

Sygn. akt: KIO 399/17
KIO 438/17
KIO 439/17

WYROK

z dnia 20 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 marca 2017 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu **3 marca 2017 r.** przez wykonawcę: **SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków, Sygn. akt: KIO 399/17**
2. w dniu **6 marca 2017 r.** przez konsorcjum firm: 1) **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider), ul. Aleje Jerozolimskie 179 2-222 Warszawa;** 2) **R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GIS-LOGIC R. S., ul. Krokwi 32m 5, 3-114 Warszawa;** 3) **GAXAM A. B., R. S. sp. jawna, ul. S. Wojciechowskiego 52 m. 26, 02-495 Warszawa, sygn. akt: KIO 438/17**
3. w dniu **6 marca 2017 r.** przez wykonawcę: **Sprint S.A., ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk, sygn. akt: KIO 439/17**

- w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli, ul. Konstruktorów 2, 67-100 Nowa Sól,** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawcy:

A. Sprint S.A., ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk, 39/17 - po stronie zamawiającego: w sprawie **Sygn. akt: KIO 399/17** oraz w sprawie **sygn. akt: KIO 438/17**

B. konsorcjum firm: 1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider), ul. Aleje Jerozolimskie 179 2-222 Warszawa; 2) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GIS-LOGIC R. S., ul. Krokwi 32m 5, 3-114 Warszawa; 3) GAXAM A. B., R. S. sp. jawna, ul. S. Wojciechowskiego 52 m. 26, 02-495 Warszawa, po stronie zamawiającego w sprawie **Sygn. akt: KIO 399/17,**

C. SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków, po stronie zamawiającego w sprawie **Sygn. akt: KIO 439/17** oraz w sprawie **sygn. akt: KIO 438/17,**

orzeka:

1. oddala odwołanie wykonawcy: **SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków, Sygn. akt: KIO 399/17**

1.1. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków,**

1.2. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

1.3 zasądza od odwołującego **SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków,** na rzecz **Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli, ul. Konstruktorów 2, 67-100 Nowa Sól, kwotę 4 368,70 zł** (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, kosztów opłat skarbowych od złożonych pełnomocnictw oraz 1/3 wnioskowanych kosztów dojazdu na rozprawę.

2. oddala odwołanie konsorcjum firm: **1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider), ul. Aleje Jerozolimskie 179 2-222 Warszawa; 2) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GIS-LOGIC R. S., ul. Krokwi 32m 5, 3-114 Warszawa; 3) GAXAM A. B., R. S. sp. jawna, ul. S. Wojciechowskiego 52 m. 26, 02-495 Warszawa, sygn. akt: KIO 438/17**

2.1. Kosztami postępowania obciąża odwołującego konsorcjum firm: **1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider), ul. Aleje Jerozolimskie 179 2-222 Warszawa; 2) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GIS-LOGIC R. S., ul. Krokwi 32m 5, 3-114 Warszawa; 3) GAXAM A. B., R. S. sp. jawna, ul. S. Wojciechowskiego 52 m. 26, 02-495 Warszawa,**

2.2. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum firm: **1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider), ul. Aleje Jerozolimskie 179 2-222 Warszawa; 2) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GIS-LOGIC R. S., ul. Krokwi 32m 5, 3-114 Warszawa; 3) GAXAM A. B., R. S. sp. jawna, ul. S. Wojciechowskiego 52 m. 26, 02-495 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

2.3. zasądza od odwołującego konsorcjum firm: **1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider), ul. Aleje Jerozolimskie 179 2-222 Warszawa; 2) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GIS-LOGIC R. S., ul. Krokwi 32m 5, 3-114**

Warszawa; 3) GAXAM A. B., R. S. sp. jawna, ul. S. Wojciechowskiego 52 m. 26, 02-495 Warszawa na rzecz **Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli, ul. Konstruktorów 2, 67-100 Nowa Sól kwotę 4 368,70 zł** (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, kosztów opłat skarbowych od złożonych pełnomocnictw oraz 1/3 wnioskowanych kosztów dojazdu na rozprawę.

3. oddała odwołanie wykonawcy: **Sprint S.A., ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk, sygn. akt: KIO 439/17.**

3.1. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Sprint S.A., ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk,**

3.2. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcy: **Sprint S.A., ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk,**

3.3. zasądza od odwołującego **Sprint S.A., ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk** na rzecz **Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli, ul. Konstruktorów 2, 67-100 Nowa Sól kwotę 4 368,70 zł** (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, kosztów opłat skarbowych od złożonych pełnomocnictw oraz 1/3 wnioskowanych kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze.**

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 399/17
KIO 438/17
KIO 439/17

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Budowa systemu informacji przestrzennej (GIS) oraz platformy e-usług dla Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli*”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (ogłoszenie z dnia 06.10.2016 r., Dz. Urz. UE 2016/S 347425-2016-PL), zostały wniesione w formie pisemnej odwołania przez następujących wykonawców:

1. w dniu 3 marca 2017 r. przez wykonawcę: SmallGIS Sp. z o.o., sygn. akt: KIO 399/17,
 2. w dniu 6 marca 2017 r. przez konsorcjum firm: 1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider); 2) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GIS-LOGIC R. S.,; 3) GAXAM A. B., R. S. sp. jawna, sygn. akt: KIO 438/17,
 3. w dniu 6 marca 2017 r. przez wykonawcę: Sprint S.A. sygn. akt: KIO 439/17
- w kopii przekazane zamawiającemu z zachowaniem terminu ustawowego określonego w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Złożenie odwołań nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 22 lutego 2017 r. o odrzuceniu wszystkich ofert oraz o unieważnieniu postępowania.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia wniesionych odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 3 i 6 marca 2017 r. zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego złożyli wykonawcy:

- A. Sprint S.A. - po stronie zamawiającego: w sprawie Sygn. akt: KIO 399/17, oraz w sprawie sygn. akt: KIO 438/17
- B. 1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider); 2) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GIS-LOGIC R. S.; 3) GAXAM A. B., R. S. sp. jawna - po stronie zamawiającego w sprawie Sygn. akt: KIO 399/17,
- C. SmallGIS Sp. z o.o. - po stronie zamawiającego w sprawie Sygn. akt: KIO 438/17 oraz w sprawie sygn. akt: KIO 439/17.

Wszystkie przystąpienia zostały złożone po stronie zamawiającego, którego czynność unieważnienia postępowania zaskarżona została przez wszystkich odwołujących, jednocześnie zgłaszających przystąpienia. Ustawa Pzp nie przewiduje

przystąpienia do postępowania odwoławczego w części zgodnego ze stanowiskiem strony - po której następuje przystąpienie. Przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, jako przesłankę przystąpienia wskazuje (w całości) interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje. Z uwagi na nie wykazanie przesłanek ustawowych skuteczności przystąpienie w rozumieniu art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w sprawie w charakterze uczestników - wszystkich ww. wykonawców. Ponadto interes odwołującego SmallGIS Sp. z o.o., dający mu dostęp do uzyskania zamówienia ogranicza się wyłącznie do obrony własnej oferty.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu Miejskiemu Zakładowi Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli - skutkiem podjęcia zaskarżonych czynności naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.).

Sygn. akt: KIO 399 /17

Wykonawca: SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegających na: odrzuceniu oferty odwołującego, uznanej za nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), w sytuacji, kiedy odwołujący złożył ofertę w pełni odpowiadającą treści SIWZ, a zamawiający na etapie badania i oceny ofert wg. odwołującego dokonał w sposób nieuzasadniony wykładni zapisów SIWZ w opisie zamówienia przedmiotu na niekorzyść odwołującego i zarzucił ofercie, że:

A) urządzenie do zasilania awaryjnego na potrzeby podtrzymania napięcia serwerów i urządzeń sieciowych UPS typ PR750ELCD:

a) według zamawiającego jest urządzeniem wolnostojącym z obudową typu TOWER bez możliwości mocowania w szafie RACK 19" bez dodatkowej półki, które nie ma możliwości dołączenia dodatkowego modułu bateryjnego, podczas gdy według odwołującego

- można zamocować zaoferowany UPS w szafie RACK 19" za pomocą dodatkowej półki i taka możliwość istnieje i została wykazana w wyjaśnieniach przez odwołującego oraz potwierdzona przez producenta urządzenia

- można dołączyć dodatkowy moduł bateryjny np. w postaci drugiego UPS-a, co odwołujący również wyjaśniał w pismach na wezwanie zamawiającego oraz taką możliwość potwierdził producent, a dodatkowy moduł bateryjny został zaoferowany;

B) dodatkowy moduł bateryjny zaoferowany zamawiającemu w postaci drugiego UPS, działającego w połączeniu kaskadowym z UPS-em głównym - wg. zamawiającego nie spełnia wymagań, ponieważ jest urządzeniem typu TOWER, którego nie da się zamontować

w szafie RACK 19" bez dodatkowej półki oraz nie ma możliwości dołączenia do niego dodatkowego modułu bateryjnego, natomiast wg. odwołującego

- po pierwsze zamawiający nie wymagał, aby do dodatkowego modułu bateryjnego istniała możliwość dołączania kolejnych modułów bateryjnych- takie podejście uznał odwołujący za sprzeczne z SIWZ,

- a po drugie z uwagi na podaną przestrzeń, jaką dysponuje zamawiający istnieje możliwość zamontowania urządzenia w szafie RACK 19, co uznał za wykazane w pismach i potwierdzone przez producenta;

C) zarzut, że zaproponowano baterię zapasową, wskazaną jako kolejny dodatkowy moduł bateryjny, podczas gdy zamawiający nie wymagał dostarczenia dodatkowych baterii, w sytuacji kiedy wg. odwołującego każdy wykonawca mógł zaoferować również dodatkowe korzystne dla zamawiającego sprzęty, co nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią SIWZ;

D) zarzut, że zaproponowane rozwiązanie kaskadowe 2-ch UPS, z których jeden pełni rolę dodatkowego modułu bateryjnego - zdaniem zamawiającego - powoduje utratę funkcjonalności umożliwiającej monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz zamykanie systemu operacyjnego, przy czym odwołujący zaznaczał, że zamawiający nie wyjaśnił w uzasadnieniu na jakiej podstawie i wobec, którego z UPS-ów takie przesłanki zachodzą i co legło u podstaw postawienia takiego zarzutu, w sytuacji, kiedy zamawiający na swoje wezwanie do wyjaśnień czy zaoferowany UPS posiada oprogramowanie zarządzające, umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem (UPS-em) oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego otrzymał odpowiedź twierdzącą wraz z potwierdzeniem od producenta.

Powyższe w przekonaniu odwołującego, jawi się jako niezgodna z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegająca na wadliwym przeprowadzeniu procedury badania i oceny złożonych ofert - na prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wszystkich uczestników oraz przestrzegania zasad konkurencji poprzez:

- ponowne wezwanie do wyjaśnienia kwestii zaakceptowanych już uprzednio jako prawidłowe przez zamawiającego,

- wymaganie od odwołującego złożenia wyjaśnień wykraczających poza wymagania SIWZ, tj. wniosku o przedstawienie schematu elektrycznego zaproponowanego rozwiązania, którego zamawiający wymagał jedynie od odwołującego, do tego nieprzewidzianego w SIWZ, wbrew zapisom SIWZ opisującym podstawy dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu, oraz

- dokonywanie interpretacji zapisów zawartych w Opisie Przedmiotu Zamówienia w sposób zawężający je do jednego tylko z możliwych rozwiązań, co jest niezgodnie z zapisami SIWZ, ponieważ wykonawcy mogli zaproponować różne rozwiązania spełniające wymogi SIWZ, i to na etapie oceny ofert, co doprowadziło do różnego poziomu dokonywanej oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz do przyjęcia w sposób całkowicie nieuzasadniony, interpretacji niekorzystnej dla odwołującego, co skutkowało odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący uznał za niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego, polegającą na braku podania jasnych i wyczerpujących powodów odrzucenia oferty w taki sposób, aby umożliwić wykonawcy odniesienie się do konkretnych zarzutów zamawiającego popartych wyjaśnieniami tego ostatniego o podstawach czynności odrzucenia, co doprowadziło do sytuacji, że na obecnym etapie odwołujący może jedynie insynuować dlaczego uznano jego ofertę za niezgodną z treścią SIWZ, a co za tym idzie nie może w pełni odpowiedzieć na zarzuty zamawiającego, ponieważ nie zostały mu przekazane zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, jako niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego, polegającą na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że w postępowaniu zdaniem zamawiającego nie wpłynęła żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu, w sytuacji, kiedy oferta odwołującego w przekonaniu wykonawcy jest zgodna z treścią SIWZ i możliwe jest zakończenie postępowania poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, jaką jest jego oferta odwołującego, a zakończenie postępowania wyborem oferty najkorzystniejszej stało się niemożliwe jedynie wobec błędnej decyzji zamawiającego polegającej na bezzasadnym odrzuceniu oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego, poprzez wskazane powyżej czynności i zaniechania zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) dalej „ustawa Pzp”:

I. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie przejawiające się w odrzuceniu oferty odwołującego w sytuacji, gdy spełniała ona warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiada treści SIWZ oraz spełnia wymagania postawione przez zamawiającego, tj. zaoferowany UPS:

- a. posiada możliwość dołączenia dotychczasowych modułów bateryjnych np. w postaci drugiego UPS (połączenie kaskadowe);
- b. jest możliwy do zamocowania w szafie RACK 19” za pomocą półki;

c. posiada oprogramowanie zarządzające umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz bezpieczne zamykanie systemu, a połączenie kaskadowe nie ma wpływu na utratę tych funkcjonalności;

d. zaoferowano dodatkowy moduł bateryjny.

- natomiast w skutek przyjętej na etapie oceny ofert błędnej interpretacji zamawiający odrzucił ofertę odwołującego.

II. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez wadliwą interpretację SIWZ na etapie oceny ofert, prowadzącą do wykreowania dla odwołującego innych, dodatkowych wymogów, poza obowiązującymi wszystkimi pozostałymi wykonawców, biorących udział w postępowaniu, zastosowanie w toku postępowania do oceny oferty odwołującego niewłaściwych przepisów ustawy Pzp oraz poprzez obarczenie odwołującego skutkami prawnymi w sytuacji, kiedy dostarczył on wyjaśnień wraz z dowodami świadczącymi o tym, że treść oferty odwołującego odpowiada treści SIWZ;

III. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 poprzez brak podania pełnego i jasno sformułowanego uzasadnienia dokonanego odrzucenia oferty oraz wyjaśnień - na czym polega niezgodność treści oferty z treścią SIWZ we wszystkich przywołanych w piśmie z 22.02.2017r. przypadkach, w szczególności-jaki jest zarzut w stosunku do UPS PR750ELCD w związku z obudową wolnostojącą typu TOWER bez możliwości zamocowania w szafie RACK 19" bez dodatkowej półki, które nie ma możliwości dołączenia dodatkowego modułu baterijnego - nie jest wiadome czy zamawiający kwestionuje samą możliwość zamocowanie UPS w szafie RACK19", czy zamocowanie z użyciem półki; w stosunku do dodatkowego modułu baterijnego - w tym wypadku nie jest wiadome, co zarzuca zamawiający w związku z zapisami SIWZ, czy brak takiego modułu, czy jego niezgodność z treścią SIWZ biorąc pod uwagę, że dla modułu baterijnego nie były określone żadne parametry, a zwłaszcza nie było wymogu, aby miał mieć możliwość dołączania do niego dodatkowych modułów, oraz zarzutu dotyczącego utraty funkcjonalności umożliwiającej monitorowanie i sterowanie urządzeniem - pytanie jakie urządzenie w ogóle zamawiający ma tutaj na myśli, skoro wymóg dotyczył UPS-a i wykazano, że takie oprogramowanie jest zaoferowane - oraz utratę funkcjonalności zamykania systemu operacyjnego w związku z zastosowaniem połączenia kaskadowego, co w rezultacie uniemożliwia odwołującemu prawidłowe i pełne ustosunkowanie się do zarzutów stanowiących podstawę odrzucenia jego oferty, w sytuacji kiedy zamawiający odrzucając ofertę zobowiązany jest do podania wykonawcom, których oferty zostały odrzucone, powodów odrzucenia oferty wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, celem umożliwienia wykonawcy zapoznania się z zarzutami oraz odniesienia do tych zarzutów w przypadku wniesienia środków ochrony prawnej.

IV. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na unieważnieniu postępowania, pomimo, że w postępowaniu wpłynęła, co najmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, odpowiadająca treści SIWZ, co winno skutkować wyborem tej oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej, a zamawiający bezpodstawnie odrzucił tę ofertę i podjął decyzję o unieważnieniu postępowania.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
4. dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert,
5. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
6. zwrotu na rzecz odwołującego kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na interes we wniesieniu odwołania, polegający na tym, że gdyby postępowanie zamawiającego było zgodne z zapisami ustawy Pzp oferta odwołującego, która została sklasyfikowana na pierwszym miejscu, po odrzuceniu zgodnie z wyrokiem Izby sygn. akt: KIO 10/17 oferty firmy Geotechnologies sp. z o.o. z Wrocławia - zostałyby wybrana jako najkorzystniejsza spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu. W takim wypadku z odwołującym podpisana zostałaby umowa na realizację zamówienia, a poprzez działania zamawiającego polegające na nieprawidłowej ocenie oferty odwołującego pod kątem jej zgodności z treścią SIWZ oraz wadliwym w związku z tym odrzuceniem oferty odwołującego - co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania - wybór oferty odwołującego stał się niemożliwy. W wyniku działań zamawiającego niezgodnych z ustawą Pzp - odwołujący został pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz uzyskania i realizacji ww. zamówienia, przez co może ponieść szkodę.

