX-D/kart sieciowych Emulex Oce10102-FX.

1. Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy - zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie sprecyzował w treści odwołania podstawy faktycznej tego zarzutu. Nie wskazał też, które czynności zamawiającego i naruszenie, których przepisów ustawy doprowadziło, w ocenie odwołującego, do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

2. Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Qumak, jako oferty najkorzystniejszej, wobec niezasadności innych zarzutów formułowanych przez odwołującego jest także niezasadny i podlega oddaleniu.

3. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak, pomimo że treść oferty Qumak nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący wskazał, że wobec niedopuszczalności zmiany oferty i braku podstaw do poprawy „omyłki” w ofercie Qumak w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, należy stwierdzić, że Qumak oferuje kartę sieciową niezgodną z wymaganiami SIWZ. W ocenie odwołującego, powinna być brana pod uwagę jedynie karta określona w ofercie Qumak, a nie w wyjaśnieniach złożonych w dniu 20 sierpnia 2013 r. Odwołujący na tej podstawie wywodzi, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak, pomimo iż treść oferty Qumak nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający podkreśla ponownie, że każdy zarzut odwołującego dotyczący pierwotnej treści oferty Qumak jest zarzutem spóźnionym i jako taki nie może być rozpatrywany przez Izbę merytorycznie i podlega oddaleniu. Ponieważ odwołujący w treści odwołania bierze jednak pod uwagę także możliwość uznania za dopuszczalną poprawy oferty Qumak w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie kart sieciowych, odwołujący podnosi dodatkowo, że karta wskazywana przez Qumak, jako „prawidłowa” tj. karta sieciowa Emulex Oce10102-FX również nie spełnia wymagań SIWZ.

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie. W ocenie zamawiającego karta sieciowa Emulex Oce10102-FX jest zgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ. W Załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis wymagań minimalnych dla Sprzętu - Część I” w pkt 6. „Karta sieciowa 10 Gigabit Ethernet (GbE) Fibre Channel over Ethernet (FCoE) - 20 szt.” Zamawiający zawarł następujące wymaganie: 6. Karta sieciowa 10 Gigabit Ethernet (GbE) Fibre Channel over Ethernet (FCoE) - 20 szt.: Karty sieciowe muszą posiadać złącze SFP+ CISCO 10 Gb Direct Attach Passive Copper Cable lub równoważne tj. umożliwiające podłączenie serwerów z zainstalowanymi ww. kartami do zaoferowanego przełącznika sieciowego opisanego w poz. „Wymagania minimalne dla 2 szt kompletów przełączników 10Gb”. Okablowanie niezbędne do podłączenia kart do przełączników zostało wyspecyfikowane w poz. „Wymagania minimalne dla 2 szt. kompletów przełączników 10Gb”. Karty sieciowe 10 Gigabit Ethernet (GbE) będą instalowane po 2 sztuki w serwerze i muszą współpracować z poniższą listą sprzętu serwerowego (dopuszcza się możliwość dostawy różnych typów kart dla poszczególnych modeli serwerów):

- 1) 4 x HP DL380 G7 P/N 583914-B21      8 sztuk kart sieciowych,
- 2) 6 x HP ML370 G6 P/N 483880-B21      12 sztuk kart sieciowych.

Karty sieciowe muszą znajdować się na liście zgodności sprzętu producenta serwerów (HCL ang. Hardware Compatibility List) dla poszczególnych typów serwerów wymienionych powyżej, tj. HP DL380 G7, P/N 583914-B21 oraz HP DL370 G6, P/N 483880-B21. Pierwotnie w ofercie wykonawca QUMAK zaoferował karty Emulex Oce10102-FX-D, które nie znajdowały się na liście kompatybilności z serwerami HP DL370 G6.

Źródło:<http://www.emulex.com/interoperability/results/matrix-action/Interop/by-protocol/matrix-protocol/10Gb...s/Ethernet.html>

W odpowiedzi na pytania zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2013 r. wykonawca Qumak poinformował, że doszło do omyłki i zmienił karty sieciowe na Emulex Oce10102-FX, które wg. informacji na stronie <http://www.emulex.com/interoperability/results/matrix-action/Interop/by-protocol/matrix-protocol/10Gb...s/Ethernet.html> są OEM'owane dla firmy HP pod nazwą HP CN1000E i są kompatybilne z serwerami HP DL 370 G6, co dodatkowo potwierdza informacja umieszczona na stronie firmy Emulex

<http://www.emulex.com/downloads/hp.html>.

Na podstawie informacji ze stron internetowych HP Product Bulletin (lista kompatybilności ze sprzętem HP), zamawiający wskazał karty sieciowe, które posiadają wsparcie producenta.

Podsumowując, zamawiający stwierdził, że karta Emulex Oce10102-FX oraz HP CN1000E to ten sam (tożsamy) produkt, na co wskazuje wykonawca Qumak oraz potwierdzają powszechnie dostępne informacje publikowane w Internecie, stąd decyzja zamawiającego,

że zaoferowane przez wykonawcę karty sieciowe Emulex Oce10102-FX są zgodne z wymogami SIWZ.

W piśmie procesowym z dnia 17 września 2013 r. odwołujący kwestionuje okoliczność, że karty sieciowe Emulex Oce10102-FX są zgodne z wymogami SIWZ i przedstawia, jako dowód oświadczenie z dnia 9 września 2013 r. firmy Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. (dalej HP).

Zamawiający w świetle treści informacji HP z dnia 9 września 2013 r. informuje, że lista wspieranych kart przez HP zawiera tylko produkty HP, ale karta HP CN1000E to ta sama karta, co karta Emulex Oce10102-FX tyle, że oznaczona inną nazwą producenta. Producentem obu kart jest Emulex, tyle, że karta produkowana dla HP otrzymuje inną etykietę. Zamawiający stwierdził, że najlepiej tłumaczy tę sytuację sam producent kart Emulex na stronie internetowej <http://www.emulex.com/downloads/hp.html>:

Robocze tłumaczenie:

HP zatwierdziło modele kart EMULEX firmowane logo HP.

Emulex zapewnia najnowsze sterowniki, firmware, kody źródłowe, oraz dokumentację dla zatwierdzonych konwergentnych kart Emulex HBA przez bazujących na serii produktów OneConnect.

Robocze tłumaczenie:

Modele HP

HP zapewnia najnowsze sterowniki, firmware, kody źródłowe oraz dokumentację dla następujących modeli HP znajdujących się na stronie internetowej HP

<http://h18006.www1.hp.com/storage/saninfrastructure.html>.

Dla kart 10GbE najnowsze sterowniki, firmware, kody źródłowe oraz dokumentację można znaleźć na stronie internetowej HP

[h18004.www1.hp.com/products/servers/networking/index.html](http://h18004.www1.hp.com/products/servers/networking/index.html).

Zamawiający zamieścił w dalszej części pisma listę kart produkowanych przez Emulex dla HP, na której występuje również karta HP CN1000E. Zamawiający wskazał, że dodatkowo powyższe informacje potwierdzają jednorodność obu produktów, ponieważ sterowniki HP pasują do kart Emulex. Zamawiający zamieścił tabelę, w wierszu 15. tabeli podają kartę AW520A (CN1000E).

Zamawiający podał, że nie kwestionuje oświadczenia HP z dnia 9 września 2013 r. zawartego w pierwszym i drugim akapicie pisma, że modelami kart które HP wskazuje jako kompatybilne z serwerami HP ML 370 G6 są HP CN1100E Dual Port Converged Network Adapter BK835A HP CN1000Q Dual Port Converged Network Adapter BS668A HP CN1000E Dual Port Converged Network Adapter AW520B. Zamawiający kwestionuje jednak

oświadczenie zawarte w trzecim akapicie pisma i twierdzi, że karta Emulex Oce10102-FX również jest kompatybilna, ponieważ to ten sam produkt co HP CN1000E.

4. Zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, przez bezpodstawne prowadzenie między zamawiającym a Qumak negocjacji dotyczących złożonej przez Qumak oferty oraz dokonywanie bezpodstawnych zmian w treści oferty Qumak.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający zaprzecza, jakoby prowadził z wykonawcą Qumak negocjacje dotyczące treści jego oferty. Zamawiający wyjaśnia, że zmiany w ofercie Qumak mieszczą się w dozwolonych Prawem zamówień publicznych granicach i zostały poprawione w ofercie Qumak w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Obszerne uzasadnienie stanowiska zamawiającego w przedmiotowej kwestii znajduje się w pkt I ust. 5 odpowiedzi na odwołanie.

5. Zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez bezzasadne uznanie, że w ofercie Qumak nastąpiła „inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaofertowanej przez Qumak karty sieciowej, pomimo iż brak jest podstaw do uznania istnienia takiej omyłki.

Odwołujący wywodzi naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez bezzasadne uznanie, iż w ofercie Qumak nastąpiła „inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaofertowanej przez Qumak karty sieciowej, pomimo iż brak jest podstaw do uznania istnienia takiej omyłki. Stwierdzić również należy naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez bezpodstawne dokonanie przez zamawiającego poprawy w ofercie Qumak „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaofertowanej przez Qumak karty sieciowej, przez bezzasadne uznanie, że w ofercie Qumak nastąpiła taka „inna omyłka”, pomimo iż brak jest podstaw do stwierdzenia istnienia takiej omyłki.

Na wstępie zamawiający podkreślił, że prawidłowa wykładnia i zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest zadaniem niezwykle trudnym. Po wprowadzeniu tego przepisu w doktrynie i orzecznictwie ewoluowały poglądy, co do zakresu i prawidłowości stosowania norm prawnych wynikających z przepisu.

W odniesieniu do pojęcia „istotności zmiany treści oferty” stwierdzić należy, iż pojęcie to winno być rozpatrywane na tle każdego stanu faktycznego odrębnie, gdyż nie zostało ono

przez ustawodawcę zdefiniowane w żadnym przepisie ustawy. Nie bez znaczenia w tym zakresie jest ocena sytuacji wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (ranking wykonawców), brzmienie wymogów SIWZ co do treści oferty, jak również wynikające z nich skutki dla oceny ofert. Takie stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1425/09; KIO/UZP 1426/09. Zamawiający wskazał też na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09, z którego wynika, że „kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”. A zatem przy dokonywaniu oceny czy dany błąd może zostać zakwalifikowany, jako „inna omyłka”, zamawiający winien wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności konkretnej sprawy. Może się zdarzyć tak, że w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ten sam błąd zostanie zakwalifikowany, jako istotna omyłka niepodlegająca poprawieniu, w innym z kolei jako błaha, co umożliwi zamawiającemu skorzystanie z normy określonej w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Podkreślenia wymaga, że pojawienie się w ofercie wykonawcy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, powoduje powstanie po stronie zamawiającego nie tylko uprawnienia, ale również obowiązku jej poprawienia. Powyższy przepis wprost stanowi: „zamawiający poprawia”, a sformułowanie to ma charakter kategoryczny. Zamawiający musi zatem poprawić omyłkę znajdującą się w ofercie wykonawcy, choćby ten nie wnosił o podjęcie przez zamawiającego stosownego działania w tym zakresie. Takie stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1427/09; KIO/UZP 1428/09. Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający stwierdził, że zanim zamawiający dokona czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy, obowiązany jest wyczerpać procedurę, o której mowa w art. 87 ustawy, o ile oczywiście zachodzą przesłanki do jej zastosowania.

Omawiając zagadnienie dopuszczalności poprawiania omyłek w ramach przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, zamawiający zwrócił szczególną uwagę na niejednołite orzecznictwo KIO. Z jednej strony wskazuje się bowiem na potrzebę przyjęcia literalnej wykładni omawianego przepisu, ograniczającego możliwości jego zastosowania wyłącznie po spełnieniu określonych w tym przepisie warunków (stanowisko konserwatywne). Z drugiej strony

orzecznictwo KIO prezentuje odmienny pogląd zezwalający na dokonywanie interpretacji rozszerzającej powołanego przepisu (stanowisko liberalne), który może jednak budzić uzasadniony sprzeciw przy uwzględnieniu celu postępowania korygującego, którym jest zmiana treści oferty, stanowiąca wyjątek od zasady niezmienności treści oferty.

Do czasu wydania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13 stanowisko zamawiającego odnośnie możliwości stosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w sytuacji, w której wykonawca musiałby składać dodatkowe oświadczenia woli lub wyjaśnienia, było stanowiskiem konserwatywnym. Zamawiający uważał, że każda oczywista dla zamawiającego niezgodność w treści oferty z treścią SIWZ nie podlega wyjaśnieniom w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a tym bardziej nie podlega korekcie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Jednak w oparciu o interpretację Krajowej Izby Odwoławczej zawartą w uzasadnieniu wyroku i przedstawioną przez Izbę w toku postępowania odwoławczego, dotyczącą oceny treści oferty Qumak odnośnie szafy stelażowej RACK 19, zamawiający musiał radykalnie zrewidować swoje poglądy dotyczące możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i obecne stanowisko zamawiającego jest stanowiskiem liberalnym.

Zamawiający przybliżył wpływ wyroku na czynności zamawiającego kwestionowane przez odwołującego oraz przypomniał i przytoczył elementy stanu faktycznego z poprzedniego postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13, Izba wskazała na okoliczności, istotne dla prawidłowego wykonania powtórzonej czynności badania i oceny ofert i powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał, że fragmenty przywołanego wyroku zdeterminowały w istotnym stopniu czynności zamawiającego dotyczące zaoferowanych przez Qumak kart sieciowych. Przykłady orzecznictwa prezentującego stanowisko konserwatywne wskazał w swoim odwołaniu odwołujący. Zamawiający nie zgadza się z poglądami doktryny i orzecznictwa, na które powołuje się odwołujący, których zasadniczą tezą jest twierdzenie, że źródłem informacji o omyłce nie mogą być późniejsze wyjaśnienia treści oferty, składane przez wykonawcę.

Ponadto zdaniem zamawiającego podstawową metodą wykładni przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy powinna być wykładnia gramatyczna, a wykładnia doktrynalna, jako bardziej subiektywna powinna być stosowana jedynie pomocniczo. Wykładnia gramatyczna w najmniejszym stopniu nie pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca ograniczył źródła informacji o „innej omyłce” wyłącznie do treści oferty.

Wykładnia gramatyczna art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wskazuje, że możliwa jest sytuacja, że

informacja o innej omyłce nie jest efektem samodzielnej analizy treści oferty dokonywanej przez zamawiającego. Jest to naturalna konsekwencja tego, że inna omyłka nie ma charakteru oczywistego. Zatem, dopuszczenie oświadczenia wiedzy wykonawcy o zaistniałej w jego ofercie „innej omyłce” w trybie wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy jest nie tylko konieczne, ale nieraz nie ma innej możliwości ustalenia istnienia innej omyłki. Sam wykonawca wie przecież najlepiej, czy się pomylił, czy zawarł określone treści w ofercie z pełną świadomością.

Zamawiający skupił się na przybliżeniu stanowiska liberalnego, w którego nurcie klasyfikować należy także wyrok KIO z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13.