Odwołujący wyjaśniał, że dnia 22.02.2017 r. zamawiający dokonał ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu nakazanej wyrokiem Izby sygn. akt: KIO 10/17, w którym zobowiązany został do odrzucenia oferty firmy Geotechnologies sp. z o.o. W wyniku tej ponownej oceny odrzucił ofertę odwołującego, jako niezgodną z treścią SIWZ, jednocześnie odrzucając wszystkie pozostałe oferty złożone w postępowaniu, co doprowadziło w konsekwencji do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż według zamawiającego, nie złożono żadnej oferty niepodlegającej.

Odwołujący podtrzymał, że działania zamawiającego zostały podjęte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

I. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie przejawiające się w odrzuceniu oferty odwołującego w sytuacji, gdy spełniała ona warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiadała w pełni treści SIWZ oraz spełniała wymagania postawione przez zamawiającego.

- a zamawiający na etapie badania i oceny ofert dokonał w sposób nieuzasadniony wykładni zapisów SIWZ w opisie zamówienia przedmiotu na niekorzyść odwołującego i zarzucił, że:

A) urządzenie do zasilania awaryjnego na potrzeby podtrzymania napięcia serwerów i urządzeń sieciowych UPS typ PR750ELCD:

- jest urządzeniem wolnostojącym z obudową typu TOWER bez możliwości mocowania w szafie RACK19" bez dodatkowej półki, które nie ma możliwości dołączenia dodatkowego modułu bateryjnego, podczas gdy:

- można zamocować zaoferowany UPS w szafie RACK 19" za pomocą dodatkowej półki i taka możliwość została wykazana w wyjaśnieniach przez odwołującego oraz potwierdzona przez producenta urządzenia;

- można dołączyć dodatkowy moduł bateryjny np. w postaci drugiego UPS-a, co odwołujący również wyjaśniał w pismach na wezwanie zamawiającego oraz taką możliwość potwierdził producent, a dodatkowy moduł bateryjny został zaoferowany;

B) dodatkowy moduł bateryjny zaoferowany zamawiającemu w postaci drugiego UPS, działającego w połączeniu kaskadowym z UPS-em głównym - nie spełnia wymagań zamawiającego, ponieważ jest urządzeniem typu TOWER, którego nie da się zamontować w szafie RACK 19" bez dodatkowej półki oraz nie ma możliwości dołączenia do niego dodatkowego modułu bateryjnego, przy czym po pierwsze zamawiający nie wymagał, aby do dodatkowego modułu bateryjnego istniała możliwość dołączania kolejnych modułów bateryjnych- takie podejście uznał za sprzeczne z SIWZ, a po drugie z uwagi na podaną przestrzeń jaką dysponuje zamawiający istnieje możliwość zamontowania urządzenia w szafie RACK 19", co zostało wykazane w pismach i potwierdzone przez producenta;

C) zaproponowano baterię zapasową, wskazaną jako kolejny dodatkowy moduł bateryjny, podczas gdy zamawiający nie wymagał dostarczenia dodatkowych baterii, w sytuacji kiedy każdy wykonawca mógł zaoferować również dodatkowe korzystne dla zamawiającego sprzęty co nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią SIWZ;

D) zaproponowane rozwiązanie kaskadowe 2-ch UPS, z których jeden pełni rolę dodatkowego modułu bateryjnego powoduje utratę funkcjonalności umożliwiającej monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz zamykanie systemu operacyjnego, przy czym zamawiający nie wyjaśnił w uzasadnieniu na jakiej podstawie takie przesłanki zachodzą i co

legło u podstaw postawienia takiego zarzutu, zwłaszcza, w sytuacji kiedy na wezwanie do wyjaśnień czy zaoferowany UPS posiada oprogramowanie zarządzające, umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem (UPS-em) oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego otrzymał odpowiedź twierdzącą wraz z potwierdzeniem od producenta.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ pn. SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w rozdziale VI - Zasilanie awaryjne na potrzeby podtrzymania napięcia serwerów i urządzeń sieciowych, zawarł następujące wymagania dotyczące urządzeń typu UPS:

VI. Zasilanie awaryjne na potrzeby podtrzymania napięcia serwerów i urządzeń sieciowych

Nazwa; Opis

Moc pozorna - Min. 650 VA

Moc skuteczna - Min. 600 W

Topologia - Line-interactive

Kształt napięcia wyjściowego - Sinusoidalny (pełna sinusoida)

Gniazda wyjściowe - Min. 3 x IEC

Interfejs komunikacyjny - USB

Sygnalizacja pracy - Wyświetlacz LCD

Możliwość dołączenia dodatkowych modułów bateryjnych - TAK

Dodatkowy moduł bateryjny - TAK -1 szt.

Możliwość wymiany baterii przez użytkownika (UPS) - TAK

Możliwość wymiany baterii przez użytkownika (dodatkowy moduł bateryjny) -TAK

Oprogramowanie zarządzające - TAK - umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego.

Obudowa - Możliwość zamocowania w szafie RACK 19", max 4U

Gwarancja - Min. 60 miesięcy

Dodatkowo w wyjaśnieniach do SIWZ Zamawiający wskazał, że dostarczony UPS będzie służył do zasilania wszystkich trzech wymaganych w SIWZ serwerów.

Prowadząc postępowanie w dniu 28.11.2016r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień, czy zaoferowany model UPS posiada możliwość rozbudowy o dodatkowy moduł bateryjny.

W odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 1.12.2016 r. odwołujący wskazał, że zaoferowany model posiada taką możliwość oraz że stosowny moduł został zaoferowany zgodnie z wymogami SIWZ. Odwołujący wyjaśnił również, że rozbudowa odbywa się poprzez podłączenie dodatkowego modułu bateryjnego UPS PR750ELCD (tzw. praca kaskadowa). Wskazał również, że zaoferowane zostały dodatkowe baterie zapasowe.

W trakcie ponownego badania ofert, które miało miejsce po uwzględnieniu przez KIO odwołania SmallGIS w związku z wadliwym wyborem oferty firmy Geotechnologies sp. z o.o., zamawiający ponownie wezwał odwołującego do wyjaśnień. W piśmie z dnia 1.02.2017 r. zamawiający zażądał wskazania:

- czy oferowany UPS posiada oprogramowanie zarządzające, umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem (UPS-em) oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego

- czy oferowany UPS posiada obudowę z możliwością zamocowania (UPS wraz z dodatkowym modulem baterijnym) w szafie RACK 19”

oraz dodatkowo w związku z wyjaśnieniami złożonymi w dniu 1.12.2017r. wniósł o wyjaśnienie proponowanego rozwiązania (kaskadowe) pracy UPS-a oraz opis i schemat elektryczny przedmiotowego rozwiązania.

W piśmie z dnia 1.02.2017r. zdaniem odwołującego - zamawiający dwukrotnie wykroczył poza uprawnienie wynikające z art. 87 ust. 1 Pzp, żądając wyjaśnień, które nie wynikały z zapisów SIWZ:

- po pierwsze zapisy SIWZ o możliwości montażu w szafie RACK 19” nie dotyczyły „zasilacza wraz z dodatkowym modulem baterijnym”, a jedynie samego zasilacza (UPS),

- po drugie nie było podstaw w SIWZ do żądania opisu zastosowanego rozwiązania wraz z schematem elektrycznym tego rozwiązania. Zamawiający takich opisów oraz schematów nie wymagał od innych wykonawców, nie przewidział ich również w dokumentacji przetargowej.

Odwołujący zastosował się do wezwania z dnia 1.02.2017 r. - przesłał wyjaśnienia, a dla uniknięcia wątpliwości załączył informacje od producenta potwierdzające spełnienie wszystkich wymogów SIWZ.

W pierwszej kolejności wskazał, że jedynie jednoznaczna niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ może stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy (wyrok sygn. akt: KIO 1771/16). *„Jeśli takiej jednoznacznej niezgodności stwierdzić nie można, zamawiający nie ma podstaw do uznania oferty danego wykonawcy za niezgodną z SIWZ, a tym samym nie ma podstaw do jej odrzucenia. Dodatkowo dla rozstrzygnięcia, czy treść oferty odpowiada treści siwz konieczne jest ustalenie, czy treść siwz jest jednoznaczna i czy daje się ustalić wzorzec, do którego ma być porównana oferta danego wykonawcy”* (sygn. akt: KIO 1717/16). Wskazując za wyrokiem sygn. akt: KIO 1672/16: *„Czynność odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z. jest możliwa jedynie wówczas, gdy - po pierwsze - istnieje jasne i oczywiste postanowienie s.i.w.z. i - po drugie - treść oferty jest z tym postanowieniem niezgodna.”*

Wyjaśniając przesłankę odrzucenia oferty - za niezgodność z treścią SIWZ odwołujący podnosił, że: „niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 p.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy, bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.” Sygn. akt: KIO 1155/16; KIO 1219/16.

W opinii odwołującego sytuacja taka nie ma miejsca w niniejszym stanie faktycznym. Zamawiający określił swoje wymagania nie wskazując, jako akceptowalnego i zgodnego z wymogiem SIWZ - jednego sposobu realizacji zapisów SIWZ, zarówno w zakresie dodatkowego modułu bateryjnego jak i montażu w szafie rack. Wręcz przeciwnie, pozostawił kwestie realizacji tych wymogów wykonawcom.

Ad. 1 A a) Brak możliwości rozbudowy o moduł bateryjny.

Zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ wskazał jedynie, że zaoferowane urządzenie UPS ma mieć możliwość dołączania dodatkowych modułów bateryjnych, ale w żadnym miejscu SIWZ nie sformułował, co rozumie pod pojęciem modułu bateryjnego. Wg. informacji powszechnych moduł bateryjny może mieć wiele znaczeń.

Przykładowo modułem może być oprócz samego zasilacza UPS (jak w przypadku zaoferowanego przez odwołującego rozwiązania) również sama bateria/akumulator (tutaj odnośnie baterii zapasowej) <https://www.morele.net/cyberpower-modul-bateriiny-fukawa-fw-7-2-12-f2-12v-7-2ah-faston-250-sla-fw-7-2-12-f2-857655/>. Modułem może być zewnętrzny moduł w obudowie tower <https://www.cyberpower.com/eu/pl/product/sku/BPSE36V45A>.

Modułem może być zewnętrzny moduł w obudowie rack albo rack/tower <https://www.cyberpower.com/eu/pl/product/sku/BPSE36V45ART2U> i wiele innych typów.

Zdaniem odwołującego należy zatem wziąć pod uwagę kwestie funkcjonalną takiego modułu bateryjnego. Jego zadaniem nadrzędnym jest wydłużenie czasu pracy zasilacza w trybie pracy bateryjnej i taką funkcję pełni moduł bateryjny zaoferowany przez odwołującego w postaci drugiego zasilacza UPS. Kaskadowe połączenia UPS jest metodą często stosowaną, stąd była to opcja - według odwołującego - możliwa do zastosowania. W żadnym

miejscu SIWZ, ani wyjaśnień do SIWZ zamawiający nie wskazał, że zabronione jest przyjęcie rozwiązania polegającego na połączeniu kaskadowym dwóch UPS-ów, z których jeden będzie dodatkowym modułem bateryjnym. Twierdzenie zatem zamawiającego na etapie oceny ofert i uzasadniania odrzucenia oferty, że zaproponowane rozwiązanie jest niezgodne z SIWZ, ponieważ zamawiający inaczej wyobrażał sobie to rozwiązanie i wymagał dostarczenia UPS plus dodatkowego modułu, a nie dwóch połączonych kaskadowo UPS-ów, gdzie jeden z nich pełni funkcję modułu bateryjnego - uznał za nieuzasadnione.

Ponawiał argumentację, że zamawiający nie określił jaki rodzaj urządzenia będzie uważał za moduł bateryjny, nie określił parametrów technicznych takiego modułu. Każdy z wykonawców uprawniony był, zatem do zaproponowania rozwiązania, które zapewni przedłużenie czasu działania pracy zasilacza, ale zakres i sposób realizacji tego przedłużenia zależały od wykonawcy.

Przekonywał, że nie ma podstaw, aby rozwiązanie odwołującego było traktowane inaczej niż rozwiązania zaproponowane przez innych wykonawców, ponieważ oznacza to, iż mimo wypełnienia celu postawionego przez zamawiającego, premiuje on jedno rozwiązanie innym odmawiając zgodności z SIWZ, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący przytaczał przepisy dotyczące zasad sporządzenia SIWZ - zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, miał zatem możliwość bardzo szczegółowego sformułowania zapisów. Jeśli decyduje się na takie, które mogą zostać zinterpretowane różnie przez różnych wykonawców, nie ma prawa w trakcie badania ofert dokonywać interpretacji selekcyjnej rozwiązania i dopiero na etapie oceny wskazywać - jakie możliwe rozwiązania dopuszcza a jakich nie: *„Jeśli zatem Zamawiający tak ukształtował postępowanie, że zapisy opracowanej przez niego specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzały wykonawców w błąd i dawały możliwość różnej interpretacji jej postanowień, czego następstwem mogło być odrzucenie oferty, winien podjąć starania w celu zniwelowania skutków takiego działania i przyjąć na siebie konsekwencje własnej niestaranności. W przeciwnym bowiem wypadku skutkami nieprecyzyjnego opisu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie dającego możliwości naprawienia zostaliby obciążeni wykonawcy. Przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji Zamawiającego na wykonawców, przejawiające się odrzuceniem oferty stanowiłoby nadużycie prawa, które nie zasługuje na ochronę. Postępowanie o zamówienie publiczne musi uwzględniać pewną równość reguł zarówno wobec wykonawców, jak i zamawiającego. Wprawdzie postępowanie to jest postępowaniem w*

obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać należyłą staranność przejawiającą się zawodowym charakterem jej działalności, co stawia zasadnym oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ale staranność ta nie może sięgać tak daleko, by stawiać wobec wykonawców postulat wnioskowania na podstawie dokumentów postępowania o nieprecyzyjnym brzmieniu o intencji zamawiającego.” (sygn. akt: KIO 473/14).

Odwołujący zwracał uwagę, że w tym konkretnym przypadku intencja zamawiającego, co do możliwości przedłużenia czasu działania pracy zasilaczy jest jasna, to co budzi wątpliwości i powodowało problem, to kwestia realizacji tej intencji, czym nie można obciążać wykonawców ze skutkiem odrzucenia oferty. Ponadto zwrócił uwagę także na wyrok KIO z dnia 30 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2241/12: *„Hipotezą normy art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp objęta jest sytuacja, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ w taki sposób, iż można mówić o pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego”*. Zaznaczał, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, aby mówić o niezgodności z treścią SIWZ.

Ad. 1 A b) MONTAŻ ZASILACZA W SZAFIE RACK 19”, max. 4U. Zamawiający określił wymóg dotyczący montażu w sposób następujący: „Obudowa - Możliwość zamocowania w szafie RACK 19”, max 4U.”

Odwołujący zaznaczał, że ze sformułowania podstaw odrzucenia przedstawionych w piśmie z dnia 22.02.2017r. nie jest możliwe odczytanie dokładnego zarzutu wobec braku możliwości montażu w szafie RACK tzn., czy zamawiający stawia zarzut, że bez półki nie jest możliwe zamontowanie zaproponowanego modelu w szafie RACK, czy też zarzut, że jest to model typu TOWER i nie takiego modelu wymagał zamawiający i nie można go zamocować w szafie RACK 19”, czy oba te zarzuty jednocześnie.

Odwołujący uznał, że pomimo braku postawienia jednoznacznego zarzutu, żadna interpretacja z informacji przekazanych przez zamawiającego w piśmie z 22.02.2017r. w świetle wymagań SIWZ oraz zaproponowanego rozwiązania nie może się ostać.

W pierwszej kolejności podnosił, że zamawiający nie postawił wymagania w sposób następujący: „wymaga się dostarczenia UPS typu RACK”, co byłoby jednoznaczne z koniecznością dostawy takiego typu urządzenia. Zamawiający zdecydował się na bardziej szerokie ujęcie wymagania wskazując, że należy dostarczyć urządzenie, które można zamocować w szafie RACK”; bez wskazania konkretnego sposobu realizacji tego wymagania, oraz dodatkowo wskazując, że posiada na to przestrzeń 4U.

Wpisanie przestrzeni w szafie RACK” uznał za kluczowe dla ustalenia prawidłowości wskazanego rozwiązania. „U” to inaczej jednostka długości, używana w przemyśle elektronicznym i komputerowym do określania wysokości modułów i zespołów (np. komputerów przemysłowych) oraz rozmiarów stojaków (ang. rack), w których moduły te są montowane. 1U to wysokość pojedynczego slotu w szafie montażowej (stojaku), czyli jednostka ta określa ile slotów zajmuje dane urządzenie w tejże szafie (źródło Wikipedia). Zamawiający wpisując wysokość 4U oraz nie ograniczając typu urządzenia do typu „rack”, dał możliwość zaoferowania różnego rodzaju typów UPS, pod warunkiem, że będzie możliwość zamontowania urządzenia w szafie RACK.”

W odniesieniu do zarzutu braku możliwości zamocowania w szafie RACK 19”, zamawiający zwrócił się do odwołującego w dniu 1.02.2017r. z prośbą o złożenie wyjaśnień odnośnie poz. 3.1.5. ppkt VI, Zasilanie awaryjne, model: PR750ELCD, gdzie zapytał, czy zaoferowany model UPS posiada „obudowę z możliwością zamocowania (UPS wraz z dodatkowymi modułami baterijnymi) w szafie Rack 19”, max 4U”.

Odwołujący podkreślił, że udzielił stosownych wyjaśnień w tym zakresie i potwierdził, że: „zaoferowany model UPS posiada obudowę z możliwością zamocowania w szafie Rack 19”, z wykorzystaniem przestrzeni 4U”. Na dowód tego przedstawił oświadczenie producenta, firmy Cyberpower, które brzmi: „Informujemy, że istnieje możliwość instalacji UPS PR750ELCD w szafie rack przy zastosowaniu półki rack. W tym celu niezbędna jest przestrzeń 4U.” Ponadto odpowiedział również na pytanie dotyczące możliwości zamocowania UPS-a wraz z modułem baterijnym w szafie RACK przedstawiając stosowne potwierdzenie producenta.

Odnosząc się z kolei do niniejszego zarzutu, pod kątem drugiej z możliwych jego interpretacji, odwołujący podnosił że z treści samego uzasadnienia zamawiającego wynikać może, że brak możliwości montażu w szafie rack, może zachodzić, ale tylko w konkretnym przypadku, a mianowicie w sytuacji braku dodatkowej półki, na której instalowany jest UPS.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający w toku prowadzenia postępowania wyjaśniającego nie zwracał się do niego z prośbą o wyjaśnienie, „czy zaoferowany UPS został zaoferowany wraz z półką, która umożliwi taki montaż.” Przekonywał, że takie działanie byłoby nieuprawnione, gdyż nie wymagano, aby wykonawca wskazał (wylistował) w ofercie dokładnie wszystkie składowe oferowanych zestawów urządzeń, w tym zestawu zasilania awaryjnego. W przekonaniu odwołującego byłoby nadmiernym formalizmem, aby wymagać od wykonawców wskazywania np. co wchodzi dokładnie w skład zestawu UPSów i innych oferowanych urządzeń ze względu na ich dużą ilość. Dodatkowo wobec tego, że zamawiający wyraźnie w odpowiedziach na pytania do postępowania (pytanie i odp. nr 13 z dnia 27.10.2016) wskazał, że „przedmiot zamówienia obejmuje dostawę z montażem oraz

uruchomienie urządzenia”, to w swojej ofercie wykonawca musiał wkalkulować wszelkie czynności i wszystkie niezbędne elementy, które taki montaż umożliwią. Wykonawca dobierając rozwiązanie do wymagań SIWZ miał dowolność w sposobie realizacji wymogu.

Podsumowując, w opinii odwołującego - niezależnie od tego, jak zamawiający interpretuje zapis w SIWZ, co legło u podstaw decyzji o odrzuceniu (a nie zostało wyjaśnione w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego) - zapewniał, że zaproponowane rozwiązanie spełnia wymogi i nie jest niezgodne z treścią SIWZ.

Ad. B Moduł bateryjny - brak możliwości podłączenia kolejnego modułu bateryjnego do modułu bateryjnego oraz zamontowania modułu bateryjnego w szafie Rack 19”.

Na wstępie odwołujący podnosił, że nie jest mu wiadomym, jaki zarzut wobec modułu bateryjnego stawiał zamawiający, który w uzasadnieniu sformułował zarzut twierdząc, że *„zaproponowany moduł bateryjny to urządzenie wolnostojące bez możliwości zamocowania w szafie RACK 19” bez dodatkowej półki, które nie ma możliwości dołączenia dodatkowego modułu bateryjnego - drugi UPS niezgodny z wymaganiami Zamawiającego.”*

Odwołujący nie zgadzał się ze stanowiskiem zamawiającego wskazując, że zarzut ten jest dla niego niezrozumiały, biorąc pod uwagę po pierwsze argumenty przedstawione powyżej w pkt. 1, a po drugie fakt, że wobec modułów bateryjnych nie były postawione żadne wymagania w SIWZ. Zamawiający nie precyzował wymagań technicznych dla modułu bateryjnego.

Intencją odwołującego nie było dostarczenie dwóch identycznych UPS-ów, gdzie np. każdy będzie zasiliał różne urządzenia (np. jeden będzie zasiliał serwer typ I, a drugi resztę). Proponowane rozwiązanie miało na celu dostawę 2 urządzeń (UPS-ów), gdzie każdy z nich pełni inną rolę tj. jedno urządzenie jest głównym zasilaniem awaryjnym, natomiast drugie funkcjonuje w roli modułu bateryjnego. Urządzenie będące dodatkowym modułem bateryjnym będzie urządzeniem odrębnym wobec UPS głównego. Niezależnie od przyjętego przez danego wykonawcę rozwiązania, zamawiający zawsze dostałby dwa urządzenia (UPS + moduł bateryjny lub UPS + UPS pełniący rolę modułu bateryjnego lub UPS + akumulator itp.) - dlatego zarzut, że dostarczony moduł bateryjny jest urządzeniem wolnostojącym - czyli samodzielny, uznał za absurdalny i można go postawić każdemu wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu. W inny sposób niż za pomocą osobnego urządzenia, wymóg rozbudowy zasilacza o dodatkowe moduły bateryjne jest nie do spełnienia. Moduł bateryjny w jego rozwiązaniu - uznał za możliwy do zamocowania w szafie Rack.

Ad. C Dostarczenie dodatkowych baterii jako niezgodność z SIWZ.

Zamawiający zarzucił, że nie wymagał w SIWZ dostarczenia dodatkowych baterii. Po pierwsze wskazał, że zaoferowanie czegoś ponad to, co wymagał zamawiający, nie może

być powodem do odrzucenia oferty. Jest wiele elementów, których zamawiający nie przewidział w OPZ, a które z uwagi na ich konieczność dostarczenia dla prawidłowego funkcjonowania sprzętu będą dostarczone zwłaszcza, że często są istotnym dodatkiem do każdego urządzenia. Mając na uwadze, załącznik nr 5 do SIWZ, że zamawiający wymagał, aby zasilacz awaryjny posiadał:

Możliwość wymiany baterii przez użytkownika (UPS) -TAK

Możliwość wymiany baterii przez użytkownika (dodatkowy moduł bateryjny) -TAK

- zaoferowano także dodatkowe baterie.

Odwołujący kierując się doświadczeniem, jak również z ostrożności, do zestawu załączył baterie zapasowe, które wobec braku definicji dodatkowego modułu bateryjnego mogą być jako taki też traktowane. Zaproponowane rozwiązanie zbudowane z modelu UPS i modułu bateryjnego UPS zapewnia możliwość wymiany w nich baterii w trakcie działania urządzenia tzw. Hot-swap. Uznał to rozwiązanie, jako zaletę, ponieważ dodatkowo może wydłużać pracę urządzeń podłączonych do UPS. Mimo, iż zamawiający tego nie wymagał, zaoferowano dodatkowe baterie zapasowe sugerując się wymaganiami, które mogły wskazywać na konieczność zaoferowania takich baterii zapasowych.

Zaznaczał, że za zaoferowanie dodatkowych produktów, które nie zastępują urządzeń czy produktów wymaganych przez zamawiającego a jedynie stanowią wartość dodaną do oferty, nie można karać wykonawcy odrzuceniem oferty.

Ad. D Połączenie kaskadowe, które powoduje utratę funkcjonalności monitorowania, sterowania urządzeniem oraz zamykania systemu.

Zdaniem odwołującego, zamawiający formułując zarzut nie przedstawił żadnych powodów i dowodów na to, że połączenie kaskadowe prowadzi do utraty funkcjonalności oprogramowania zarządzającego. Zaprzeczał, aby zastosowanie tego rozwiązania wpływało na utratę funkcjonalności monitorowania oraz sterowania urządzeniem za pomocą oprogramowania zarządzającego a także utraty funkcjonalności zamykania systemu operacyjnego.

Zarzut uznał za niezrozumiały, gdyż w wezwaniu z dnia 1.02.2017r. zamawiający zapytał czy urządzenie UPS wyposażone jest w oprogramowanie zarządzające umożliwiające monitorowanie oraz sterowanie urządzeniem (UPS-em) oraz zamykanie systemu operacyjnego. Obydwaj: odwołujący oraz producent potwierdzili posiadanie takiego oprogramowania przez zaoferowane urządzenie UPS. Oba urządzenia posiadają takie same funkcjonalności w tym oprogramowanie zarządzające, więc nie ma podstaw do twierdzenia, że którekolwiek z funkcjonalności zostaną utracone. Przekonywał, że zamawiający zyskuje dodatkowe funkcjonalności poza wymaganymi w SIWZ np. możliwość priorytetowania (np. w

pierwszej kolejności zamykane są serwery backup - bezpieczeństwo archiwizowanych danych), możliwości sterowania większą ilością urządzeń (komputerów, serwerów NAS, backup, switchy, UTM) itd.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez wadliwą interpretację SIWZ na etapie oceny ofert, prowadzącą do wykreowania dla odwołującego innych, dodatkowych wymogów, poza obowiązującymi wszystkim pozostałym wykonawców, biorących udział w postępowaniu, zastosowanie w toku postępowania do oceny oferty odwołującego niewłaściwych przepisów ustawy Pzp oraz poprzez obarczenie odwołującego skutkami prawnymi w sytuacji, kiedy dostarczył on wyjaśnień wraz z dowodami świadczącymi o tym, że treść oferty odwołującego odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący uzasadniał powyższy zarzut, że polega on na niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego - wadliwego przeprowadzenia procedury badania i oceny złożonych ofert, w sposób niezapewniający równego traktowania wszystkich uczestników oraz przestrzegania zasad konkurencji poprzez:

- ponowne wezwanie do wyjaśnienia kwestii zaakceptowanych już uprzednio jako prawidłowe przez zamawiającego
- wymaganie od odwołującego złożenia wyjaśnień wykraczających poza wymagania SIWZ - wniosek o przedstawienie schematu elektrycznego zaproponowanego rozwiązania wymagany jedynie od odwołującego, nieprzewidziany w SIWZ, wbrew zapisom SIWZ opisującym podstawy dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu
- dokonywanie interpretacji zapisów zawartych w Opisie Przedmiotu Zamówienia w sposób zawężający je do jednego tylko z możliwych rozwiązań, co jest niezgodnie z zapisami SIWZ, ponieważ wykonawcy mogli zaproponować różne rozwiązania spełniające wymogi SIWZ, i to na etapie oceny ofert, co doprowadziło do różnego poziomu dokonywanej oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz do przyjęcia w sposób nieuzasadniony interpretacji niekorzystnej dla odwołującego, co zaskutkowało odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący wskazał, że zarzut ten omówił w części poprzedzającej. Ponościł, że zamawiający wezwał do kolejnych wyjaśnień, po tym jak uprzednio zaakceptował wyjaśnienia odwołującego i uznał je za prawidłowe w pierwszej procedurze badania i oceny ofert. W wezwaniu z dnia 1.02.2017r. zamawiający formułował pytania w oderwaniu od zapisów SIWZ- tworząc tym samym nowe wymagania tylko dla odwołującego. Na marginesie wskazał, że i tak odwołujący spełniał nawet te wymagania nie wynikające z SIWZ, co potwierdzał również producent, a informacje te zostały przekazane do zamawiającego.

Natomiast w piśmie informującym o odrzuceniu oferty zamawiający dokonał interpretacji zapisów SIWZ nigdzie wcześniej nieujawnionych ani nie opisanych - zdaniem wykonawcy.

III. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 poprzez brak podania pełnego i jasno sformułowanego uzasadnienia dokonanego odrzucenia oferty oraz wyjaśnień na czym polega niezgodność treści oferty z treścią SIWZ we wszystkich przywołanych w piśmie z 22.02.2017r.

Zarzut dotyczący niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na braku podania w jasny i wyczerpujących powodów odrzucenia oferty w taki sposób aby umożliwić wykonawcy odniesienie się do konkretnych zarzutów zamawiającego popartych wyjaśnieniami tego ostatniego o podstawach czynności odrzucenia, co doprowadziło do sytuacji, że na obecnym etapie odwołujący może jedynie insynuować dlaczego uznano jego ofertę za niezgodną z treścią SIWZ, a co za tym idzie nie może w pełni odpowiedzieć na zarzuty zamawiającego, ponieważ nie zostały mu przekazane zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - odwołujący motywował treścią art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający informuje wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z uwagi na fakt, że wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego niezgodnych z ustawą, koniecznym jest podanie wszystkich niezbędnych informacji dla zachowania równego traktowania wykonawców oraz umożliwienia im obrony swoich ofert. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *„Zasadnym jest podkreślenie, iż przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. (...) Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie.”(KIO 866/14)*

Takiego uzasadnienia według odwołującego, nie przedstawiono w piśmie z dnia 22.02.2017 r. Wskazuje się także, że: *„prawidłowe wykonanie przez zamawiającego*

obowiązku wyrażonego w art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 p.z.p., gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej,”

Odwołujący zaznaczał, że ciężar dowodu spoczywa przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty danego wykonawcy na zamawiającym, i to jest jego obowiązek wykazać ponad wszelką wątpliwość, że nie zostały spełnione wymogi postawione w SIWZ. *„Zamawiający musi przedstawić uzasadnienie faktyczne swojej decyzji tak, aby wykonawca miał pełną wiedzę, co do przyczyn wykluczenia, czy odrzucenia. Nie spełnia tego założenia poinformowanie wykonawcy o wątpliwościach zamawiającego i ich źródle - to zamawiający ma wykazać wobec wykonawcy zasadność swojej decyzji.”*

Odwołujący podtrzymał, że w niniejszym postępowaniu zestawiając wymagania SIWZ, wezwania do wyjaśnień kierowane do wykonawcy oraz jego wyjaśnienia z pismem o odrzuceniu oferty, nie może znaleźć powodów odrzucenia oferty, gdyż zamawiający stworzył nowe wymagania, i nie wyjaśnia na jakiej podstawie wyciągnął konkretne wnioski, trudne było dla odwołującego - określenie jakim dokładnie wymaganiom i w jakim zakresie oferta odwołującego nie odzwierciedla treści SIWZ.

Podsumował, że wszystko to doprowadziło do sytuacji, kiedy odwołujący nie tylko został pozbawiony wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i realizacji zamówienia, to jednocześnie został pozbawiony możliwości właściwej i pełnej obrony swoich praw w postępowaniu odwoławczym będąc zmuszonym do „zgadywania” co zamawiający miał na myśli formułując poszczególne zarzuty i zdania.

IV. Zarzut dotyczący niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że w postępowaniu zdaniem zamawiającego nie wpłynęła żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu.

W sytuacji, kiedy własną ofertę odwołujący uznawał za zgodną z treścią SIWZ i umożliwiającą zakończenie postępowania poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, co stało się niemożliwe wobec decyzji zamawiającego polegającej na nieuzasadnionym i błędnym odrzuceniu oferty, odwołujący podtrzymał twierdzenie, że zamawiający nie miał uprawnienia do skorzystania z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jak podkreśla się w orzecznictwie: *„Skoro w postępowaniu złożono, co najmniej jedną ofertę, która nie podlega odrzuceniu (oferta odwołującego), unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. jest*

niezasadne.” KIO 1717/13. Ponadto Odwołujący wskazuje, że „Czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. jest konsekwencją okoliczności odrzucenia ofert wykonawców w postępowaniu, w tym (w niniejszym postępowaniu) oferty odwołującego. Zatem zaskarżenie czynności wcześniejszej (tj. odrzucenia oferty odwołującego), która stanowiła podstawę unieważnienia postępowania i uwzględnienie zarzutu przez Izbę, będzie stanowiło podstawę do dokonania przez zamawiającego unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, pomimo braku podniesienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p.”

Odwołujący ponowił, że w niniejszej sprawie z uwagi na fakt, że oferta odwołującego została niesłusznie odrzucona, pomimo zgodności z treścią SIWZ, niezbędne stało się podniesienie zarzutu o nieprawidłowym unieważnieniu postępowania, ponieważ istnieje możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia SIWZ, nie ma zatem podstaw do unieważnienia postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wykonawcy SmallGIS Sp. z o.o. i do protokołu rozprawy - wnosił o jego oddalenie. Podał, że:

- A) Połączenie kaskadowe - nie daje takiej samej funkcjonalności jak UPS + dodatkowy moduł bateryjny, gdzie system staje się jednym logicznym urządzeniem, z punktu widzenia monitorowania i sterowania jego prac. W przypadku połączenia kaskadowego, na które powołuje się odwołujący są to dwa niezależne urządzenia i można każde z nich monitorować ale oddzielnie - nie jak jedno łączne urządzenie, a w oparciu o to nie ma pełnej informacji o zasilaniu w systemie, gdyż informacje z poszczególnych UPS-ów nie dają wiedzy o pojemności zasilania i długości jego podtrzymania, co jest kluczowe dla operacji prawidłowego zamykania systemu. Podnosi, że moduł bateryjny jest monitorowany łącznie w oparciu o oprogramowanie UPS-a.
- B) Zamontowanie dwóch UPS w szafie Rack - zamawiający wskazał, że wymagał takiej obudowy urządzenia UPS-u aby mogło być one mocowane w szafie Rack, a jako urządzenie w obudowie wolnostojącej zaoferowany UPS PR750ELCD - nie ma elementów do zamocowania w szafie Rack, używanych standardowo w tego typu urządzeniach i tym uzasadniał swoje twierdzenie, że rozwiązanie, o którym odwołujący pisał w swoich wyjaśnieniach nie spełnia wymogów zamocowania w szafie Rack. Nie przeczył, że w jakiś sposób nie zgodny ze sztuką i rozwiązaniami systemowymi - można dane UPS-y postawić na półce, a nie zamocować. Urządzenia w szafie Rack powinny być mocowane na stałe, czego wymagały postanowienia SIWZ dotyczące montażu urządzenia.

C) Oprogramowanie - w zakresie oprogramowania zamawiający odsyłał do punktu A powyżej, gdzie zagadnienie to wyjaśnił. Zamawiający napisał w OPZ, że potrzebuje oprogramowania do sterowania urządzeniem a nie dwoma, czy wieloma urządzeniami.