Tendencje do stosowania wykładni rozszerzającej przepisu zobowiązującego zamawiającego do poprawienia tzw. innych omyłek w ofercie jest dostrzegalna w licznej grupie wyroków KIO. Zdaniem KIO celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco (KIO/UZP 1409/10). Skłonności do szerokiej interpretacji omawianego przepisu ujawniły się z całą mocą w wyroku KIO z dnia 7 maja 2012 r., gdzie stwierdzono, że *„Na gruncie postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ważne jest jedynie stwierdzenie faktu omyłki, a jej poprawienie jest możliwe nawet wtedy, gdy dotyka ona treści oferty, tyle, że ingerencja w treść oferty - nie może być istotna, nadmierna - w stosunku do pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy, złożonego w ofercie - w tym przypadku, sprostowana pomyłka ingerując w treść oferty, nie powodowałaby żadnych odstępstw od wymagań siwz, czego przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie wyłącza. Skoro przywoływany przepis dozwala na poprawianie omyłek w ofercie, skutkujących jej niezgodnością z siwz, to tym bardziej zezwala na korektę takich omyłek, które same w sobie nie wykazują niezgodności z siwz”* (KIO 842/12; KIO 849/12).

Prezentowany pogląd został w pełni podzielony przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie, który w wyroku z dnia 12 lipca 2012 r. (sygn. akt VI Ga 114/12) stwierdził, że *„zakładając, iż po stronie zamawiającego istnieją wątpliwości odnośnie oczywistości omyłki, która to kwestia pozostaje kwestią ocenną, zamawiający winien dokonać sprostowania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Błędne jest przy tym rozumowanie, iż w tymże trybie prostowane mogą być tylko omyłki, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz). Uzasadnione jest przyjęcie, iż skoro ustawodawca dopuścił możliwość sprostowania omyłki, która powoduje niezgodność z siwz to tym bardziej uzasadnione jest dokonanie sprostowania w zakresie, który nie jest niezgodny z warunkami przetargu (a*



*maiori ad minus).*"

Prawidłowej, w ocenie zamawiającego, wykładni przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy dokonano m.in. w wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2810/11; wskazał też wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1266/13 oraz z dnia 24 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2490/10.

W wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09, Sąd Okręgowy w Krakowie orzekł: „W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.

Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwalifikator "istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty."

Zamawiający, po gruntownej analizie treści uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13 oceniając kryterium istotności zmian oferty Qumak w odniesieniu do kart sieciowych wziął pod uwagę następujące okoliczności:

- 1) okoliczność, że karty sieciowe są jedynie niewielkim elementem składowym oferty Qumak, którego wartość rynkowa jest zbliżona do wartości szafy RACK 19 (łącznie te elementy oferty kosztują około 24 000 zł);
- 2) okoliczność, że koszt dostawy kart Oce10102-FX-D jest taki sam jak kart Oce10102-FX;
- 3) okoliczność, że oferta odwołującego jest droższa od oferty Qumak o kwotę ponad 600 000 zł.

W konsekwencji zamawiający poprawił w trybie art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty omyłkę występującą w ofercie Qumak w Załączniku nr 2 A do Formularza oferty dla Części I, poz. 6 „Karta sieciowa 10 Gigabit Ethernet (GbE) - 20 sztuk” przez poprawienie opisu modelu oferowanych kart, tj. wykreślił wpisany model „Dual Port 10Gb/s FCoE Converged Network Adapter model Oce10102-FX-D, producent Emulex”, a wpisał poprawny - „Typ: CN1000E Dual Port 10Gb/s FCoE Converged Network Adapter Part Number AW520B, model: Oce10102-FX, producent: Emulex”.

6. Zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez bezpodstawne dokonanie przez zamawiającego poprawy w ofercie Qumak „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez Qumak karty sieciowej, przez bezzasadne uznanie, iż w ofercie Qumak nastąpiła taka „inna omyłka”, pomimo iż brak jest podstaw do stwierdzenia istnienia takiej omyłki.

Dokonanie przez zamawiającego poprawy w ofercie Qumak „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez Qumak karty sieciowej jest jedynie naturalną konsekwencją uznania przez zamawiającego, że w ofercie Qumak nastąpiła „inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującą istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez Qumak karty sieciowej. Argumentacja wskazująca na przyczyny i zasadność takiego rozstrzygnięcia zawarta jest w pkt I ust. 5 odpowiedzi na odwołanie.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że nielogiczne jest kaskadowe powiązanie przez odwołującego zarzutów:

- 1) naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez bezpodstawne dokonanie przez zamawiającego poprawy w ofercie Qumak „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaoferowanej przez Qumak karty sieciowej;
- 2) naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak, pomimo że treść oferty Qumak nie odpowiada treści SIWZ.

W przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, uwzględnienie zarzutu prowadziłyby do przywrócenia pierwotnego brzmienia oferty Qumak, zatem zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy należy w istocie do grupy zarzutów spóźnionych i jako taki nie może być rozpatrywany przez Izbę merytorycznie i podlega oddaleniu.

Dalszy zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy byłby zatem tym bardziej zarzutem spóźnionym.

W konsekwencji nawet przyjęcie tezy odwołującego, i uznanie przez Izbę, że zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w sposób określony w zarzucie odwołującego pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy podlega oddaleniu.

II. Grupa zarzutów postawionych zamawiającemu przez odwołującego z „ostrożności” dotyczących treści oferty Qumak w zakresie ilości zaoferowanych macierzy dyskowych.

Jak wskazywał już zamawiający zarzuty ewentualne (stawiane przez odwołującego z ostrożności) z wyłączeniem zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, dotyczą rozważań odwołującego, czy Qumak zaoferował jedną czy trzy macierze dyskowe oraz opierają się o przyjęcie przez odwołującego nieprawdziwego i nietrafnego założenia, że Qumak zaoferował trzy macierze dyskowe.

Odwołujący wskazuje, że w ofercie Qumak na str. 13 znajduje się informacja, z której wynika, że została zaoferowana jedna macierz - wykaz dostarczonego sprzętu/oprogramowania: Macierz dyskowa o pojemności m.in, 70 TB MW - 1 szt., cena jednostkowa brutto macierzy: 519 060 zł.

Odwołujący podkreśla, że w odwołaniu z dnia 12 lipca 2013 r. złożonym przez firmę Qumak znajduje się jednakże oświadczenie, że oferta tej firmy zawiera 3 macierze, co było również podstawą faktyczną wyroku KIO 1709/13. Tezy odwołującego odnośnie zaoferowania przez Qumak trzech macierzy opierają się o stwierdzenie zawarte na str. 6 (pkt I) i str. 7 (pkt II) odwołania Qumak, że Qumak zaoferował 3 macierze dyskowe.

Zamawiający pismem z dnia 16 sierpnia 2013 r. wezwał Qumak do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. W związku z powyższymi rozbieżnościami dotyczącymi ilości zaoferowanych macierzy zamawiający zawarł na str. 2 przedmiotowego pisma w pkt 3 pytanie: „(...) 3. W świetle złożonego przez Państwa odwołania w dn. 12 lipca 2013 r. gdzie oświadczyliście Państwo na str. 6 (pkt I) i 7 (pkt II) odwołania, że dostarczacie Państwo 3 macierze dyskowe, zamawiający prosi o wyjaśnienie czy wykonawca Qumak S.A. oferuje dostawę 1 szt. macierzy dyskowej czy też 3 szt ? (...).

W odpowiedzi w piśmie z dnia 20 sierpnia 2013 r. Qumak wskazał (str. 2 wyjaśnień), że przedmiot oferty obejmuje dostarczenie rozwiązania w postaci jednej macierzy 6-kontrolerowej, składającej się z 3 par kontrolerów.

Odwołujący podkreśla w treści odwołania, że Prawo zamówień publicznych nie pozwala na prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w zakresie treści złożonej oferty. Według odwołującego firma Qumak w przedmiotowych wyjaśnieniach złożyła oświadczenie, sprzeczne z oświadczeniem zawartym w odwołaniu. Zdaniem odwołującego fakt ten ma istotne znaczenie dla oceny sytuacji, ponieważ gdyby firma Qumak nie oświadczyła w odwołaniu (także na rozprawie przed Krajową izbą Odwoławczą), że jej oferta składa się z 3 macierzy, to z dużym prawdopodobieństwem należałoby stwierdzić, iż jej odwołanie mogłoby nie zasługiwać na uwzględnienie, gdyż nie wykazano by na rozprawie,

że firma Qumak może spełniać wymagania SIWZ w zakresie dostarczenia macierzy dyskowej.

W konsekwencji odwołujący konkluduje, że skoro firma Qumak zaoferowała 3 macierze, to należy stwierdzić, że w ofercie firmy Qumak powinny zostać poprawione: ilość sztuk macierzy (z jednej na trzy sztuki) oraz cena całkowita oferty.

Zamawiający nie podzielił poglądów odwołującego z następujących względów. Niezmiennosc oferty Qumak i stwierdzenie, że Qumak zaoferował jedną macierz dyskową wynika zarówno z treści samej oferty, wyjaśnień złożonych przez Qumak, które wpłynęły do zamawiającego w dniu 21 sierpnia 2013 r. (pismo z dnia 20 sierpnia 2013 r.) oraz z faktu ograniczeń prawnych dotyczących możliwości modyfikacji oferty Qumak wyłącznie przez osoby umocowane do tego przez Qumak. Zamawiający przeprowadził analizę treści i zakresu pełnomocnictw udzielonych przez Qumak (w prezentacji stanowiska zamawiającego Izba pominęła treść pełnomocnictw, gdyż nie sformułowano zarzutu w tym przedmiocie).

Zamawiający, wobec treści pełnomocnictw, w zakresie ustalenia treści oferty Qumak i ilości zaoferowanych macierzy uwzględnił wyłącznie treść oświadczeń woli i wiedzy składanych przez pełnomocnika Qumak pana Bartłomieja Góreckiego, upoważnionego do złożenia oferty i do składania wyjaśnień w postępowaniu.

Z powyższych względów zamawiający uznał, że oferta Qumak w zakresie ilości zaoferowanych macierzy jest niezmienna od momentu jej złożenia i obejmuje wyłącznie jedną macierz dyskową.

Dodatkowo zamawiający podkreślił, że wszystkie zarzuty Odwołującego w zakresie ilości zaoferowanych przez Qumak macierzy dotyczą w istocie treści oferty Qumak, tym samym są to zarzuty spóźnione i jako takie nie mogą być rozpatrywane przez Izbę merytorycznie i podlegają oddaleniu.

W związku z powyższym, jako niezasadne i niezasługujące na uwzględnienie zamawiający traktuje następujące zarzuty zawarte w odwołaniu postawione z ostrożności, jako naruszenie przepisów ustawy:

1) art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 przez bezpodstawne uznanie, że w ofercie Qumak oferowana jest jedna macierz, pomimo iż zgodnie z wcześniejszymi oświadczeniami Qumak, jak i zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13 jasnym jest, iż Qumak oferuje trzy macierze.

2) art. 87 ust. 2 pkt 3 przez zaniechanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ilości sztuk macierzy w ofercie Qumak z jednej macierzy na trzy macierze, zgodnie z wcześniejszymi oświadczeniami Qumak, jak i zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13;

3) art. 87 ust. 2 pkt 2 przez zaniechanie poprawy omyłek rachunkowych w ofercie Qumak z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, poprzez zaniechanie poprawy ceny oferty Qumak polegającej na zwiększeniu ceny oferty Qumak o wartość dwóch macierzy;

4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 przez przyznanie ofercie Qumak zawyżonej ilości punktów w kryterium ceny oraz zaniżenie ilości punktów przyznanej ofercie Odwołującego w tym kryterium, a w konsekwencji wybór oferty Qumak, która pod względem kryterium oceny ofert (Cena - 100%) powinna plasować się za ofertą odwołującego.

Odrębnie od powyższym zarzutów, jako oparty o inną podstawę faktyczną, należy potraktować postawiony z ostrożności:

5) zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Qumak z postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący stwierdza, że doszło do naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Qumak z postępowania pomimo złożenia przez Qumak nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Według odwołującego Qumak oświadczył nieprawdę wskazując odnośnie karty sieciowej model Emulex Oce10102-FX, że „Wyżej wymieniona karta posiada wsparcie producenta serwerów i znajduje się na liście zgodności Hardware Compatibility List.”.

Zamawiający nie podzielił poglądu prezentowanego przez odwołującego, argumenty merytoryczne dotyczące zgodności karty sieciowej model Emulex Oce10102-FX z wymaganiami SIWZ zawarte są w pkt I ust. 3. w odpowiedzi zamawiającego na zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Nadto zamawiający zauważył, że skoro odwołujący twierdzi, że wyjaśnienia Qumak dotyczące kart sieciowych Emulex Oce10102-FX i poprawa omyłki dotyczącej ww. kart w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi naruszenie tego przepisu, to złożone przez Qumak wyjaśnienia nie mogą mieć wplywu na wynik prowadzonego postępowania. Tylko przyjęcie założenia, że zmiana kart sieciowych w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 jest zgodna z przepisami ustawy powoduje, że skuteczny mógłby być zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, o ile potwierdziłoby się twierdzenie odwołującego, że karty sieciowe model Emulex Oce10102-FX nie posiadają wsparcia producenta serwerów i nie znajdują się na liście zgodności Hardware Compatibility List.

Reasumując, nie ulega wątpliwości, że kwestionowane przez odwołującego czynności zamawiającego nie stoją w sprzeczności z wskazanymi w treści odwołania przepisami

ustawy. Mając na względzie wszystkie przedstawione w odpowiedzi na odwołanie argumenty zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego - wykonawca Qumak Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, przyłączając się do stanowiska i argumentacji zamawiającego. Na rozprawie przystępujący przedłożył do akt sprawy wydruki ze stron internetowych oraz korespondencję w sprawie kart sieciowych.

### **Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba uznała, że wykonawca Qumak S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego.

Odwołujący, z drugą lokatą po wykonawcy Qumak S.A. w rankingu ofert, wykazał spełnienie przesłanek legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

Wniesienie rozpoznawanego odwołania jest skutkiem czynności zamawiającego wykonanych w wyniku powtórzenia badania i oceny ofert.

W wyroku z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13, Izba uwzględniając odwołanie wykonawcy Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej (CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie - przystępujący wówczas do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego), odrzucenia oferty odwołującego i ponowne badanie i ocenę ofert.

W uzasadnieniu odwołania Izba stwierdziła:

*W zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego zaoferowania szafy RACK 19"- „odwołujący nie wpisał wprost, iż oferuje szafę RACK 19, ale wskazał, że oferuje obudowę dostosowaną do zamontowania w szafie stelażowej 19". Wiadomym jest, że w tej szafie ma być zamontowana macierz dyskowa, która sama żadną obudową nie jest."*

*(...) „Opierając się na tym założeniu (założenie złożenia oferty o właściwej treści) oraz ww. treści oferty stwierdzić należy, iż wskazana w ofercie odwołującego „obudowa” jest niewątpliwie zaoferowanym urządzeniem bądź jego namiastką, w której ta macierz będzie zamontowana. Tym samym Izba uznaje, że w tych okolicznościach sprawy, brak jest podstawy do kwestionowania oświadczenia odwołującego - w tym i tego podanego w trakcie rozprawy, „iż oferuje obudowę dostosowaną do zamontowania w szafie stelażowej 19".*

Faktycznie zabrakło zapisu, że jest to szafa typu RACK 19 cali, ale niewątpliwym jest, że odwołujący szafę stelażową zaoferował". Dlatego też zamawiający winien był tą kwestię wyjaśnić i dokonać poprawy tej omyłki czy błędu - tj. zachowania świadczącego o tym, że odwołujący opisując spełnienie tego wymogu zrobił coś niepoprawnie - w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp."