Zamawiający zaprzeczał twierdzeniom, że jego dyspozycje zawarte w SIWZ były nieprecyzyjne. Przywołał wyjaśnienie na pytanie 18 z dnia 07.11.2016 r. czy określa ilość urządzeń UPS?, gdzie wskazał, że „wymaga dostawy 1 zasilacza awaryjnego w komplecie z jednym modułem rozszerzającym, 1 komplet dla 3 serwerów.” W odpowiedzi na pytanie 62 (prosimy o informację co rozumieć pod zapisem - dodatkowy moduł bateryjny) - wyjaśnił, że UPS powinien mieć możliwość dołączania do niego dodatkowych zewnętrznych modułów bateryjnych.

Zamawiający podnosił, że zasada równego traktowania wymaga, aby odrzucał oferty niespełniające wymagań SIWZ. Oświadczył również, że bazował na wskazaniach z poprzedniego wyroku Izby sygn. akt: KIO 10/17 i dostosował do niego swoje czynności. Zaznaczał, że w jego kompetencji pozostawało unieważnienie wadliwych czynności w postępowaniu i ich ponowne przeprowadzenie - zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Uznał również, że przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej czynności odrzucenia oferty odwołującego adekwatne do przedstawionych mu przez wykonawcę wyjaśnień.

Sygn. akt: KIO 438/17

Odwołujący konsorcjum: 1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider); 2) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GIS-LOGIC R. S.; 3) GAXAM A. B., R. S. sp. jawna - wniósł odwołanie wobec czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego w toku postępowania, niezgodnych z Pzp, polegających na:

- 1) unieważnieniu czynności poprawy oferty konsorcjum, o której mowa w pismach znak PR/MB/ZP/2/2016/41/16 z dnia 5 grudnia 2016 r. oraz PR/MB/ZP/2/2016.46/16 z dnia 14 grudnia 2016 r.;
- 2) zaniechaniu poprawienia oferty konsorcjum na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pomimo istnienia podstaw prawnych i faktycznych;
- 3) nieprawidłowej ocenie ofert i uznanie, że oferta konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 4) odrzuceniu oferty konsorcjum pomimo iż jej treść - z uwzględnieniem art. 87 ust 2 pkt 3 - odpowiada SIWZ;
- 5) niewybraniu jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum pomimo spełnienia warunków SIWZ;

- a w konsekwencji unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na fakt, iż w postępowaniu nie wpłynęła żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu, podczas gdy oferta konsorcjum odpowiada treści SIWZ- zatem wpłynęła oferta która nie powinna zostać odrzucona. Zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp,
- II. 89 ust 1 pkt 2 Pzp,
- III. art. 91 ust. 1 Pzp,
- IV. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.
- V. art. 7 ust 1 i 3 Pzp,

- odwołujący konsorcjum Pentacomp wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty konsorcjum;
- 3) unieważnienia czynności oceny ofert;
- 4) unieważnienia czynności unieważnienia poprawy oferty konsorcjum, o której mowa w pismach znak PR/MB/ZP/2/2016/41/16 z dnia 5 grudnia 2016 r. i z dnia 14 grudnia 2016 r.; PR/MB/ZP/2/2016.46/16,
- 5) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem udzielonych wyjaśnień i dokonanych poprawek omyłek, o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp w odniesieniu do oferty konsorcjum;
- 6) wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów żądań odwołujący podał, że złożył ofertę, która z uwagi na odrzucenie innych ofert - w przypadku braku unieważnienia postępowania i przyjęcia, iż jej treść odpowiada SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp - uznana winna być - jako najkorzystniejsza. Zaniechania i czynności zamawiającego kwestionowane odwołaniem - doprowadziły do bezzasadnego unieważnienia postępowania oraz do pozbawienia odwołującego możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, tym samym prowadząc do poniesienia przez niego szkody. W przypadku prawidłowego dokonania oceny oferty złożonej przez odwołującego, oferta konsorcjum winna być uznana za najkorzystniejszą - czym odwołujący uzasadniał swoją legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że w postępowaniu złożonych zostało 7 ofert. Na etapie oceny ofert zamawiający zwrócił się do odwołującego - konsorcjum Pentacomp:

1. pismem z dnia 28 listopada 2016 r. oraz pismem z dnia 8 grudnia 2016 r. o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a mianowicie:

- 1) Załącznika nr 6 - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu, poz. 3.1.2. monitor, model: Lenovo;
- 2) Załącznika nr 6 - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu, poz. 3.1.5. pkt III i pkt IV (w odniesieniu do serwera typ II i typ III);
- 3) Załącznika nr 6 - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu, poz. 3.1.5. pkt V;
- 4) Załącznika nr 6 - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu, poz. 3.1.5. pkt II (brak testu Pass Markt);
- 5) Formularza oferty - w pkt 1 w tabeli poz. 1.2.3. i 1,2.4 (omyłkowe scalenie pozycji tabeli);
- 6) Załącznika nr 6 - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu, poz. 3.1.4. (w odniesieniu do oprogramowania biurowego typ I) - wskazano że będzie to oprogramowanie firmy Microsoft, wersja 2016 licencjonowane dożywotnio.

Po uwzględnieniu wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Pentacomp, zamawiający w piśmie z dnia 5 grudnia 2016 r. o numerze PR/MB/ZP/2/2016/41/16, działając na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp dokonał w ofercie konsorcjum poprawy nw. omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty:

1. W Załączniku nr 6 - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu, poz. 3.1.2, ppkt II monitor, w kolumnie Model/symbol poprawił Lenovo na Lenovo ThikVision LT2934z, jako że powyższa pomyłka powstała z powodu omyłkowego wpisania nazwy producenta a nie modelu monitora.
2. W Załączniku nr 6 - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu, poz. 3.1.5., ppkt III, serwer typ II w kolumnie Model/symbol poprawił DiskStation DS216 na RackStation RS816.
3. W Załączniku nr 6 - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu, poz. 3.1.5., ppkt IV, serwer typ III w kolumnie Model/symbol poprawił RackStation RS816 na DiskStation DS216.

Pomyłki według odwołującego z pkt 2 i 3 powstały z powodu omyłkowo wpisania zamiennie nazwy modelu serwera typ II i serwera typ III.

Z kolei pismem z dnia 14 grudnia 2016 r. znak PR/MB/ZP/2/2016/46/10, zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, dokonał w ofercie konsorcjum poprawy nw. omyłek

polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty:

1. W Formularzu oferty w pkt 1, w tabeli poz. 1.2.3. Oprogramowanie: oprogramowanie serwerowe GIS, w kolumnie cena wpisał 31 000,00.
2. W Formularzu oferty w pkt 1, w tabeli poz. 1.2.4. Oprogramowanie: oprogramowanie narzędziowe GIS, w kolumnie cena wpisał 31 000,00.
3. W Załączniku nr 6 - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu, poz. 3.1.4., Oprogramowanie biurowe typ I, w kolumnie Nazwa oferowanego oprogramowania wpisał Microsoft Office 2016 wersja standard, sposób licencjonowania - dożywotnio.

Odwołujący wyjaśniał, że obie te czynności poprawy oferty konsorcjum - zamawiający unieważnił, przekazując pismo z dnia 22 lutego 2017 r. (znak PR/MB/ZP/2/2016/81/17), iż opisane w tych pismach niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie mogły być poprawione na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp.

W uzasadnieniu zamawiający odniósł się do dwóch dokonanych poprawek omyłek - omyłki poprawionej pismem z dnia 5 grudnia 2016 r. oraz pismem z dnia 14 grudnia 2016 r.

Zamawiający wskazał, iż wykonawca nie podał modelu/symbolu monitora w załączniku do oferty - Parametry techniczne dostarczone sprzętu i usług. Zarówno w kolumnie Model/symbol jak i Producent podał tylko nazwę „Lenovo” (nazwę producenta sprzętu).

Z uwagi na powyższe, że jako wykonawca nie podał modelu/symbolu monitora zamawiający nie ma możliwości stwierdzenia - jaki model monitora ofertuje konsorcjum i zbadania, czy oferowany model monitora spełnia wymogi SIWZ. Także nie może tego stwierdzić na podstawie innych informacji wynikających z treści oferty. Powyższe braki zdaniem zamawiającego stanowią niezgodność oferty z SIWZ, z uwagi na odnotowany brak - oferta konsorcjum została odrzucona - ponieważ nie odpowiada ona treści SIWZ i nie można jej poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W podobny sposób zamawiający odniósł się do braku nazwy oferowanego oprogramowania biurowego typ I. Jak wskazał on w uzasadnieniu - zamawiający nie ma możliwości stwierdzenia, czy oferowane oprogramowanie spełnia wymagania SIWZ. Także nie może tego stwierdzić na podstawie innych informacji wynikających z treści oferty. Z uwagi na powyższe zamawiający odrzucił ofertę, ponieważ jej treść nie odpowiadała treści SIWZ i nie można jej było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2017 r. znak PR/MB/ZP/2/2016/86/17 poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwolujący nie zgodził się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez zamawiającego.

W opinii odwołującego stwierdzone w jego ofercie braki należało potraktować jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, których poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Jako takie winny być zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp poprawione.

Konsorcjum Pentacomp powołało się na orzecznictwo oraz stanowisko doktryny, że poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp uzależnione jest od łącznego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie:

1) zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści: jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie (sygn. akt: XII GA 429/09): „artykuł 87 ust 2 pkt 3 p.z.p. 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 w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp")

2) poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W tym zakresie - granicą odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwolujący argumentował, że bierze się pod uwagę, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (tak m.in. wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 522/11, podobnie wyrok SO w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r. sygn. akt: XIX Ga

18/10, wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1610/10).

W wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09) Sąd Okręgowy w Krakowie wskazał, 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 bowiem, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Co więcej, jak wskazał sąd, kwalifikator "istotnych zmian", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.

W przekonaniu odwołującego, tożsame stanowisko wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 7 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1266/09) KIO wskazała, że jedynie uwzględniając okoliczności sprawy można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty. Jednocześnie zaznaczyła, iż o istotnej zmianie treści oferty można mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy (podobnie w wyrokach KIO: z dnia 19 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 809/10).

Odwołujący przekonywał, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy trudno mówić, by poprawienie zaistniałych omyłek (tj. wskazanie nazwy producenta w miejsce modelu oraz opuszczenie nazwy oprogramowania biurowego typ I) - która mogą mieć przecież charakter opuszczenia czy pominięcia - doprowadziło do istotnej zmiany pierwotnego oświadczenia tak, że mówimy o nowej ofercie.

Odwołujący przywołał kolejne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

- z dnia 2 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1513/16) „*istotą wprowadzenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. było uniknięcie licznych przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic.*”
- z dnia 3 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 88/09) inna omyłka może przybrać postać niezuzupełnienia jednego z punktów formularza oferty
- z dnia 10 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 691/09) może stanowić nieścisłości w oświadczeniu odwołującego w zestawieniu materiałów dla robót budowlanych. KIO w wyroku tym wskazała, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego

znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. W ocenie Izby, zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej, pod warunkiem braku skutku w postaci istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem odwołującego - poprawienie tego typu omyłek nie musi mieć charakteru oczywistości. Przywołał kolejne wyroki KIO:

- z dnia 22 lipca 2016 r. [bez podania sygnatury akt], że: w przeciwieństwie do omyłek z art. 87 ust 2 pkt 1 i pkt 2 p.z.p., omyłki uregulowane w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie muszą charakteryzować się cechą oczywistości. Ponadto poprawienie omyłek w tym trybie może być poprzedzone procedurą wyjaśniającą w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. Wynik tych wyjaśnień może być przez zamawiającego uwzględniony przy ocenie dopuszczalności poprawienia omyłki

- z dnia 17 kwietnia 2015 roku (sygn. KIO 674/15), w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: *„w odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu tego wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiste jest zatem, że w przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona istotnego charakteru. Przy czym ocena tej kwestii jest uzależniona od okoliczności konkretnej sprawy; na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji co do treści składanej oferty. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, zmiana zakresu przedmiotu świadczenia lub oba te czynniki występujące jednocześnie. Może, ale nie musi, gdyż dla oceny istotności wprowadzanych zmian znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.”* Izba wskazała ponadto, że: *„rozumienie ”innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażień lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może nawet wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie.”*

Odwołujący argumentował, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy - przy sporządzeniu oferty wystąpił błąd o charakterze technicznym - polegający na pominięciu

uzupełnienia rubryki ze wskazaniem nazwy oprogramowania biurowego oraz omyłka polegająca na opuszczeniu nazwy modelu i symbolu monitora (podano tylko producenta).

Przy oprogramowaniu biurowym konsorcjum wskazało producenta oprogramowania, wersję oraz sposób licencjonowania. Nie wskazało omyłkowo jedynie nazwy oferowanego oprogramowania. Mając jednak na uwadze zaoferowaną cenę za to konkretne oprogramowanie należało przyjąć, iż oferowane oprogramowanie to Microsoft Office w wersji standard. Odwołujący stanowczo stwierdził, że uważa iż doszło do omyłek spełniających przymiot innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, które zamawiający był zobligowany poprawić. Poprawienie ww. omyłek oznaczałoby, że treść oferty konsorcjum odpowiada treści SIWZ, brak zatem podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Pentacomp, co z kolei czyniłoby bezzasadnym unieważnienia postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy podtrzymał, że, że brak podania modelu nazwy, symbolu monitora był brakiem istotnym, gdyż z braku ich zaoferowania - nie mógł ocenić czy monitor spełnia wymagania podane w opisie załącznika nr 5 i podobnie rzecz miała przy oprogramowaniu biurowym typ I, dla którego w załączniku nr 5 były wyznaczone konieczne do spełnienia właściwości. Sama nazwa producenta MS nie identyfikuje zamawianego produktu. Zatem nie był to błąd o charakterze technicznym - polegający na pominięciu uzupełnienia rubryki ze wskazaniem nazwy oprogramowania biurowego oraz omyłka polegająca na opuszczeniu nazwy modelu i symbolu monitora (podano tylko producenta). ale stanowił o niezaoferowaniu tego zakresu świadczenia, które nie kwalifikowało się do poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż przyjęcie wyjaśnień odwołującego złożonych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, sprowadzałoby się do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli, którego oferta odwołującego pierwotnie nie zawierała. Tego rodzaju uzupełnienie stanowiłoby negocjacje i zmianę treści oferty, po upływie terminu jej złożenia, czego przepis art. 87 ust. 1 Pzp zabrania.

Sygn. akt: KIO 439/17

Wykonawca Sprint S.A. z siedzibą w Gdańsku, złożył odwołanie od czynności:

1. odrzucenia oferty Sprint S.A.,
2. unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- I. art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny,

II. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, polegającej na braku wyniku testu Passmark i modelu procesora dla oferowanego serwera.

III. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Sprint S.A., podczas gdy była ona zgodna z treścią SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,

IV. art. 93 ust. 1 punkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, choć złożono w nim ofertę Sprint S.A. niepodlegającą odrzuceniu.

V. art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji, w konsekwencji czego dokonano nieprawidłowej oceny oferty odwołującego, poprzez stwierdzenie, że oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ, albowiem nie obejmuje wyniku testu Passmark i modelu procesora dla oferowanego przez Sprint S.A. serwera.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o:

1. uchylenie czynności zamawiającego: odrzucenia oferty wykonawcy i unieważnienia postępowania,
2. powtórzenie oceny ofert i wybór oferty Sprint S.A. jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że wyłącznie jego oferta, w przeciwieństwie do pozostałych nie podlega odrzuceniu. W razie braku odrzucenia oferty Sprint S.A. przedmiotowe postępowanie nie zostałyby unieważnione, a zamówienie zostałyby udzielone odwołującemu, czym odwołujący uzasadniał swój interes w uzyskaniu ww. zamówienia, i możliwość doznania szkody w postaci utraconych korzyści, jakie stałyby się udziałem Sprint S.A. w razie powierzenia mu wykonania zamówienia publicznego.

I. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny.

W ramach omówienia zarzutu odwołujący podnosił, że ani w formularzu ofertowym, ani w stosunku do żadnego innego specyfikowanego elementu, wchodzącego w skład przedmiotu zamówienia, zamawiający nie sformułował wymogu dołączania dodatkowych dokumentów, uszczegółowienia specyfikacji itp. Wymóg ten pojawił się wyłącznie w jednym punkcie załącznika nr 5 do SIWZ w formie przedstawionej poniżej.

Płyta główna; Liczba gniazd procesorów: minimum 2

Procesor; Procesor dedykowany do pracy z zaoferowanym serwerem umożliwiający osiągnięcie wyniku min. 11 000 punktów w teście PassMark dostępnym na stronie

internetowej www.cpubenchmark.net. Do oferty należy załączyć wynik testu wraz z oferowanym modelem procesora. Dowód: SIWZ (w aktach postępowania)

Odwołujący uznał, że przytoczony powyżej fragment SIWZ, świadczy, że omawiane postanowienia mają charakter mało przejrzysty i prowokują przez to omyłki. Odpowiedzialność z tego tytułu przypisał zamawiającemu. Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP 1031/09) „*postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, to z nieprecyzyjnych przepisów specyfikacji i niepoprawnych językowo zamawiający nie ma prawa wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców*”.

II. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 punkt 3 poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, polegającej na braku wyniku testu Passmark i modelu procesora dla oferowanego serwera.

Odwołujący przedstawił swoje stanowisko, iż wskazanie modelu procesora i wyniku testu Passmark winno być dokonane w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. w ramach sprostowania innej, aniżeli pisarska lub rachunkowa omyłki, tj. sprostowaniu omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, uznając że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia ze sprokurowanym w dużej mierze przez brzmienie SIWZ (punkt I odwołania) przeoczeniem. Przekonywał, że uzupełnienie pominiętych danych - nie skutkowałoby ani zmianą ceny, ani terminu wykonania umowy, nie stanowiłoby również zmiany jej przedmiotu. Stanowiłoby zaledwie sprecyzowanie oferty o wymagane elementy. Uznał, że, działania zamawiającego pierwotnie świadczyły o tym, że w taki właśnie sposób kwalifikuje te dane.

Odwołujący przywołał na poparcie swoich twierdzeń orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

„1. Sygn. akt: KIO 35/09: Dla wypełniania przez Zamawiającego tego obowiązku konieczne jest ustalenie dwóch okoliczności i łączne ich spełnienie: 1) stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty ze specyfikacją ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie. W ocenianym przez Izbę stanie faktycznym mamy niewątpliwie do czynienia z omyłką, która sprowadza się w efekcie do niezgodności oferty z treścią specyfikacji. Omyłka ta bowiem polega na technicznym pominięciu wymaganego zakreszenia pewnej pozycji.

2. Sygn. akt: KIO 5/09: Biorąc pod uwagę fakt, że z okoliczności przedmiotowego postępowania wynika zamiar złożenia przez Odwołującego oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego w powyższym zakresie, a także okoliczność, że Zamawiający posiada wszystkie dane do dokonania poprawy kosztorysu w ww. pozycji 17, w związku z czym nie

będzie zmuszony w sposób istotny ingerować w treść oferty, Izba uznała, że powyższe uchybienie stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującą istotnej zmiany w treści oferty i powinna zostać przez Zamawiającego poprawiona zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

3. Sygn. akt: KIO16/09: 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 Pzp, tj. „inną omyłkę” polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty (...) przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznych omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze specyfikacją ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty; Odwołujący wykazał w treści odwołania i na rozprawie, że złożone przez niego w treści oferty oświadczenia wskazują na wypełnienie wszystkich wymogów i warunków określonych w specyfikacji dotyczących terminu wykonania zamówienia. Wynika to z całości treści oferty, w tym z oświadczeń złożonych w formularzu ofertowym.

4. Sygn. akt: KIO 21/09, 38/09, 41/09: KIO nie podziela stanowiska Zamawiającego, że błąd w opisie pozycji kosztorysowej dyskwalifikuje ofertę. W żaden sposób nie można też mówić, w tych okolicznościach o ofercie wariantowej. Prawdą jest, że Zamawiający w piśmie z dnia 26 listopada 2008 r., udzielając odpowiedzi na pytanie 14, wskazał, że dla wyceny robót budowlanych (poz. 6, 7, 8) należy przyjąć beton klasy B-30. Odwołujący we wskazanych opisach pozycji kosztorysowych nie uwzględnił przedmiotowej okoliczności, jednakże błąd ten mieści się w kategorii omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Wymaga zatem poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

5. Sygn. akt: KIO 881/16: Błędy będące wynikiem przeoczenia przez, wykonawcę wyjaśnień co do ilości spornych pozycji kosztorysowych uzasadniają zastosowanie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.). Omyłka tego typu jest omyłką prostą do identyfikacji i poprawienia bez potrzeby prowadzenia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 tej ustawy.

6. Sygn. akt: KIO 784/16: Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) odnosi się do innych omyłek, które nie muszą być oczywiste, ale z kolei ich poprawa nie może powodować istotnej zmiany treści oferty. Z tym, że ze względu na obowiązek działania zamawiającego z należytą

starannością również i tutaj zamawiający musi wskazać podstawy do takiej, a nie odmiennej poprawy tej innej omyłki.

1. Sygn. akt: KIO 749/16: Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych), dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w SIWZ), a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normą.

8. Sygn. akt: KIO 463/16: Tryb poprawiania omyłek określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) wykorzystywany jest bardzo często do korygowania nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych. Poprawieniu podlegają wadliwie podane elementy kalkulacyjne, jednostki miary, opisy pozycji kosztorysowych, w tym ilości, wymiary - również takie, które mają wpływ na cenę oferty, ale nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Oceny istotności zmian w treści oferty należy dokonywać w konkretnym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.”

Odwołujący podnosił, że w niniejszym postępowaniu nie zachodzi zmiana oferowanego przedmiotu zamówienia, jego rozszerzenie, czy też istotna modyfikacja. Przedmiot ten ma charakter stały, a wyjaśnienia wykonawcy dotyczyły wyłącznie jego uszczegółowienia. W konsekwencji podtrzymał, że obowiązkiem zamawiającego było sprostować przedmiotowe „przeoczenie” w ww. trybie ustaw Pzp. Na marginesie podnosił, że w powiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający nie uzasadnił, dlaczego art. 87 ust. 2 punkt 3 Pzp nie ma w sprawie zastosowania. Poprzestał na stwierdzeniu, że omyłka Sprint S.A. nie może być sprostowana.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Sprint S.A., podczas gdy była ona zgodna z treścią SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 punkt 3 Pzp.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, który, pomimo uzyskania wszelkich wymaganych przez siebie danych, odmówił wyjaśnieniom Sprint S.A. doniosłości prawnej i stwierdził, że oferta nie obejmuje wszelkich wymaganych danych. Pomiął, że przedmiotowymi informacjami dysponował właśnie dzięki wyjaśnieniom

wykonawcy. Zamawiający nie kwestionował zaś w żaden sposób terminowości złożenia wyjaśnień, ich formalnej poprawności, jak również wartości merytorycznej.

Stojąc na stanowisku możliwości i konieczności dokonania przez zamawiającego sprostowania oferty Sprint S.A. poprzez uwzględnienie danych podanych w wyjaśnieniach, podtrzymał twierdzenia, że w dacie dokonania kwestionowanych czynności zamawiający miał zarówno faktyczną wiedzę, jak również formalne podstawy do przyjęcia, że oferta odwołującego jest kompletna i zgodna z SIWZ. Dokonanie jej odrzucenia uznał za bezprawne.

IV. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 punkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, choć złożono w nim ofertę Sprint S.A. niepodlegającą odrzuceniu.

Zdaniem odwołującego konsekwencją opisanych powyżej naruszeń prawa przez zamawiającego było błędne unieważnienie postępowania. Odwołujący utrzymywał, że sytuacji złożenia przez Sprint S.A. oferty, która po złożeniu wyjaśnień i sprostowaniu omyłek w trybie art. 87 ust. 2 punkt 3 Pzp była zgodna z SIWZ, zamawiający winien dokonać jej wyboru jako najkorzystniejszej. Unieważnienie postępowanie określił jako bezpodstawne.

V. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji, w konsekwencji czego dokonano nieprawidłowej oceny oferty odwołującego, poprzez stwierdzenie, że oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ, albowiem nie obejmuje wyniku testu Passmark i modelu procesora dla oferowanego przez Sprint S.A. serwera.

Odwołujący argumentował, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu postępował - stwierdziwszy potrzebę wyjaśnienia oferty odwołującego - w sposób arbitralny i niespójny. Stojąc na stanowisku, że celem dokonania oceny oferty konieczne są informacje odnośnie do wyniku testu Passmark i modelu procesora dla oferowanego przez Sprint S.A. serwera, zamawiający wezwał Sprint S.A. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty. W dacie dokonania tej czynności zamawiający musiał, zatem stać na stanowisku, że treść ww. wskazań może być sanowana i nie skutkuje niezgodnością oferty z wymogami SIWZ. W przeciwnym wypadku, tj. w sytuacji, w której zamawiający uznałby, że wskazanie tych danych nie mieści się w ramach wyjaśnienia oferty, a wymaga jej uzupełnienia, dokonałby on odrzucenia oferty. Na etapie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień zamawiający mógł wprawdzie brać pod uwagę, że brak przedmiotowych informacji stanowi omyłkę w ofercie, podlegającą sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W takim wypadku mogłyby one zostać usunięte w oparciu o wskazaną podstawę prawną. Niezależnie od ww. działań, które stanowiły świadectwo traktowania przez

zamawiającego braku ww. informacji na jeden z opisanych powyżej sposobów, zamawiający dokonał odrzucenia oferty. Standardy tej oceny były, zatem na przestrzeni prowadzonego postępowania różne, a w konsekwencji doprowadziły zamawiającego do błędnych wniosków. Działania zamawiającego w tej mierze miały kluczowy wpływ na wynik postępowania. W przypadku, bowiem uznania, że dane dotyczące testu Passmark i rodzaju procesora mogą zostać potraktowane - jako przedmiot sprostowania omyłki, oferta Sprint S.A. zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący poprzestał na stwierdzeniu, że zachowanie zamawiającego prowadzi do sytuacji całkowitego braku przewidywalności jego decyzji, świadczy o ich podejmowaniu w sposób pochopny, a być może nieprzemyślany. W konsekwencji nie można mówić o zapewnieniu przez niego wykonawcom - funkcjonowania w zdrowych realiach rynkowych, których immanentnym elementem jest przewidywalność i racjonalność działań dla poszczególnych uczestników obrotu. Podnosił, że konieczność złożenia przez wykonawcę wyjaśnień wynikała ze sposobu, w jaki zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy wnosił o oddalenie odwołania wykonawcy Sprint S.A. Wskazał, że w jego ocenie brak podania w ofercie modelu i symbolu oferowanego procesora jest brakiem istotnym. Nie pozwala na ocenę wydajności oferowanego systemu. Nie wszystkie procesory, w które wyposażone są serwery podane przez odwołującego w ofercie spełniają wymagania podane dla nich w OPZ. Jest to kluczowy element serwera, jako infrastruktury sprzętowej, i nie mógł zostać pominięty. Zamawiający wyjaśniał, że właśnie dla serwera typu I kluczowe znaczenie ma wydajność procesora, gdyż na serwerze tym opiera się system GIS obejmujący kilka elementów. Serwer typ II i III to serwery plików i kopii zapasowych, w których procesor nie wykonuje skomplikowanych obliczeń, gdzie wymagana jest spora wydajność - jak przy serwerze typu I. Z tego względu zamawiający różnicował wymagania dla procesorów, co było podane w SIWZ.

Stwierdzona niezgodność stanowiła o niezaoferowaniu tego zakresu świadczenia, która nie kwalifikowała się do poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż przyjęcie wyjaśnień odwołującego złożonych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, sprowadzałoby się do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli, którego oferta odwołującego pierwotnie nie zawierała. Tego rodzaju uzupełnienie stanowiłoby negocjacje i zmianę treści oferty, po upływie terminu jej złożenia, czego przepis art. 87 ust. 1 Pzp zabrania. Zamawiający powołał się na uprawnienie do korygowania swoich błędnych czynności, nawet jeżeli pierwotnie przyjął wyjaśnienia odwołującego.

**Sygn. akt: KIO 399/17
KIO 438/17
KIO 439/17**

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, ofert odwołujących, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z odwołującymi, w tym z zawiadomienia o odrzuceniu ofert odwołujących oraz o unieważnieniu postępowania.

Na wniosek zamawiającego Izba dopuściła w rozpatrywanym zakresie - jako dowód akta sprawy odwoławczej sygn. akt: KIO 10/17.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego strony nie kwestionowały ani nie wnosiły o jego uzupełnienie - wynikał następujący stan faktyczny.

SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi: Budowa systemu informacji przestrzennej (GIS) oraz platformy e-usług dla Miejskiego Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli wraz z dostawą niezbędnego sprzętu i oprogramowania.

Rozdział I SIWZ. Instrukcja dla wykonawców.

11. Sposób obliczenia ceny.

11.1. Cenę oferty należy obliczyć uwzględniając wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

13. Opis kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty

Cena 60%

Okres gwarancji - 40%

14. Okres związania ofertą - 60 dni. Zamawiający potwierdził, że oferty odwołujących pozostają w okresie związania.

16. Termin składania ofert do dnia 16 listopada 2016 r.

16.4 Wykonawca może wprowadzić zmiany w ofercie (...) przed terminem składania ofert.

18. Badanie i ocena ofert.

18.1. W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału.

18.2. Zamawiający poprawi w tekście oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe, a także inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

18.4. Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli b) jeżeli (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

18.5. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 10 dni aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

19.1. Zamawiający przyzna zamówienie temu wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie Pzp, oraz w niniejszej SIWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o kryteria wyboru podane w SIWZ i w ogłoszeniu.

20.2. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego, zawierającą postanowienia zawarte w Rozdziale II SIWZ - Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy (wzór umowy).

Rozdział II. Przedmiot zamówienia

1.1. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 5 do SIWZ

7. Zamawiający nie dopuszcza składania oferty wariantowej.

Załącznik nr 5 „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”

3.1.2. Komputery (stacje robocze) wraz z monitorami i zasilaczami UPS Komputery będą wykorzystywane dla potrzeb aplikacji biurowych, aplikacji związanych z wdrażanym Geograficznym Systemem Informacji Przestrzennej (GIS), e-usługami, elektronicznym obiegiem dokumentów, aplikacji obliczeniowych, dostępu do Internetu oraz poczty elektronicznej oraz jako stacja programistyczna.

Numer Nazwa, wymagania i minimalne parametry techniczne komputerów

3.1.2.1

Typ: Komputer stacjonarny typ I. W ofercie wymagane jest podanie modelu, symbolu oraz producenta.

3.1.2.2 Liczba: 12 szt.

3.1.2.3 Zastosowanie: Komputer typ I będzie wykorzystywany dla potrzeb aplikacji biurowych, aplikacji związanych z wdrażanym Geograficznym Systemem Informacji Przestrzennej (GIS), e-usługami, elektronicznym obiegiem dokumentów, aplikacji obliczeniowych, dostępu do Internetu oraz poczty elektronicznej,

3.1.2.4 Wydajność obliczeniowa:

- Procesor zaprojektowany do pracy w komputerach stacjonarnych.

- Komputer powinien osiągać minimum 5500 pkt. w teście wydajności PassMark na stronie internetowej <http://www.passmark.com>

3.1.2.17 UPS: Zasilanie awaryjne UPS współpracujące z dostarczanym zasilaczem.

3.1.3. Oprogramowanie systemowe typ I

3.1.4. Oprogramowanie biurowe typ I

Numer Opis wymagania

3.1.4.1 Oprogramowanie biurowe typ I musi spełniać następujące wymagania opisane w pkt. od 3.1.4.2 do 3.1.4.9 poprzez wbudowane mechanizmy, bez użycia dodatkowych aplikacji i pochodzić z najnowszej linii produktowej producenta.

Rozdział 3.1.4.12 Wymagany opis proponowanego rozwiązania potwierdzającego, że oferowane rozwiązanie w zakresie oprogramowania biurowego typ I spełnia wymagania określone przez zamawiającego wskazane w rozdziale 3.1.4.

Wykonawca zobowiązany jest do wskazania producenta, sposobu licencjonowania oraz wersji oferowanego oprogramowania biurowego typ I.”

3.1.4.2 Wymagania odnośnie interfejsu użytkownika: (...)

II. Wymagania w zakresie sprzętu serwerowego - serwer typ I.

Komponent; Minimalne wymagania; Opis

Serwer pełniący funkcję kontrolera domeny oraz serwera aplikacji na potrzeby obiegu dokumentów.

Obudowa 1. Obudowa dostosowana do montażu w szafie serwerowej Rack o wysokości max 1U.

Płyta główna Liczba gniazd procesorów: minimum 2

Procesor. Procesor dedykowany do pracy z zaoferowanym serwerem umożliwiający osiągnięcie wyniku min. 11 000 punktów w teście PassMark dostępnym na stronie internetowej www.cpubenchmark.net. Do oferty należy załączyć wynik testu wraz z oferowanym modelem procesora.

1. Wraz z serwerem Wykonawca musi dostarczyć niezbędne oprogramowanie systemowe (w tym wirtualizacyjne) wraz z licencjami umożliwiające funkcjonowanie systemu obiegu dokumentów oraz usługi katalogowej.

VI. Zasilanie awaryjne na potrzeby podtrzymania napięcia serwerów i urządzeń sieciowych

Nazwa; Opis; Moc pozorna Min. 650 VA; Moc skuteczna Min. 600 W

Topologia Line-interactive Kształt napięcia wyjściowego Sinusoidalny (pełna sinusoida)

Gniazda wyjściowe Min. 3 x IEC

Interfejs komunikacyjny USB

Sygnalizacja pracy Wyświetlacz LCD

Możliwość dołączenia dodatkowych modułów bateryjnych TAK

Dodatkowy moduł bateryjny TAK - 1 szt.

Możliwość wymiany baterii przez użytkownika (UPS) TAK

Możliwość wymiany baterii przez użytkownika (dodatkowy moduł bateryjny) TAK

Oprogramowanie zarządzające TAK umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego.

Obudowa Możliwość zamocowania w szafie RACK 19", max 4U

Zamawiający potwierdził, że chodziło o komplet, tj. składający się z zasilacza wraz z jednym modułem bateryjnym.

Modyfikacja SIWZ nr 8 - Zasilacz min. 280 Wat.

Modyfikacja SIWZ nr 8 pkt 3.5 pod tabelą VI. Zasilanie awaryjne dodaje się następujący zapis: „Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje dostawę, montaż wraz z uruchomieniem urządzenia - zasilanie awaryjne o parametrach nie gorszych niż określone w SIWZ. W ofercie wymagane jest podanie modelu/ symbolu oraz nazwy producenta.”

Modyfikacją nr 1 z dnia 28.10.2016 r. zamawiający wprowadził załącznik nr 6

Zmianą nr 6 do SIWZ (odpowiedź na w pytanie 18) zamawiający uzupełnił SOPZ w punkcie 3.1.2 dodał podpunkt 3.1.2a, podający tabelę: wymagania minimalne parametrów technicznych monitorów.

Zmianą nr 6 do SIWZ (odpowiedź na w pytanie 20) o treści: dotyczy parametrów technicznych dostarczanego sprzętu i usług - zał. nr 6. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wpisał do tabeli Serwis Tag (kod serwisowy) proponowanego sprzętu. Informujemy, że nie jest to możliwe, ponieważ Serwis Tag to unikalny numer każdego urządzenia, a zakup sprzętu u naszych dostawców będziemy realizować dopiero po ewentualnym podpisaniu umowy z Zamawiającym. Aktualnie nie posiadamy na stanie sprzętu, który będziemy oferować, a więc nie znamy serwis Tagów. Na etapie składania oferty wykonawcy znają symbol oferowanego produktu (tzw. Part Number).