(...) „W zakresie dwóch kolejnych zrzutów odwołania, w oparciu o które zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu niespełnienia wymogów co do architektury macierzy i skalowalności wskazać należy, że odwołujący zarzucił zamawiającemu braku wskazania na czym ta niezgodność polega. Tym samym rozpoznawanie tego zarzutu należy połączyć również z zarzutem naruszenia przez zamawiającego treści art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niedokładne i niezgodne ze stanem faktycznym uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego."

(...) „Ze stanowiska zamawiającego (...) zawartego w piśmie z dnia 3 lipca 2013 roku wynika, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego w zakresie zarówno „architektury macierzy” jak i „skalowalności” był brak opisu tych elementów oferty. Tym samym zasadne wydaje się stanowisko odwołującego, że „biorąc pod uwagę stanowisko zamawiającego, należy stwierdzić, iż złożona oferta wykonawcy w tym zakresie nie jest niezgodna z treścią SIWZ, tylko - zdaniem zamawiającego - niezbyt dokładnie opisana w zakresie parametru architektury macierzy i skalowalności” oraz, że „zamawiający w SIWZ nie wskazał poziomu szczegółowości opisu parametrów technicznych”.

(...) „za zasadne należy uznać zarzut, że zamawiający nie wskazał w sposób wymagany treścią przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 przesłanek, które legły u podstaw uznania oferty odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ. Za niewystarczające należy uznać wykazanie i uzasadnienie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w myśl wymogu z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdy zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty z tego powodu nie wskazuje, które to postanowienie SIWZ, będące podstawą odrzucenia oferty, zostało naruszone.

Wobec powyższego zdaniem Izby, powyższe zarzuty zasługują na uwzględnienie, a zamawiający w trakcie ponownego badania i oceny ofert winien ustalić, jaki charakter mają mieć wg SIWZ przedmiotowe informacje i opis których brak był podstawą odrzucenia oferty. Czy wystarczające jest złożenie wyjaśnień przez odwołującego czy też niezbędne jest ich uzupełnienie celem potwierdzenia spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego. Dopiero w oparciu o uzyskane w tym zakresie ustalenia i odpowiedź wykonawcy, zamawiający winien podjąć stosowne ustalenia, co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Reasumując powyższe rozważania i ustalenia w świetle podniesionych zarzutów, a w szczególności powtarzający się zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania

*wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 i poprawy innych omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, który to przepis może zostać zastosowany przez zamawiającego tylko w sytuacji braku możliwości poprawy omyłek oferty, iż intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.*

*Zważyć należy, że zgodnie z art. 6 kc rozkład ciężaru dowodu, w razie odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o niezgodności treści oferty z SIWZ. W przedmiotowym zakresie zamawiający nie podjął wszystkich dopuszczonych i nakazanych przepisami ustawy Pzp czynności, aby w sposób jednoznacznie bezsprzeczny taką niezgodność wykazać.”*

Z uzasadnienia wyroku z dnia 25 lipca 2013 r. wynika, że Izba orzekła w zakresie zarzutu dotyczącego zaoferowania szafy RACK 19” oraz braku uzasadnienia odrzucenia oferty, co do niespełnienia wymogów w przedmiocie architektury macierzy i skalowalności, uznając jednocześnie, że zamawiający nie wykazał niezgodności oferty tego wykonawcy z postanowieniami SIWZ w tym zakresie. Zamawiający został zobowiązany do powtórzenia badania i oceny oferty Qumak S.A., z uwzględnieniem przepisów art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy, w związku z orzeczeniem Izby. Orzeczenie Izby dotyczyło wyłącznie wskazanego zakresu i wyłącznie wykonawcy Qumak S.A. i jego oferty.

Zamawiający, jak ustalono w toku bieżącego postępowania odwoławczego, sugerując się stanowiskiem Izby w przedmiocie poprawiania omyłek w treści oferty, powtarzając czynności nakazane orzeczeniem Izby, podjął dodatkowe badanie i ocenę ofert w zakresie wykraczającym poza oceniane trzy zarzuty ówczesnego odwołania. Czynność ta nie była kwestionowana w aktualnym postępowaniu, za wyjątkiem zarzutu bezpodstawnego prowadzenia negocjacji zamawiającego z wykonawcą Qumak S.A., przekraczających granice wyjaśniania treści oferty, o których stanowi przepis art. 87 ust. 1 ustawy.



Zgodnie z orzecznictwem, zamawiający jest uprawniony na każdym etapie postępowania, w wyniku czynności podjętej z powodu tzw. samokontroli, do powtórzenia czynności, co do których wykonania ma wątpliwości lub przekonanie o ich niewłaściwej pierwotnej ocenie.

W wyroku z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2424/12 Izba orzekła: „Co do możliwości podjęcia w toku powtórnego badania i oceny ofert, czynności wobec wykonawcy i jego oferty w zakresie dotychczas nie kwestionowanym, Izba podziela orzecznictwo w tym zakresie, że Zamawiający, zobowiązany do prowadzenia postępowania według ustawowych zasad, z obowiązkiem wybrania oferty obiektywnie uznanej w świetle wymagań i kryteriów ceny ofert opisanych w SIWZ za najkorzystniejszą, jest uprawniony i zobowiązany do powtórzenia czynności podlegających weryfikacji, również z własnej inicjatywy, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (przykładowe wyroki Izby: KIO 692/12 z 24 kwietnia 2012 r., KIO 2535/11 z 8 grudnia 2011 r., KIO 2685/10 i 2686/10 z 28 grudnia 2010 r.).”

Zatem, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie niewynikającym z uprzedniego rozpoznania odwołania i orzeczenia Izby, jest nową czynnością zamawiającego, podlegającą kontroli wykonawców w ramach środków ochrony prawnej, co wyklucza w tym zakresie uznanie odwołania za podlegające odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, pkt 5, czy art. 185 ust. 6 ustawy, jak wnosił zamawiający.

W rozpoznawanej sprawie, powtarzając czynności badania i oceny ofert, zamawiający wystąpił do wykonawców o wyjaśnienie treści ofert w zakresach, co do których powziął wątpliwości, wznowił więc ponowną procedurę badania i oceny ofert (oświadczenie potwierdzające złożone na rozprawie). Sygnałem do tych czynności był zapewne też wniosek odwołującego z dnia 12 sierpnia 2013 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2013 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, wykonawca Qumak S.A. złożył pismem z dnia 20 sierpnia 2013 r. wyjaśnienia, w tym dotyczące dostarczenia rozwiązania w postaci macierzy sześciokontrolerowej, składającej się z 3 par kontrolerów; wskazał odpowiednie pojemności macierzy; zamieścił także obszernie wyjaśnienia dotyczące kontrolerów tworzących macierz.

Złożył też wyjaśnienia w zakresie nieobjętym orzeczeniem Izby, wskazując niezgodność treści oferty z SIWZ w przedmiocie kart sieciowych, jako inną omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, wnosząc o jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (w piśmie wskazano ust. 1) - odpowiedź Ad 12 - zakres niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, nieujawniony dotychczas.

W miejsce zaoferowanej w ofercie karty sieciowej (Dual Port 10Gb/s FCoE Converged

Network Adapter model Oce10102-FX-D, producent Emulex), jako niezgodnej z SIWZ, lecz funkcjonującej w obrocie, istniejącej fizycznie w takim kształcie (ustalenie niebudzące wątpliwości, potwierdzone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego), wskazał kartę sieciową model Oce10102-FX, podając, że karta ta posiada wsparcie producenta serwerów i znajduje się na liście zgodności Hardware Compatibility List. Wskazał również, że dla serwerów HP DL380 G7 P/N 583914-B21 dostarczane są karty HP CN1100E Dual Port Converged Network Adapter BK835A. Dla serwerów HP DL370 G6. P/N 483880-B21 dostarczane są karty, których producentem jest Emulex, są one OEMowane dla HP, jako CN100E Converged Network Adapter AW520A/AW520B, a jest to rodzina Oce10102-F model Oce10102-FX.

Wskazał tabele interoperacyjności: Oce10102-FX/CN100E; CN1100E oraz tabelę produktów OEMowanych przez Emulex i ich odpowiedników Emulex - podając adresy stron internetowych.

Zamawiający pismem z dnia 27.08.2013 r. zawiadomił wykonawcę, że uwzględnił wyjaśnienia (ilość kontrolerów i opis skalowalności), poprawił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy treść oferty wpisując „Macierz zostanie dostarczona wraz z dedykowaną dla niej szafą RACK19” (poprawienie w ofercie zakresu odpowiadającego zarzutom ocenionym w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 25 lipca 2013 r.). Ponadto wskazał, że wykonawca w opisie załącznika nr 2 A do Formularza oferty dla Części I popełnił inną omyłkę.

Zamawiający powołując się na wyrok Izby, doktrynę i orzecznictwo KIO poprawił w ofercie wykonawcy Qumak S.A. opis modelu oferowanych kart, tj. wykreślił wpisany model „Dual Port 10Gb/s FCoE Converged Network Adapter model Oce10102-FX-D, producent Emulex”, a wpisał poprawny - „Typ: CN1000E Dual Port 10 Gb/s FCoE Converged Network Adapter Part Number AW520B, model: Oce10102-FX, producent: Emulex”, wzywając wykonawcę do złożenia oświadczenia w przedmiocie wyrażenia zgody na poprawienie omyłek w ofercie.

Oferta Qumak została wybrana, jako najkorzystniejsza.

Na podstawie dokonanych ustaleń Izba uznała, że odwołanie podlega rozpoznaniu na rozprawie w zakresie dotyczącym czynności zamawiającego wykonanych w dniu 29 sierpnia 2013 r. - wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Qumak, po uprzednim wezwaniu m.in. tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie niezgodności treści oferty z SIWZ, w zakresie niebędącym przedmiotem rozpoznania Izby i orzeczenia w wyroku z dnia 25 lipca 2013 r., tj. poprawienia treści oferty i uznania, że oferta po dokonaniu poprawienia zgodna jest z SIWZ. Zatem przedmiotem rozpoznania na rozprawie jest odwołanie dotyczące

czynności poprawienia oferty w zakresie kart sieciowych oraz wyboru oferty Qumak w dniu 29 sierpnia 2013 r. i związane z tym okoliczności wskazane w zarzutach odwołania - pkt 1-6.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego o odrzucenie odwołania w całości na podstawie wskazanych przepisów - art. 189 ust. 2 pkt 3 - odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, gdyż 10. dniowy termin do wniesienia odwołania biegnie od dnia przesłania wykonawcy informacji o czynności zamawiającego (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy) lub od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy). Wykonawca został zawiadomiony o wyborze oferty Qumak pismem z dnia 29 sierpnia 2013 r., w dniu 3 września 2013 r. (po uprzednim złożeniu wniosku o udostępnienie dokumentacji) zapoznał się z wyjaśnieniami przystępującego zamieszczonymi w piśmie z dnia 20 sierpnia 2013 r. oraz o dokonaniu poprawienia przez zamawiającego oferty wykonawcy w dniu 27 sierpnia 2013 r., na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Mając na uwadze podane w odpowiedzi na odwołanie - wniosek o odrzucenie odwołania - orzecznictwo pkt 1-12 dotyczące odrzucenia odwołania, pochodzące z opracowania pt. „Odrzucenie odwołania wniesionego po terminie”, opublikowanego 6 lipca 2013 r., autor: Bernadeta Podraska - Blog prawa zamówień, Izba wskazuje, że autorka opracowania, odnosząc się do wyroku KIO z dnia 4.07.2013 r., sygn. akt KIO 1465/13 i 1466/13, o merytorycznym rozpoznaniu odwołania, wskazała, że „stan faktyczny zarówno podczas pierwotnej oceny ofert, jak podczas powtórnej oceny ofert nakazanej przez KIO, nie uległ zmianie. (...) Wykonawca, którego oferta pierwotnie została uznana za najkorzystniejszą przystąpił po stronie zamawiającego do odwołania wykonawcy tańszego wykluczonego z postępowania tym samym popierając stanowisko zamawiającego, że istniała jedyna jedna podstawa wykluczenia z postępowania. Mając możliwość zapoznania się z ofertami, przeprowadzonym postępowaniem wyjaśniającym w sprawie rażąco niskiej ceny, złożonymi wyjaśnieniami, uzupełnieniami dokumentów, wykonawca zaniechał na tym etapie podnoszenia wszystkich zarzutów odnośnie oferty tańszej od niego.”

W rozpoznawanym stanie faktycznym zamawiający dokonał powtórnego badania i oceny ofert, nie tylko wykonawcy Qumak S.A., zwracając się do innych wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących treści ofert (badanie zgodności treści ofert z treścią SIWZ).

Po złożeniu wyjaśnień zamawiający dokonał ich oceny oraz podjął stosowne decyzje. W przedmiocie, który podlega rozpoznaniu na rozprawie - poprawienie oferty wykonawcy Qumak S.A. w zakresie kart sieciowych, - zarzut ten nie był przedmiotem odwołania i rozpoznania przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 1079/13. Zarzut ten nie mógł być podnoszony w toku uprzedniego postępowania, gdyż wówczas nie istniały okoliczności faktyczne tworzące zarzut.

W toku pierwszego postępowania odwoławczego mogła być znana, przy zachowaniu należytej staranności polegającej na sprawdzeniu przez wybranego wykonawcę oferty odrzuconej, jedynie okoliczność niezgodności treści oferty wykonawcy Qumak S.A. z treścią SIWZ, w zakresie zaoferowanych kart sieciowych niezgodnych z wymaganiami SIWZ. Oferta tego wykonawcy została w pierwotnej ocenie odrzucona, wobec tego obecny odwołujący - przystępujący wówczas do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie mógł w toku postępowania odwoławczego podnosić dodatkowych zarzutów poza wskazanymi w podstawie odrzucenia oferty Qumak S.A. Mógł ewentualnie, jako wykonawca wybrany wnieść odrębne odwołanie przeciwko ofercie odrzuconej ale tańszej, wskazując jeszcze inne obszary niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co podnosi zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przywołując 12 rozstrzygnięć Izby. Ostatnie z rozstrzygnięć Izby podane w opracowaniu przywołanym w tym uzasadnieniu wskazuje (sprawa KIO 1465/13 i 1466/13), że nawet przy niezmienionej sytuacji faktycznej, odwołanie od powtórnego badania i oceny ofert zostało rozpoznane na rozprawie.

Czynność powtórnego badania i oceny oferty Qumak S.A. w zakresie wskazanym w wyroku z dnia 25 lipca 2013 r. i wykonana przez zamawiającego po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy - zarzuty dotyczące zaoferowania szafy RACK 19" oraz braku uzasadnienia odrzucenia oferty, co do niespełnienia wymogów w przedmiocie architektury macierzy i skalowalności - nie jest przedmiotem rozprawy. Zarzuty w tym zakresie podlegałyby odrzuceniu na posiedzeniu Izby, jako dotyczące czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z treścią wyroku Izby (art. 189 ust. 2 pkt 5, art. 185 ust. 6 ustawy).