Wyjaśnienia nr 8 pytanie nr 62. Dotyczy VI. Zasilanie awaryjne na potrzeby podtrzymania napięcia serwerów i urządzeń sieciowych. Prosimy o informację co rozumieć pod zapisem - „Dodatkowy moduł bateryjny - TAK - 1 szt.” Wyjaśnił, że UPS powinien mieć możliwość dołączania do niego dodatkowych zewnętrznych modułów bateryjnych.

Odpowiedź 62. UPS powinien mieć możliwość dołączania do niego dodatkowych, zewnętrznych modułów bateryjnych. Zamawiający określa potrzebę 1 sztuki takiego modułu.

Na pytanie 18 z dnia 07.11.2016 r. czy określa ilość urządzeń UPS?, gdzie wskazał, że „wymaga dostawy 1 zasilacza awaryjnego w komplecie z jednym modulem rozszerzającym, 1 komplet dla 3 serwerów.”

Wyjaśnienia nr 10 pytanie nr 8

W punkcie 3.1.2.OPZ Zamawiający umieścił tabelkę ze specyfikacją dla komputerów, ale brak w niej wymagań dla monitorów i zasilaczy UPS. Odpowiedź 8

Zamawiający odpowiedź na niniejsze pytanie zawarł w Wyjaśnieniach związanych z treścią SIWZ - 6, w Odpowiedzi 18 oraz w Modyfikacji SIWZ nr 6.

Załącznik nr 6 pn. „Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług” wymagał podania nazwy, nr-u seryjnego i producenta modelu, między innymi zasilacza awaryjnego.

Oferty złożyło 7 wykonawców, według kryteriów wyznaczonych w SIWZ, kolejność oceny była następująca:

1. GeoTechnologies Sp. z o.o. - 100 pkt,
2. SmallGIS Sp. z o.o. - 90,76 pkt,
3. konsorcjum firm: 1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider) - 81,04 pkt,
4. Sprint S.A. - 79,24 pkt.

Pozostałe oferty zajmowały dalsze miejsca. W dniu 22 grudnia 2016 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty GeoTechnologies Sp. z o.o.

Wyrokiem w sprawie Sygn. akt: KIO 10/17 z odwołania SmallGIS Sp. z o.o. KIO nakazała odrzucenie oferty wykonawcy GeoTechnologies Sp. z o.o. oraz ponowną ocenę ofert.

Odwołujący - SmallGIS Sp. z o.o. w Załączniku nr 6 pn. „Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług” w poz. 6: Zasilanie awaryjne podał (model/symbol) - PR 750ELCD - producent: Cyberpower.

W dnio 28.11.2016r. zamawiający wezwał odwołującego SmallGIS do wyjaśnień, pkt 2. czy zaoferowane zasilanie awaryjne - model PR 750ELCD posiada możliwość rozbudowy o dodatkowy moduł bateryjny.

W odpowiedzi na wezwanie w dniu 1.12.2016 r. pkt 2. odwołujący wskazał, że zaoferowany model UPS posiada możliwość rozbudowy o dodatkowy moduł bateryjny. Odwołujący wyjaśnił również, że rozbudowa odbywa się poprzez podłączenie dodatkowego modułu bateryjnego UPS PR750ELCD (tzw. praca kaskadowa). Ponadto zaoferowany zestaw UPS wyposażony jest w dodatkowy moduł bateryjny - baterie zapasowe. Poza właściwym UPS,

oferta wykonawcy zawiera dodatkowy moduł bateryjny UPS PR750ELCD oraz dodatkowy moduł bateryjny - baterie zapasowe.

Jako dowód załączył ofertę firmy Redicreo, która została załączona również do wyjaśnień odnośnie ceny jego oferty z dnia 10 listopada 2016 r. z podaniem ceny.

W trakcie ponownego badania ofert, nakazanych wyrokiem Izby sygn. akt KIO 10/17 zamawiający unieważnił swoje poprzednie czynności i ponownie wezwał odwołującego SmallGis do wyjaśnień.

W piśmie z dnia 1.02.2017 r. zamawiający w odniesieniu do Zał. nr 6 - parametry techniczne dostarczanego sprzętu, pkt. 3.1.5 ppkt zasilanie awaryjne model: PR750ELCD zażądał wskazania:

- czy oferowany model PR750ELCD UPS posiada oprogramowanie zarządzające, umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem (UPS-em) oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego
- czy oferowany UPS posiada obudowę z możliwością zamocowania (UPS wraz z dodatkowym modułem bateryjnym) w szafie RACK 19" max 4U.

Powyższe wymagania dotyczące przedmiotowego UPS-u są podane w SOPZ pkt 3.1.5 Rozbudowa wewnętrznej sieci LAN Ethernet w tabeli VI Zasilanie awaryjne na potrzeby podtrzymania napięcia serwerów i urządzeń sieciowych.

Dodatkowo w związku z wyjaśnieniami złożonymi w dniu 1.12.2017r. zamawiający wymagał wyjaśnienia proponowanego rozwiązania (kaskadowe) pracy UPS-a oraz opisu i schematu elektrycznego przedmiotowego rozwiązania.

Odwołujący odpowiedział na wezwanie w dniu 3 lutego 2017 r. - przesłał wyjaśnienia, jak niżej.

Ad. pkt. 1 lit a) wezwania: Niniejszym potwierdzamy, że zaoferowany model UPS PR750ELCD posiada oprogramowanie zarządzające, umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem (UPS-em) oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego. Zarządzanie odbywa się za pomocą oprogramowania PowerPanel® Business Edition załączonego do UPS.

Ad. pkt. 1 lit b) wezwania: Niniejszym potwierdzamy, że zgodnie z wymaganiem Zamawiającego wskazanym w załączniku nr 5 do SIWZ-OPZ, rozdz. VI. Zasilanie awaryjne na potrzeby podtrzymania napięcia serwerów i urządzeń sieciowych pozycja 13 w tabeli, zaoferowany model UPS posiada obudowę z możliwością zamocowania w szafie Rack 19", z wykorzystaniem przestrzeni 4U.

Jednocześnie wyjaśniamy, że w szafie Rack 19" max. 4U można zamocować UPS wraz z dodatkowymi modułami bateryjnymi. Wykonawca zwraca uwagę, że Zamawiający

sformułował swoje pytanie sposób, który sugerowałby, że zarówno UPS jak i moduł bateryjny znajdują się w jednej obudowie, co nie było w żaden sposób wymagane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. W przypadku zaoferowanego rozwiązania UPS oraz dodatkowy moduł bateryjny są urządzeniami w osobnych obudowach, co nie zmienia jednak faktu że w dalszym ciągu jest możliwy ich montaż w szafie Rack 19" max 4U. W związku z wyjaśnieniami złożonymi w dniu 1.11.2016 r., Wykonawca dodatkowo wyjaśnia, iż zaoferowane rozwiązanie kaskadowe polega na podłączeniu dwóch UPS-ów: jeden za drugim (szeregowo). Poniższy schemat przedstawia sposób połączenia: UPS 2 (moduł bateryjny) zasilany jest bezpośrednio z sieci elektrycznej, natomiast UPS 1, który jest podstawowym wymaganym zasilaniem awaryjnym, podłączony jest do UPS 2. Odwołujący SmallGIS przedstawił schemat proponowanego rozwiązania.

Stwierdził, że takie rozwiązania są często stosowane przez wykonawców. Również producent takie rozwiązanie uważa za prawidłowe i dopuszczalne. W celu potwierdzenia tego faktu, załączył oświadczenie producenta firmy Cyberpower.

Wykonawca zwracał również uwagę, że wyjaśnienia (opis zastosowanego rozwiązania kaskadowego, schematy itp.) jakich obecnie żąda zamawiający, wychodzą daleko poza wymagania SIWZ.

Załączniki do wyjaśnień:

1. Informacja z 25.01.2017 - D. G. z firmy Cyberpower dotycząca kaskadowego podłączenia, że jest to możliwe;
2. Informacja z 25.01.2017 - D. G. z firmy Cyberpower dotycząca możliwości montażu UPS PR750ELCD w szafie Rack 19" przy zastosowaniu półki Rack;
3. Informacja z 25.01.2017 - D. G. z firmy Cyberpower, że UPS PR750ELCD posiada oprogramowanie zarządzające umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem UPS oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego.
4. Informacja z 25.01.2017 - D. G. z firmy Cyberpower dotycząca możliwości montażu UPS PR750ELCD w szafie Rack 19" przy zastosowaniu półki Rack; UPS wraz z modułem bateryjnym, jako drugi UPS PR750ELCD.

W aktach postępowania przetargowego znajdują się informacje:

1. z dnia 22.01.2017 - D. G. z firmy Cyberpower Systems Inc., przedłożona przez konsorcjum Pentacomp, że *„Do UPS PR750ELCD nie można dołączyć dodatkowych modułów bateryjnych.”*

UPS PR750ELCD nie spełnia wymagania SIWZ w zakresie możliwości rozbudowy.

2. GeoTechnologies Sp. z o.o., że zaofertowany model zasilacza awaryjnego UPS PR750ELCD nie posiada możliwości podłączenia dotychczasowych modułów bateryjnych, co udokumentował oświadczeniami dostawców tego sprzętu.

Konsorcjum: 1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider); 2) R. S. prowadzący działalność gospodarzą pod firmą GIS-LOGIC R. S.; 3) GAXAM A. B., R. S. sp. jawna.

Wykonawca nie podał modelu/symbolu monitora w załączniku nr 6 do oferty - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług. Zarówno w kolumnie Model/symbol jak i Producent podał tylko nazwę „Lenovo” (nazwę producenta sprzętu).

Wykonawca nie podał nazwy oferowanego oprogramowania biurowego typ I w załączniku nr 6 do oferty - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług pozostawiając puste pole.

Zamawiający wzywał odwołującego konsorcjum Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. pismem z dnia 28.11.2016 r. o wyjaśnienie w odniesieniu do załącznika 6:

1. W zakresie monitora, gdzie nie podano modelu /symbolu wpisano nazwę producenta Lenovo/, co uniemożliwia sprawdzenie parametrów sprzętu.
4. W zakresie procesora - wykonawca nie dołączył do oferty testu PassMark oferowanego modelu procesora pkt II. Serwer typ I PY RX2530M2 10x2,5

W odpowiedzi z dnia 1.12.2016 r. konsorcjum Pentacomp uzupełniło zał. 6 i podało model monitora - Lenovo ThinkVision LT2934z. Wykonawca wskazał adres strony internetowej z wynikami testu oferowanego (podanego w ofercie) modelu procesora.

Zamawiający wzywał odwołującego konsorcjum Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. pismem z dnia 8.12.2016 r. o wyjaśnienie w odniesieniu do załącznika 6 - pkt 2 wezwania: dotyczący oprogramowania biurowego Typ I.

W odpowiedzi z dnia 12.12.2016 r. konsorcjum Pentacomp poinformowało, że nazwa oferowanego oprogramowania typ I - to Microsoft 2016 wersja standard, sposób licencjonowania dożywotnio.

Dnia 14.12.2016 r. zamawiający powiadomił o poprawieniu oferty odwołującego konsorcjum Pentacomp.

Wykonawca SPRINT S.A. nie podał w dokumentach oferty modelu i oznaczeń symbolu i producenta procesora dla serwera typ I ani nie podał wyników testu PassMark.

Zamawiający wzywał odwołującego Sprint S.A. do złożenia wyjaśnień:

Pismem z dnia 28.11.2016 r., między innymi do uzupełnienia wyników testu PassMark dla serwera typ I model: X 3550 producent Lenovo.

W odpowiedzi z dnia 29.11.2016 r. Sprint S.A. załączył wyniki testu (serwer typ I model: X 3550 producent Lenovo), dla procesora Intel Xeon E5-2620v4 @ 2.10Ghz, którego nazwa nie figurowała w ofercie.

Odwołujący przyznał, że wcześniej w żadnym dokumencie oferty nie podał, że taki model procesora zastosuje w oferowanym serwerze.

Dnia 06.02.2017 r. zamawiający wzywał do wyjaśnień dotyczących zał. 6 oprogramowania systemowego typ I poz.3.1.3 i 3.1.4 zał. 5. W ofercie brak opisów.

W odpowiedzi z dnia 09.02.2017 r. Sprint S.A. załączył opis oprogramowania systemowego typ I.

Dnia 14.02.2017 r. zamawiający wzywał do wyjaśnień dotyczących zał. 6 poz. 3.1.2 zał. 5 komputer stacjonarny w odniesieniu do parametrów.

Pismem z dnia 14.02.2017 r. Sprint S.A. podał parametry komputera.

Pismem z dnia 22 lutego 2017 r. zamawiający zawiadomił, że odrzucił oferty wszystkich wykonawców. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie.

W odniesieniu do oferty SmallGIS Sp. z o.o., ul. Wadowicka 8A, 30-415 Kraków,

„W związku z uwzględnieniem w dniu 16.01.2017 r. odwołania wniesionego przez Wykonawcę - firmę SmallGIS Sp. z o. o. z Krakowa i wydaniem wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygnatura akt KIO 10/17), nakazującego unieważnienie czynności wyboru oferty i ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, Zamawiający - Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. w Nowej Soli unieważnił czynność wyboru oferty i przeprowadził ponowne czynności badania i oceny ofert, w tym oferty wykonawcy.

Po przeprowadzeniu badania oferty Wykonawcy, Zamawiający stwierdza, że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, że tej niezgodności nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz informuje, że odrzuca jego ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Uzasadnienie faktyczne

1. Zamawiający w SOPZ - Załącznik nr 5 do SIWZ, zawarł następujące wymogi dla zasilacza awaryjnego (UPS-a) i wymagał, by dostarczony UPS (szt. 1) posiadał m.in.:

- a) możliwość dołączania dodatkowych modułów bateryjnych;*
- b) oprogramowanie zarządzające umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego;*
- c) możliwość zamocowania w szafie RACK 19", max 4U;*

a także, by Wykonawca zaoferował dodatkowy moduł bateryjny (szt. 1).

Wykonawca w ofercie zaoferował dostawę zasilacza awaryjnego (UPS) typ PR750ELCD, który nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż nie posiada możliwości dołączania dodatkowego modułu bateryjnego.

Z udzielonych wyjaśnień Wykonawcy z dnia 01.12.2016 r. wynika, że oferuje on:

1. UPS typ PR750ELCD.

Jest to urządzenie wolnostojące z obudową typu TOWER bez możliwości zamocowania w szafie RACK 19" bez dodatkowej półki, które nie ma możliwości dołączania dodatkowego modułu bateryjnego - UPS niezgodny z wymaganiami Zamawiającego.

2. Dodatkowo drugi taki sam UPS typ PR750ELCD, który nazywa „dodatkowym modułem bateryjnym”.

Jest to urządzenie wolnostojące z obudową typu TOWER bez możliwości zamocowania w szafie RACK 19" bez dodatkowej półki, które nie ma możliwości dołączania dodatkowego modułu bateryjnego - drugi UPS niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, którego Zamawiający nie wymagał.

3. Dodatkową baterię zapasową, którą Wykonawca nazwał „dodatkowy moduł bateryjny”. Zamawiający w SIWZ nie wymagał „dodatkowej baterii”.

Ponadto z udzielonych wyjaśnień Wykonawcy z dnia 03.02.2017 r. wynika, że proponuje on podłączenie 2 szt. UPS szeregowo, co też jest niezgodne z wymaganiami SIWZ. Zamawiający wymagał 1 szt. UPS-a i - dodatkowy moduł bateryjny, a nie 2 połączonych kaskadowo (szeregowo) UPS-ów. Opisane kaskadowe połączenie powoduje także utratę funkcjonalności umożliwiającej monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz zamykanie systemu operacyjnego.

Z uwagi na powyższe Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności poprzez zaoferowanie w ofercie w Załączniku nr 6 „Parametry- techniczne dostarczonego sprzętu i usług” zasilania awaryjnego (UPS-a), który nie spełnia wymogów SIWZ wskazanych w Załączniku nr 5 do SIWZ.

Uzasadnienie prawne. Zgodnie z zapisami art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3:”

W odniesieniu do oferty konsorcjum firm: 1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider), 2) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GIS-LOGIC R. S., 3) GAXAM A. B., R. S. sp. jawna.

Zamawiający napisał: „W związku z uwzględnieniem w dniu 16.01.2017 r. odwołania wniesionego przez Wykonawcę - firmę SmallGIS Sp. z o. o. z Krakowa i wydaniem wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygnatura akt KIO 10/17), nakazującego unieważnienie czynności wyboru oferty i ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, Zamawiający - Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. w Nowej Soli zawiadamia, że w postępowaniu o udzielenie ww. zamówienia unieważnia czynność poprawy oferty Wykonawcy, o której mowa w pismach znak PR/MB/ZP/2/2016/41/16 z dnia 05.12.2016 r. oraz PR/MB/ZP/2/2016/46/16 z dnia 14.12.2016 r. ponieważ opisane w tych pismach niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia nie mogą być poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Zamawiający informuje, że oferta złożona przez konsorcjum firm, którego liderem jest firma Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą przy AL. Jerozolimskich 179 w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na ww. usługę została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp ponieważ treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne.

1. Wykonawca nie podał modelu/symbolu monitora w załączniku do oferty - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług. Zarówno w kolumnie Model/symbol jak i Producent podał tylko nazwę „Lenovo” (nazwę producenta sprzętu).

Z uwagi na to, że Wykonawca nie podał modelu/symbolu monitora Zamawiający nie ma możliwości stwierdzenia jaki model monitora oferuje Wykonawca i zbadania, czy oferowany model monitora spełnia wymogi SIWZ. Także nie może tego stwierdzić na podstawie innych informacji wynikających z treści oferty. Powyższe braki stanowią niezgodność oferty z SIWZ.