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 2 marca 2011 r., sygn. akt KIO 336/11, że: „ponowne dokonanie przez zamawiającego określonych czynności w postępowaniu nie otwiera automatycznie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej podlegających rozpoznaniu, co do istoty. Izba wyjaśnia, że kwestionowanie przez wykonawców czynności ponownie dokonanych przez zamawiającego jest dopuszczalne, ale

jedynie w sytuacji, gdy podstawę zarzutów stanowią okoliczności, które zaistniały w związku z powtarzaniem czynności w postępowaniu.”

Zatem, zarzuty naruszenia przepisów ustawy przez bezpodstawne czynności zamawiającego, wskazane w początkowej części odwołania i powtórzone w przedmiotowym uzasadnieniu, tj.:

- 7) z ostrożności - art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 - bezpodstawne uznanie, że w ofercie Qumak oferowana jest jedna macierz, pomimo iż zgodnie z wcześniejszymi oświadczeniami Qumak, jak i wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1709/13, Qumak oferuje trzy macierze oraz zaniechanie poprawy ilości sztuk macierzy w ofercie z jednej macierzy, na trzy macierze;
  - 8) z ostrożności - art. 87 ust. 2 pkt 2 - zaniechanie poprawy omyłek rachunkowych w ofercie Qumak z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych poprawy, polegającej na zwiększeniu ceny oferty Qumak o wartość dwóch macierzy;
  - 9) z ostrożności - art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 - przyznanie ofercie Qumak zawyżonej ilości punktów w kryterium ceny oraz zaniżenie ilości punktów przyznanej ofercie odwołującego w tym kryterium (ze względu na ilość macierzy)
- nie podlegały rozpoznaniu na rozprawie.

W obecnym stanie prawnym brak jest możliwości wydawania przez Izbę orzeczeń częściowych, tzn. częściowo odrzucających odwołanie i częściowo orzekających merytorycznie (art. 192 ust. 1 ustawy). Zarzuty, które podlegają odrzuceniu pozostają bez rozpoznania.

Na rozprawie rozpoznano zarzuty naruszenia przepisów przez czynności i zaniechania zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1 - prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 91 ust. 1 - wybór oferty wykonawcy Qumak, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że ta oferta powinna zostać odrzucona, a jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 - zaniechanie czynności odrzucenia oferty Qumak, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);
- 4) z ostrożności - art. 24 ust. 2 pkt 3 - zaniechanie wykluczenia Qumak z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

- 5) art. 87 ust. 1 - bezpodstawne prowadzenie między zamawiającym a Qumak negocjacji dotyczących złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz dokonywanie bezpodstawnej zmiany w treści oferty wykonawcy;
- 6) art. 87 ust. 2 pkt 3 - bezzasadne uznanie, że w ofercie Qumak nastąpiła „inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty” w zakresie dotyczącym zaoferowanej karty sieciowej, pomimo iż brak jest podstaw do uznania istnienia takiej omyłki oraz bezpodstawne dokonanie przez zamawiającego poprawy omyłki.

Na podstawie dokonanych ustaleń Izba zważyła.

Zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp, jest uprawnieniem zamawiającego, możliwym do korzystania w każdej sytuacji, kiedy okoliczności sprawy, w ocenie zamawiającego, tego wymagają. Przyjęto w orzecznictwie jednoznaczne stanowisko, że zastosowanie przepisu lub zaniechanie jego zastosowania nie stanowią podstawy do formułowania roszczeń wykonawcy z tego tytułu. Zatem, żądanie od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert, nie może stanowić naruszenia przepisów ustawy. Wskazany przepis jedynie zakazuje prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jeśli więc zamawiający poprawia w ofercie inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, w granicach ustawowych, nie narusza przepisu art. 87 ust. 1 ustawy.

Odrębną kwestią jest obligatoryjne poprawianie w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty - przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Nowy katalog omyłek, które zamawiający ma obowiązek poprawić w przypadku stwierdzenia, że mają one miejsce w ofertach złożonych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, został wprowadzony na mocy nowelizacji ustawy Pzp z dnia 4 września 2008 r. (Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058). W art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ustawodawca dopuścił możliwość poprawiania omyłek występujących w ofertach wykonawców, które jednak nie są ani omyłkami pisarskimi, ani też omyłkami rachunkowymi. Stosownie do przepisu zamawiający zobowiązany jest poprawić także inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Omyłka polegająca na niezgodności oferty z

SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - instytucja nieznana we wcześniejszym stanie prawnym) musi dotyczyć oferty, być bezsporna oraz oczywista i nie może prowadzić do arbitralnego poprawiania wszystkich błędów. Omyłki wskazane w przepisie, to omyłki, których poprawy dokonuje zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Istotność omyłki, to nie łatwość poprawienia nieprawidłowości w ofercie lecz rodzaj zmiany w ofercie, jaka ma być dokonana bez udziału wykonawcy. Dla oceny istotności ma znaczenie rodzaj, zakres i charakter czynności dla stron biorących udział w poprawie.

W orzecznictwie wskazano na elementy pozwalające na odpowiednie kwalifikowanie niezgodności oferty, jako omyłki, które wymagają dokonania: 1) identyfikacji omyłki, 2) stwierdzenia, że omyłka należy do określonego rodzaju omyłek, tzn. omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ oraz 3) uznania, że korekta takiej omyłki nie wpłynie w istotnym stopniu na treść oferty.

Okoliczności zastosowania tego przepisu wskazał m. in. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyrokach: z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09 i z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09, określając w pierwszym wyroku kwalifikator „istotnych zmian”, w drugim granicę kwalifikowania błędu w treści oferty, jako omyłki przez wskazanie, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”.

Aby zamawiający mógł skorzystać z ww. normy prawnej niezbędne jest ustalenie przez niego czy dana niezgodność oferty z SIWZ w ogóle ma charakter omyłki czy może wykonawca celowo zawarł w niej pewne informacje, powodujące sprzeczność jej postanowień z opisami SIWZ.

„Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności” (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., KIO/UZP 11/09). Z orzeczenia wynika, że omyłka powinna być oczywista dla zamawiającego i wynikać w jednoznaczny sposób z treści oferty. Nie ulega wątpliwości, że wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie oraz, że czynności zamawiającego nie mogą prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych części oferty. Wezwanie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki powinno być w tym przypadku formalnością, niepociągającą za sobą konieczności dalszych wyjaśnień treści

oferty. Zatem omyłka musi być bezsporna i oczywista, nie może prowadzić do arbitralnego poprawiania wszystkich błędów.

W wyroku z dnia 10 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 232/09) Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła pogląd, że artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Jednakże do kategorii „innej omyłki” nie może zostać zaliczony brak wskazania przez wykonawcę w ofercie ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości. Takie działanie podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1073/09). Kolejnym przykładem „innej omyłki”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest rozbieżność w ofercie polegająca na wskazaniu przez wykonawcę dwóch różnych terminów realizacji zamówienia. Taki pogląd Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 16/09. Wykonawca w rubryce „termin realizacji zamówienia” wpisał 12 tygodni od zawarcia umowy, podczas gdy zgodnie z SIWZ wymagany był termin 10-tygodniowy. Izba ustaliła jednak, iż w innych miejscach oferty podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wskazywał na wykonanie zamówienia zgodnie z opisami SIWZ, w związku z czym Izba stanęła na stanowisku, że „rozbieżność w ofercie odwołującego, polegająca na podaniu, oprócz terminu zgodnego z żądaniem zamawiającego, innego terminu, stanowi, w okolicznościach niniejszej sprawy, omyłkę o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., tj. „inną omyłkę” polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty”.

Norma określona w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi wyjątek od zasady wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a co za tym idzie nie może być interpretowana w sposób rozszerzający.