Z uwagi na powyższe Zamawiający odrzuca ofertę, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie można jej poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

2. Wykonawca nie podał nazwy oferowanego oprogramowania biurowego typ I w załączniku do oferty - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług pozostawiając puste pole.

Z uwagi na to, że Wykonawca nie podał nazwy oferowanego oprogramowania biurowego typ I Zamawiający nie ma możliwości stwierdzenia, czy oferowane oprogramowania spełnia wymagania SIWZ. Także nie może tego stwierdzić na podstawie innych informacji

wynikających z treści oferty. Z uwagi na powyższe Zamawiający odrzuca ofertę, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie można jej poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uzasadnienie prawne. Zgodnie z zapisami art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.”

W odniesieniu do oferty Sprint S.A., ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk,

Zamawiający napisał: „W związku z uwzględnieniem w dniu 16.01.2017 r. odwołania wniesionego przez Wykonawcę - firmę SmallGIS Sp. z o. o. z Krakowa i wydaniem wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygnatura akt KIO 10/17), nakazującego unieważnienie czynności wyboru oferty i ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, Zamawiający zawiadamia, że w wyniku przeprowadzonych ponownie czynności badania i oceny ofert odrzuca na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ofertę Wykonawcy - firmy Sprint S. A. z Gdańska, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca nie załączył do oferty wyniku testu PassMark oraz nie podał modelu procesora dla serwera typ I, co było wymagane w Załączniku nr 5 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, w rozdziale 3.1.5 Rozbudowa wewnętrznej sieci Lan-Ethernet, w tabeli II. Wymagania w zakresie sprzętu serwerowego - serwer typ I w poz. Procesor.

Zamawiający w piśmie znak PR/MB/ZP/2/20 i 6/3 8/16 z dnia 28.11.2016 r. stwierdził brak wymaganego testu PassMark i na podstawie art. 87 ust. 1 wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi Wykonawca w piśmie z dnia 29.11.2016 r. zawarł przedmiotowy test oraz wskazał model procesora.

Z uwagi na to, że Wykonawca nie podał w ofercie nazwy procesora, Zamawiający nie ma możliwości stwierdzenia, czy oferowany serwer spełnia wymagania SIWZ. Także na podstawie innych informacji zawartych w treści oferty Wykonawcy nie można stwierdzić jaki model procesora został zaoferowany i zbadać, czy oferowany model serwera spełnia warunki SIWZ odnośnie wydajności. Zamawiający nie może na podstawie nazwy serwera stwierdzić jaki został zaoferowany procesor, gdyż serwer ten oferowany jest z różnymi procesorami- także takimi, które nie spełniają wymagań wydajności stawianych przez Zamawiającego.

Z uwagi na to, że Wykonawca nie podał w ofercie wymaganego symbolu procesora, nie może tego dokonać po złożeniu oferty i uzupełnić go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe braki stanowią niezgodność oferty z SIWZ.

Z uwagi na powyższe Zamawiający odrzuca ofertę, ponieważ treść oferty nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, i nie można jej poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uzasadnienie prawne. Zgodnie z zapisami art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3:”

Pismem z dnia 22 lutego 2017 r. zamawiający zawiadomił, że unieważnił postępowanie, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Podstawa prawna art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.”

W wyroku z dnia 16 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 10/17 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty wykonawcy GeoTechnologies Sp. z o.o. z powodu zbliżonych braków i wad, jakie zamawiający stwierdził w ofertach odwołujących.

Do odpowiedzi na odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO 399/17 zamawiający załączył wnioskowane dowody, o których dopuszczenie wnosił:

1. Załącznik (4a i 4b) - stanowi odpowiedzi na pytanie dot. modelu zasilacza awaryjnego PR750ELCD kierowane do firmy producenta Cyberpower, czy możliwe jest dodanie dodatkowego modułu baterijnego dla tego modelu. Bezpośredni producent w Stanach Zjednoczonych udzielił odpowiedzi z dnia 18 stycznia 2017 r - „(...)To nie jest możliwe(...)”; takiej samej odpowiedzi udzielił w dniu 19 stycznia 2017r. przedstawiciel producenta w Polsce p. D. G., stwierdzając, że: „Niestety nie da się go rozszerzyć o dodatkowe moduły bateryjne. Jeżeli potrzebuje Pani UPSa z możliwością rozbudowy bateryjnej należy wybrać model serii Proffesjonal Rackmount”.

Wymienione dowody potwierdzają okoliczności stwierdzone innymi dowodami i przyznane przez odwołującego, że zaoferowany model zasilacza awaryjnego PR750ELCD nie ma możliwości rozbudowy poprzez dodanie dodatkowego modułu baterijnego i z tego względu udowadniał rozwiązanie zastępcze składające się z dwóch takich samych urządzeń UPS.

2. Załącznik (5) stanowi wizualizację zasilaczy zaoferowanych przez innych wykonawców w tym przetargu, przystosowanych do montażu w szafie Rack; oraz wizualizację UPS PR750ELCD zaoferowanego przez odwołującego SmallGIS w obudowie wolnostojącej Tower - dowód Izba dopuściła w zakresie dotyczącym braku przystosowania UPS PR750ELCD do montażu w szafie Rack.

3. Załącznik (6) stanowi opinię rzeczoznawcy P. B. wykonaną na zlecenie zamawiającego, że zasilacz awaryjny PR750ELCD nie spełnia wymagań SIWZ; zgłaszany dowód Izba potraktowała jako stanowisko strony, tj. zamawiającego.
4. Dalsze załączniki wykazane pod nr 7 stanowią wizualizacje szaf typu RACK i opis ich zastosowań; dowód Izba dopuściła w zakresie zarzutu dotyczącego braku przystosowania UPS PR750ELCD do montażu w szafie Rack - wskazujące na systemowe rozwiązania montażu urządzeń teleinformatycznych w tych szafach.
5. Wydruki ze stron internetowych przedstawione w załączniku nr 8 mające obrazować, że wymagany zewnętrzny moduł bateryjny jest elementem, który może być montowany do zasilacza a nie zasilaczem; dowód Izba dopuściła w zakresie dotyczącym przedstawienia w wyjaśnieniach przez SmallGIS Sp. z o.o. zaoferowania innego rozwiązania niż opisane w SOPZ, bez wykazania jego równoważności w ofercie.

Odwołujący SmallGIS wnioskował o przeprowadzenie dowodów:

1. Dowód nr 1 - stanowiący pismo z 6.03.2017r. do pana D. G. przedstawiciela handlowego w Polsce CYBERPOWER SYSTEMS BV w Holandii, przedstawiciela producenta z USA w sprawie zarzutów postawionych ofercie SmallGIS wraz ze stanowiskiem pana D. G., dołączono również wizualizację różnych modeli modułów bateryjnych, że moduły bateryjne występują w różnych formach w różnych nazwach. Dwa ostatnie wydruki ze strony internetowej załączone do dowodu nr 1 według odwołującego - mają udowadniać możliwość montażu zaoferowanego zasilacza awaryjnego w szafie RACK, nawet jako urządzeń w obudowie wolnostojącej Tower.
2. Dowód nr 2 - stanowiący następną pismo z 9.03.2017r. do pana D. G. przedstawiciela handlowego CYBERPOWER SYSTEMS BV w Holandii, przedstawiciela producenta z USA w sprawie zarzutów postawionych ofercie SmallGIS wraz ze stanowiskiem pana D. G., dot. sposobu komunikacji i zarządzania UPS'ami w modelu kaskadowym wraz z odpowiedzią w tej sprawie pana D. G. .

Wymienione wyżej dowody Izba dopuściła w zakresie dotyczącym przedstawienia w wyjaśnieniach przez SmallGIS Sp. z o.o. zaoferowania innego rozwiązania niż opisane w SOPZ, bez wykazania jego równoważności w ofercie.

Odwołujący Sprint S.A. wnioskował o przeprowadzenie dowodu na okoliczność, że do serwera Lenovo x3550, który zaoferował w ofercie, m.in. stosowany jest procesor Intel Xeon Procesor E5-2620 v4 8C 2.12 GHz 20 MB Cache 2133 MHz 85W, który spełnia wymogi zamawiającego wskazane w SIWZ i oznaczony został pod tym symbolem w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu. Wymieniony dowód potwierdza, że do zaoferowanego w ofercie

serwera typ I, jako jeden z wielu procesorów może być zastosowany taki, który został wskazany przez odwołującego nie wprost w ofercie, a w późniejszych wyjaśnieniach.

Izba zważyła, co następuje.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 6 października 2016 r., w związku z tym do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Co do zasady wynikającej z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający jest uprawniony do żądania przed udzieleniem zamówienia od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc potwierdzających:

- 1) spełnienie warunków udziału,
- 2) przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

- takich, które uprzednio podał w SIWZ.

W odniesieniu do dokumentów podmiotowych, a więc potwierdzających spełnienie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia - z mocy art. 26f ustawy Pzp, jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich, lub niektórych dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania i spełniają warunki udziału. W zakresie dokumentów przedmiotowych, potwierdzających przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, ustawodawca takiego wyjątku nie ustanowił.

Z punktu widzenia przytaczanych regulacji ustawy Pzp, zbędne było żądanie wraz z ofertą szeregu dokumentów, i to od wszystkich wykonawców, a także wyjaśnień, gdyż ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (...) zakłada zmniejszenie obciążeń administracyjnych oraz uproszczenie procedur przetargowych i odciążenie zarówno zamawiających, jak i wykonawców w zakresie obowiązków udokumentowania okoliczności, o których stanowi art. 25 ust. 1 ustawy Pzp - ograniczenie ich do sklasyfikowanego na pierwszej pozycji wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Oznacza to, że zamawiający weryfikuje ofertę tego wykonawcy, która według ustalonych kryteriów jest najkorzystniejsza. Jeżeli dana oferta zostanie ostatecznie odrzucona, zamawiający weryfikuje ofertę następną w kolejności. W danym postępowaniu

zamawiający nie uwzględnił zmian proceduralnych wprowadzonych do ustawy Pzp nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r., dokonał - bez potrzeby - jednoczesnej weryfikacji wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, czego efektem było krzyżowe podnoszenie zarzutów wobec konkurentów - już w przebiegu postępowania przetargowego, a także poprzez zgłaszane przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego, aby ustalić wynik postępowania z wzajemnym wyeliminowaniem konkurentów.

Odstępstwa od ustalonego w ustawie Pzp, aktualnie obowiązującego sposobu procedowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - nie były przedmiotem zaskarżenia przez konsorcjum Pentacomp oraz wykonawcę Sprint S.A., że nie zajmują oni aktualnie pierwszej pozycji według kryteriów, zatem dokonana weryfikacja ich ofert, ocena oraz odrzucenie ofert - są przedwczesne. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wobec powyższego Izba nie mogła z urzędu wziąć pod uwagę ewentualnej przedwczesności odrzucenia ofert odwołujących: konsorcjum Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider), sygn. akt: KIO 438/17 oraz wykonawcy: Sprint S.A. sygn. akt: KIO 439/17, aktualnie zajmujących drugą i trzecią pozycję w ustalonej klasyfikacji, których oferty na danym etapie postępowania nie powinny podlegać weryfikacji. Sprawdzanie ofert w oparciu o żądane dokumenty - zajmujących dalsze pozycje niż aktualnie wytypowana oferta jako najkorzystniejsza - stanowi działanie bezproduktywne i nie znajdujące umocowania w postanowieniach ustawy Pzp, gdyż nie prowadzi bezpośrednio do wyboru tych ofert do realizacji zamówienia. Z tych względów ustawodawca zrezygnował z uprzedniego wymogu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp jednoczesnego powiadamiania wykonawców np. o odrzuceniu ofert. Czynności w postępowaniu i zawiadamianie o nich winny odbywać się według wskazań ustawy Pzp, ale stosownie do potrzeby danego etapu postępowania.

Konsekwencją powyższego działania zamawiającego, była konieczność potwierdzenia legitymacji odwołujących do wniesienia odwołań w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywali oni, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności odrzucenia ich ofert - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - zostali pozbawieni potencjalnej możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co również potencjalnie mogło prowadzić do poniesienia szkody przez odwołujących wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie.

W zakresie przygotowania postępowania ustawa Prawo zamówień publicznych w aktualnym brzmieniu zawiera, między innymi następujące regulacje.

Art. 30 ust. 1. Ustawy Pzp stanowi, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w jeden z następujących sposobów, z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych:

- 1) przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia,
- 2) przez odniesienie się w kolejności preferencji do odnośnych norm. (...)

Ust. 9. W przypadku zamówień na dostawy (...) zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy produktu, w szczególności: (...)

2) może wymagać:

a) posiadania przez dostawcę (...) cech, o których mowa w ust. 8 pkt 2

lit. a - określonych poziomów oddziaływania na środowisko i klimat,

lit. b - certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności,

lit. d - określonej terminologii, symboli, testów i metod testowania,

lit. e - określonego opakowania i oznakowania,

lit. f - instrukcji użytkownika,

b) określonych poziomów jakości,

c) określonej wydajności, przeznaczenia produktu, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym wymagań odnoszących się do produktu w zakresie nazwy pod jaką produkt jest sprzedawany.

Z kolei przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

2) spełnianie przez oferowane dostawy (...) wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...).

Przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp postanawia, że zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 8 ust. 11, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym na udokumentowanie przez oferowane dostawy wymagań przedmiotowych.

Zamawiający żądał, aby wykonawcy w swoich ofertach według Załącznika nr 6 do SIWZ - „Dane dotyczące dostawy urządzeń i oprogramowania” - wyszczególnili oferowane elementy przedmiotu dostawy z podaniem ich nazw i modelu/symbolu oraz producenta. Dla

każdej pozycji dopisywanej przez wykonawcę, był on zobowiązany wpisać konkretną nazwę, modelu/symbolu oraz producenta oferowanego produktu.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego poszczególnych odwołań Izba podjęła następujące rozstrzygnięcia.

Sygn. akt: KIO 399/17 odwołanie wykonawcy SmallGIS Sp. z o.o.

Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentu lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy lub „równoważne.”

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z określeniem konkretnych parametrów, zobowiązany był więc dopuścić produkty równoważne. W powyższym znaczeniu Izba uznała wymagania zamawiającego podane w Modyfikacji SIWZ nr 8 pkt 3.5 pod tabelą VI. „Zasilanie awaryjne dodaje się następujący zapis: „Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje dostawę, montaż wraz z uruchomieniem urządzenia - zasilanie awaryjne o parametrach nie gorszych niż określone w SIWZ. W ofercie wymagane jest podanie modelu/ symbolu oraz nazwy producenta” - za wyraz spełnienia wymagań art. 29 ust. 3 Pzp i dopuszczenie wyrobów równoważnych.

Przepis art. 89 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający nie może odrzucić oferty niezgodnej z normami, europejskimi ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi (...), jeżeli wykonawca udowodni w ofercie w szczególności za pomocą środków, o których mowa w art. 30b ust. 1 ustawy Pzp, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Ad. Zarzut 1 naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie przejawiające się w odrzuceniu oferty odwołującego w sytuacji, gdy spełniała ona warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiadała w pełni treści SIWZ oraz spełniała wymagania postawione przez zamawiającego, tj. zaoferowany UPS:

- a. posiada możliwość dołączenia dodatkowych modułów bateryjnych np. w postaci drugiego UPS (połączenie kaskadowe);
- b. jest możliwy do zamocowania w szafie RACK 19” za pomocą półki;
- c. posiada oprogramowanie zarządzające umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz bezpieczne zamykanie systemu, a połączenie kaskadowe nie ma wpływu na utratę tych funkcjonalności;

d. zaoferowano dodatkowy moduł bateryjny.

W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia SOPZ - Załącznik nr 5 do SIWZ, zamawiający zawarł następujące wymogi dla zasilacza awaryjnego (UPS-a)

VI. Zasilanie awaryjne na potrzeby podtrzymania napięcia serwerów i urządzeń sieciowych

Nazwa; Opis

Moc pozorna - Min. 650 VA

Moc skuteczna - Min. 600 W

Topologia - Line-interactive

Kształt napięcia wyjściowego - Sinusoidalny (pełna sinusoida)

Gniazda wyjściowe - Min. 3 x IEC

Interfejs komunikacyjny - USB

Sygnalizacja pracy - Wyświetlacz LCD

Możliwość dołączenia dodatkowych modułów bateryjnych - TAK

Dodatkowy moduł bateryjny - TAK -1 szt

Możliwość wymiany baterii przez użytkownika (UPS) - TAK

Możliwość wymiany baterii przez użytkownika (dodatkowy moduł bateryjny) -TAK

Oprogramowanie zarządzające-TAK umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego.

Obudowa - Możliwość zamocowania w szafie RACK 19", max 4U

Z powyższego wynika, że zamawiający wymagał, by dostarczone UPSy posiadały:

- a) możliwość dołączania dodatkowych modułów bateryjnych;
 - b) oprogramowanie zarządzające umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego;
 - c) możliwość zamocowania w szafie RACK 19", max 4U;
- a także, by wykonawca zaoferował dodatkowy moduł bateryjny (szt. 1).