Reasumując należy uznać, że omyłka, o której stanowi przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to omyłka, która powinna wynikać z treści oferty i którą zamawiający poprawia bez udziału wykonawcy, zawiadomienie wykonawcy o dokonanej poprawie jest czynnością wtórną.

W rozpoznanej sprawie jest niewątpliwe, że zaoferowana przez wykonawcę karta sieciowa Dual Port 10Gb/s FCoE Converged Network Adapter model Oce10102-FX-D, producent Emulex jest niezgodna z SIWZ i fakt ten powinien być oceniony w toku pierwotnych czynności badania i oceny ofert.



Powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy w tym zakresie, z woli zamawiającego, nienakazanej wyrokiem Izby, powodował także konieczność dokończenia rozpoczętych czynności. W granicach omówionych regulacji prawnych zamawiający miał dwie możliwości: poprawienia oferty lub jej odrzucenia.

Wykonawca potwierdził w wyjaśnieniach, że karta wskazana w ofercie jest niezgodna z wymaganiami SIWZ. Zamawiający w ramach własnych ustaleń potwierdził również ten fakt, ponadto odwołujący przedłożył dowód w postaci oświadczenia wiedzy przedstawiciela producenta Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. z dnia 22 sierpnia 2013 r.

Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach inną kartę sieciową model Oce10102-FX, podając jednocześnie, że karta ta posiada wsparcie producenta serwerów i znajduje się na liście zgodności Hardware Compatibility List.

Na rozprawie ustalono i potwierdzono, że karta model Oce10102-FX producenta Emulex nie znajduje się na liście kompatybilności sprzętu producenta serwerów (HCL ang. Hardware Compatibility List) dla poszczególnych typów serwerów, tj. HP DL380 G7 P/N 583914-B21, HP DL370 G6 P/N 483880-B21 oraz HP ML370 G6 P/N 483880-B21 (na podstawie wyjaśnień stron i oświadczenia wiedzy Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. z dnia 9 września 2013 r.).

Dowód ten nie został podważony, nie złożono też ze strony zamawiającego i wykonawcy Qumak S.A. innych dowodów na tę okoliczność.

Zamawiający, po ustaleniu na podstawie informacji internetowych odpowiednika karty wskazanej przez wykonawcę w wyjaśnieniach, który posiada wymagane „znajdowanie się na liście zgodności producenta serwerów, dla poszczególnych typów serwerów” wymienionych w poz. 6 załącznika 2 A do formularza oferty, poprawił ofertę wykonawcy wpisując „Typ: CN1000E Dual Port 10 Gb/s FCoE Converged Network Adapter Part Number AW520B, model: Oce10102-FX, producent: Emulex”.

Na rozprawie potwierdzono, że są to oznaczenia dwóch kart. Jedna - AW520B, przy czym jedynymi kartami sieciowymi 10 Gigabit Ethernet (GbE) Fibre Channel over Ethernet (FCoE) wspieranymi przez producenta są karty: BS668A HP CN1000Q 2P Converged Network Adapter lub AW520B HP CN1000E 2P Converged Network (oświadczenie Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. z dnia 22 sierpnia 2013 r.). Druga karta - Oce10102-FX - nieznajdująca się na liście kompatybilności i nie będąca kartą tożsamą karcie CN1000E PN: AW520B (oświadczenie Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. z dnia 9 września 2013 r.).

Przedstawiciel producenta - Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. - wyjaśnił w złożonych oświadczeniach procedurę, jaka musi być zachowana by karty oparte na układach elektronicznych firmy Emulex uzyskały wsparcie HP, jako producenta serwerów. Z powyższego wynika, że karta Emulex, jeśli nie została poddana procedurze pozwalającej na udzielenie jej wsparcia HP, jako producenta serwerów, nie jest kartą, o jakiej mowa w poz. 6 załącznika 2 A do formularza oferty, nawet jeśli w informacjach internetowych wskazywana jest, jako odpowiednik karty, której przyznano wsparcie producenta serwerów HP.

Zamawiający poza wyjaśnieniami zamieszczonymi w odpowiedzi na odwołanie nie przedłożył dowodów w sprawie, oświadczył, że poprawienia oferty dokonał na podstawie wyjaśnień wykonawcy z dnia 20 sierpnia 2013 r., które zweryfikował korzystając ze stron internetowych producenta karty sieciowej, ustalając w ten sposób model karty sieciowej wprowadzonej do oferty wykonawcy.

Przystępujący przedłożył wydruki internetowe: tabelę produktów producenta Emulex wskazującą odpowiedniki produktów u innych producentów; tabelę interoperacyjności; oraz wydruk poczty mailowej - zapytanie wykonawcy skierowane do dystrybutora Emulex o możliwość nabycia kart sieciowych zgodnych z SIWZ wraz z odpowiedzią dystrybutora - firmy ONE SYSTEM Sp. z o.o. oferująca produkt Emulex Oce10102-FX 10Gbps FCoE.

Oceniając powyższe, Izba uznała, że sposób poprawienia omyłki w ofercie Qumak S.A. wykracza poza możliwości wynikające z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż poprawienia dokonano nie na podstawie treści oferty i nawet wyjaśnień wykonawcy, lecz na podstawie dodatkowych ustaleń internetowych i w sumie przyjęto oznaczenie karty sieciowej, które w istocie nie występuje, jako odnoszące się do jednego rodzaju karty. Dane przedstawiane w toku rozprawy pochodziły od producenta kart i wskazywały jedynie, że produkty Emulex mają odpowiedniki w postaci produktów innych producentów. Nie potwierdzono natomiast, że produkty Emulex, które oferuje wykonawca znajdują się na liście zgodności sprzętu producenta serwerów wskazanych w SIWZ.

Izba nie miała podstaw, by nie uwzględnić dowodów przeciwnych, kategorycznych, jednoznacznych, pochodzących od producenta serwerów, przedłożonych przez odwołującego.

W kontekście liberalnej interpretacji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (podniesionej przez zamawiającego) i hipotetycznym uznaniu poprawienia oferty, zamawiający nie wykazał, że

karta w istocie oferowana przez wykonawcę, mająca jak podnoszono na rozprawie odpowiednik karty korzystającej ze wsparcia HP, jest objęta takim wsparciem.

Izba uznała, że powtórzona przez zamawiającego czynność badania i oceny oferty wykonawcy Qumak S.A. w zakresie zaoferowanych kart sieciowych, nie pozwala uznać, że oferta jest zgodna z SIWZ.

Potwierdzone zostały zarzuty naruszenia ustawy: art. 87 ust. 2 pkt 3 przez sposób poprawienia omyłki; art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty; art. 91 ust. 1 przez wybór oferty w przedstawionych okolicznościach; w konsekwencji art. 7 ust. 1.

Izba uznała, że nie zostały potwierdzone zarzuty naruszenia ustawy: art. 87 ust. 1 - odwołujący nie wykazał na czym polegały negocjacje, niedozwolone w świetle wskazanego przepisu; art. 24 ust. 2 pkt 3 (z ostrożności) - odwołujący nie wykazał złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w rozumieniu interpretacji prounijnej przepisu oraz wynikającej z orzecznictwa, w szczególności: Sądu Okręgowego Torunia - wyrok z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12 - przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie w sposób jednoznaczny dowieść, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.); Sądu Okręgowy w Szczecinie - wyrok z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12 - podziela prezentowany zarówno w orzecznictwie jak też w literaturze pogląd, iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 cytowanej ustawy wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlega jedynie taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając, albowiem ustawodawca dopuszcza uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, jeżeli przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z założenia więc działania nieumyślnego (zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak).

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co - ze wskazanych wyżej względów, miało miejsce w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zasądając na rzecz odwołującego kwotę uiszczoną tytułem wpisu od odwołania i stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika.

**Przewodniczący: .....**