W Załączniku nr 6 pn. „Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług” odwołujący SmallGIS Sp. z o.o. zaoferował w poz. 6: Zasilanie awaryjne (model/symbol) - PR 750ELCD; producent: Cyberpower. Niewątpliwie odwołujący powinien wiedzieć, że nie oferuje zestawu zasilacza awaryjnego UPS z możliwością dołączania dodatkowych typowych zewnętrznych modułów bateryjnych, gdyż wskazany model - PR 750ELCD nie umożliwia takiego rozszerzenia, co potwierdzają wszystkie dowody, przedstawione zarówno przez odwołującego, jak i zamawiającego oraz przez innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Mimo powyższej sytuacji, odwołujący nie udowodnił w ofercie, że oferuje dany model zasilacza awaryjnego, jako rozwiązanie równoważne. Nie opisał spełnienia warunków

równoważności - we wszystkich aspektach tej części opisu przedmiotu zamówienia. Nie przedstawił również żadnych dowodów na takie okoliczności, o których stanowi art. 30b ust. 1 ustawy Pzp, że jako środek dowodowy potwierdzający zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia mogą służyć certyfikaty wydawane przez jednostki uprawnione.

Prowadząc postępowanie, w dniu 28 listopada 2016r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień, czy zaoferowany model UPS posiada możliwość rozbudowy o dodatkowy moduł bateryjny. W odpowiedzi na wezwanie w dniu 1 grudnia 2016 r. odwołujący wskazał, że zaoferowany model posiada taką możliwość oraz że stosowny moduł został zaoferowany zgodnie z wymogami SIWZ. Odwołujący wyjaśnił również, że rozbudowa odbywa się poprzez podłączenie dodatkowego modułu bateryjnego UPS PR750ELCD (tzw. praca kaskadowa). Wskazał również, że zaoferowane zostały dodatkowe baterie zapasowe, chociaż takie rozwiązanie nie wynikało z treści samej oferty.

W trakcie ponownego badania ofert, w piśmie z dnia 1 lutego 2017 r. zamawiający wymagał wskazania:

- czy oferowany UPS posiada oprogramowanie zarządzające, umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem (UPS-em) oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego
- czy oferowany UPS posiada obudowę z możliwością zamocowania (UPS wraz z dodatkowym modułem bateryjnym) w szafie RACK 19”,

oraz dodatkowo w związku z wyjaśnieniami złożonymi w dniu 1 grudnia 2017 r. prosił o wyjaśnienie proponowanego rozwiązania (kaskadowe) pracy UPS-a oraz o opis i schemat elektryczny przedmiotowego rozwiązania.

Odwołujący dodatkowo wyjaśnił, iż zaoferowane rozwiązanie kaskadowe polega na podłączeniu dwóch UPS-ów: jeden za drugim (szeregowo). Przedstawił sposób połączenia: UPS 2 (moduł bateryjny) zasilany jest bezpośrednio z sieci elektrycznej, natomiast UPS 1, który jest podstawowym wymaganym zasilaniem awaryjnym, podłączony jest do UPS 2. Odwołujący SmallGIS przedstawił schemat proponowanego rozwiązania. Stwierdził, że takie rozwiązania są często stosowane przez wykonawców. Również producent takie rozwiązanie uważa za prawidłowe i dopuszczalne. W celu potwierdzenia tego faktu, załączył oświadczenia przedstawiciela producenta firmy Cyberpower w Polsce p. D. G. . Jako załączniki do wyjaśnień odwołujący przedstawił informacje ww. osoby:

- 1) dotyczące kaskadowego podłączenia;
- 2) w sprawie oprogramowania zarządzającego;
- 3) dotyczące umieszczenia w szafie Rack UPS wraz z modułem bateryjnym.

Izba uwzględniła znajdujące się w aktach postępowania przetargowego wyjaśnienie tego samego przedstawiciela producenta p. D. G.- z firmy Cyberpower Systems Inc., przedłożone przez konsorcjum Pentacomp, że urządzenie UPS PR750ELCD nie spełnia wymagania SIWZ w zakresie możliwości rozbudowy - „Do UPS PR750ELCD nie można dołączyć dodatkowych modułów bateryjnych” oraz dalsze potwierdzające to dowody przedstawione przez zamawiającego na rozprawie, pochodzące bezpośrednio od producenta, a omówione wyżej.

Zdaniem Izby wyjaśnienia złożone przez odwołującego, w sposób jednoznaczny potwierdzają, że zaoferowany zasilacz awaryjny (model/symbol) - PR 750ELCD; producent: Cyberpower, nie spełniał podanych wymagań, gdyż do urządzenia UPS PR750ELCD nie można dołączyć dodatkowych zewnętrznych modułów bateryjnych.

Odwołujący zastosował zupełnie odmienny sposób rozwiązania kaskadowego, polegającego na podłączeniu dwóch UPS-ów: jeden za drugim (szeregowo), z których UPS 2 (moduł bateryjny) zasilany jest bezpośrednio z sieci elektrycznej, natomiast UPS 1, który jest podstawowym wymaganym zasilaniem awaryjnym, podłączony jest do UPS 2.

Opis przedmiotu zamówienia zawiera wskazanie, że: „Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje dostawę, montaż wraz z uruchomieniem urządzenia typu UTM o parametrach nie gorszych niż określonych w SIWZ. W ofercie wymagane jest podanie modelu, symbolu oraz producenta” - z czego odwołujący wywodził, że mógł zaoferować inne rozwiązanie zasilacza awaryjnego, w jego własnej ocenie lepszego, niż wprost wymagany w SIWZ. Jednakże nie można mieć wątpliwości, że tego rodzaju stwierdzenie upoważniało jedynie do przyjęcia, iż chodziło w tym przypadku o równoważność w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący nawet nie powołał się, w ofercie, że w omawianym zakresie oferuje rozwiązanie równoważne opisanemu w SIWZ i w samej ofercie nie wykazał wbrew wymogom art. 30 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 4 tej ustawy, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego na zasadach równoważności.

Brak było jakichkolwiek podstaw, aby ofertę odwołującego traktować i rozpatrywać jako równoważną, gdyż wówczas obowiązkiem wykonawcy byłoby jednoznaczne podanie w ofercie, że dany (oznaczony) wyrób - zasilacz awaryjny UPS PR750ELCD wraz bliźniaczym urządzeniem UPS PR750ELCD - rozumianym jako dodatkowy moduł bateryjny - oferuje na zasadach równoważności i wykazanie tej równoważności zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, albowiem wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy (...) spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Odwołujący dopiero po fakcie ujawnienia, że jego oferta nie w pełni spełnia wymagania SIWZ, usiłował przekonać zamawiającego, że rozwiązanie kaskadowe dwóch UPS-ów połączonych szeregowo - jest równoważne zapotrzebowanemu w SIWZ, a nawet że jest lepsze.

Nie jest rzeczą wykonawcy modyfikowanie przedmiotu zamówienia, i jego ulepszanie. Procedura zamówień publicznych przewiduje dwie opcje.

Jedna, to zaoferowanie oferty w pełni zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia.

Druga, to zaoferowanie rozwiązania równoważnego, jeżeli zamawiający taką możliwość dopuścił, z obowiązkiem wykazania wprost w ofercie spełnienia warunków równoważności.

Nie miały żadnego znaczenia przedłożone przez odwołującego dowody, w postaci oświadczeń przedstawiciela producenta - firmy Cyberpower dotyczące kaskadowego podłączenia zasilacza awaryjnego UPS PR750ELCD; możliwości montażu w szafie Rack przy pomocy dodatkowej półki; w sprawie oprogramowania zarządzającego; gdyż istotą odrzucenia oferty odwołującego SmallGIS Sp. z o.o., w ocenie Izby nawet nie musiały być zagadnienia pochodne - możliwości montażowych w szafie Rack dwóch UPS-ów połączonych szeregowo, czy konieczność stosowania dodatkowych półek, sposobu działania oprogramowania - chociaż i to wskazał zamawiający, lecz zasadnicza odmiennosc - zaoferowanego rozwiązania niezgodna z wymaganiami SIWZ, ujawniona na etapie badania oferty, co do której w ofercie nie wykazano równoważności.

Informacja z dnia 22.01.2017 - D. G. przedstawiciela firmy Cyberpower Systems Inc., potwierdza że: „Do UPS PR750ELCD nie można dołączyć dodatkowych modułów bateryjnych.” Takiej samej treści informacje uzyskał zamawiający bezpośrednio od danego producenta.

Z tych względów odwołujący w swoich wyjaśnieniach powołał się na okoliczność, że rzekomo zaoferował rozwiązanie zastępcze- równoważne, chociaż treść jego oferty tego nie potwierdza. Informacje tej samej osoby D. G. z firmy Cyberpower dotyczące możliwości kaskadowego podłączenia i montażu 2 sztuk UPS PR750ELCD w szafie Rack 19” przy zastosowaniu dodatkowej półki Rack; z zapewnieniem, że urządzenie posiada oprogramowania zarządzające umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem UPS oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego - nie mogły zostać uwzględnione, jako nie potwierdzające treści zamieszczonych w samej ofercie odwołującego, spóźnione i niespójne.

W ocenie Izby w złożonym odwołaniu wykonawca SmallGIS Sp. z o.o. sam potwierdził niezgodność treści swojej oferty z treścią SIWZ, poprzez przyznanie, że zastosował zupełnie odmienny sposób rozwiązania zasilania awaryjnego - kaskadowego

polegającego na podłączeniu dwóch UPS-ów: jeden za drugim (szeregowo), z których UPS 2 (moduł bateryjny) zasilany jest bezpośrednio z sieci elektrycznej, natomiast UPS 1, który jest podstawowym wymaganym zasilaniem awaryjnym, podłączony jest do UPS 2, zamiast jednego wymaganego UPS-u wraz z dołączanym dodatkowym modułem bateryjnym.

Odwołujący próbując wybrnąć z kłopotliwej sytuacji ujawnienia niezgodności w jego ofercie - na pytanie zamawiającego przedstawił powyższą wersję, która w żaden sposób nie znalazła odzwierciedlenia w treści jego oferty.

Nie rozumiała była w tych okolicznościach irytacja odwołującego, że zamawiający dwukrotnie wykroczył poza uprawnienie wynikające z art. 87 ust. 1 Pzp, żądając wyjaśnień, które nie wynikały z zapisów SIWZ. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zdaniem Izby, zamawiający żądając wyjaśnień - nie wykroczył poza dyspozycję tej normy.

Niezgodność treści oferty odwołującego potwierdził również bezpośredni producent w Stanach Zjednoczonych, który udzielił odpowiedzi z dnia 18 stycznia 2017 r. na prośbę zamawiającego - o dostępność rozszerzenia zaoferowanego modelu o moduł bateryjny - „(...)To nie jest możliwe(...)”; takiej samej odpowiedzi udzielił w dniu 19 stycznia 2017r. przedstawiciel producenta w Polsce p. D. G., stwierdzając, że: *„Niestety nie da się go rozszerzyć o dodatkowe moduły bateryjne. Jeżeli potrzebuje Pani UPSa z możliwością rozbudowy bateryjnej należy wybrać model serii Proffesjonal Rackmount”*.

Izba podzieliła również stanowisko zamawiającego, że zaoferowany przez odwołującego model UPS PR750ELCD, jako wyposażony w obudowę typu Tower, jest urządzeniem wolno stojącym, nie przeznaczonym do montażu w szafie Rack 19,” nawet przy zastosowaniu dodatkowej półki Rack. Zamawiający wymagał, aby UPS był zamontowany w szafie Rack, w sposób systemowy, a nie ewentualnie postawiony na dodatkowej półce Rack. Przedstawiciel producenta, jak wyżej - radził wybór innego modelu - *„Jeżeli potrzebuje Pani UPSa z możliwością rozbudowy bateryjnej należy wybrać model serii Proffesjonal Rackmount”* - sama nazwa sugeruje, iż jest model przystosowany do montażu w szafie Rack.

Izba uwzględniła także stanowisko zamawiającego, że połączenie kaskadowe - nie daje takiej samej funkcjonalności jak UPS + dodatkowy moduł bateryjny, gdzie system staje się jednym logicznym urządzeniem, z punktu widzenia monitorowania i sterowania jego prac. W przypadku połączenia kaskadowego, na które powoływał się odwołujący są to dwa niezależne urządzenia i można każde z nich monitorować, oddzielnie ale nie jak jedno łączne urządzenie, i w oparciu o to nie ma pełnej informacji o zasilaniu w systemie a

informacje z poszczególnych UPS-ów nie dają wiedzy o pojemności zasilania i długości jego podtrzymania, co jest kluczowe dla operacji prawidłowego zamykania systemu.

W ocenie Izby do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ, wystarczyła sama okoliczność rozbieżności między wymaganiami SIWZ w odniesieniu do zasilacza awaryjnego, a jego zaoferowaniem w wersji nie umożliwiającej rozszerzeń o dodatkowe moduły bateryjne oraz fakt, że odwołujący nie wskazał w ofercie, że zaoferował rozwiązanie równoważne i tego nie udowodnił w samej treści oferty.

Wobec zasadniczych i nieusuwalnych niezgodności treści oferty odwołującego z powodu zaproponowania 2 takich samych urządzeń UPS, a nie jednego z możliwością zastosowania modułu bateryjnego (bez wykazania równoważności w ofercie) - nawet nie miało żadnego znaczenia, czy w takim zestawieniu należycie funkcjonowałby jego oprogramowanie.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, a na obecnym etapie brak było podstaw do rewidowania ich treści, zatem wszyscy uczestnicy przetargu byli związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobu spełnienia wymagań, zamieszczonym w SIWZ. Postanowienia SIWZ były obowiązujące dla wykonawców, jak i zamawiającego, który nie może od nich odstępować w trakcie oceny ofert. Izba natomiast weryfikuje czynności

zamawiającego w oparciu o warunki ustalone w przetargu i specyfikację udostępnioną wykonawcom.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Ad II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. Czynność zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego, znajdowała normatywne wsparcie w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jako, że treść oferty odwołującego odpowiadała treści SIWZ, złożona oferta podlegała obligatoryjnemu odrzuceniu.

Zupełnie gołosłowne były twierdzenia odwołującego, że poprzez wadliwą interpretację SIWZ na etapie oceny ofert, zamawiający wykreował dla niego inne, dodatkowe wymogi, niż obowiązujące wszystkich pozostałych wykonawców, biorących udział w postępowaniu, czy też zastosował w toku postępowania do oceny oferty odwołującego jakiegokolwiek niewłaściwe przepisy ustawy Pzp. Zamawiający ściśle powoływał się na wymogi SIWZ, którą udostępnił wykonawcom.

Nie można było również pomijać, że zamawiający władny jest korygować swoje błędne czynności - aż do zawarcia umowy. Jeżeli ujawnił dodatkowe okoliczności rzutujące na poprawność przeprowadzonych działań oceny ofert, które niewątpliwie czerpał również z wyroku Izby i doświadczeń sprawy sygn. akt: KIO 10/17, którą wniósł odwołujący - względem oferty uprzednio wybranej - zamawiający mógł ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień elementów oferty, mimo że przed pierwszym wyborem oferty odwołującego - ich nie kwestionował, co nie oznacza, że nie było dozwolone sformułowanie nowego wezwania. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie ogranicza zamawiającego w zakresie żądania od wykonawców wyjaśnień treści oferty.

Ad III. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 poprzez brak podania pełnego i jasno sformułowanego uzasadnienia dokonanego odrzucenia oferty oraz wyjaśnień - na czym polega niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

W ocenie Izby podane uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego, że: „*Po przeprowadzeniu badania oferty Wykonawcy, Zamawiający stwierdza, że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, że tej niezgodności nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz informuje, że odrzuca jego ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp wraz z uzasadnieniem faktycznym:*

1. Zamawiający w SOPZ - Załącznik nr 5 do SIWZ, zawarł następujące wymogi dla zasilacza awaryjnego (UPS-a) i wymagał, by dostarczony UPS (szt. 1) posiadał m.in.:

- a) możliwość dołączania dodatkowych modułów bateryjnych;
 - b) oprogramowanie zarządzające umożliwiające monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz bezpieczne zamykanie systemu operacyjnego;
 - c) możliwość zamocowania w szafie RACK 19", max 4U;
- a także, by Wykonawca zaoferował dodatkowy moduł bateryjny (szt. 1).

Wykonawca w ofercie zaoferował dostawę zasilacza awaryjnego (UPS) typ PR750ELCD, który nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż nie posiada możliwości dołączania dodatkowego modułu bateryjnego. Z udzielonych wyjaśnień Wykonawcy z dnia 01.12.2016 r. wynika, że oferuje on: 1. UPS typ PR750ELCD. Jest to urządzenie wolnostojące z obudową typu TOWER bez możliwości zamocowania w szafie RACK 19" bez dodatkowej półki, które nie ma możliwości dołączania dodatkowego modułu bateryjnego - UPS niezgodny z wymaganiami Zamawiającego.

2. Dodatkowo drugi taki sam UPS typ PR750ELCD, który nazywa „dodatkowym modułem bateryjnym”. Jest to urządzenie wolnostojące z obudową typu TOWER bez możliwości zamocowania w szafie RACK 19" bez dodatkowej półki, które nie ma możliwości dołączania dodatkowego modułu bateryjnego - drugi UPS niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, którego Zamawiający nie wymagał.

3. Dodatkową baterię zapasową, która Wykonawca nazwał „dodatkowy moduł bateryjny”. Zamawiający w SIWZ nie wymagał „dodatkowej baterii”.

Ponadto z udzielonych wyjaśnień Wykonawcy z dnia 03.02.2017 r. wynika, że proponuje on podłączenie 2 szt. UPS szeregowo, co też jest niezgodne z wymaganiami SIWZ. Zamawiający wymagał 1 szt. UPS-a - dodatkowy moduł bateryjny, a nie 2 połączonych kaskadowo (szeregowo) UPS-ów. Opisane kaskadowe połączenie powoduje także utratę funkcjonalności umożliwiającej monitorowanie i sterowanie urządzeniem oraz zamykanie systemu operacyjnego.

Z uwagi na powyższe Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności poprzez zaoferowanie w ofercie w Załączniku nr 6 „Parametry- techniczne dostarczonego sprzętu i usług” zasilania awaryjnego (UPS-a), który nie spełnia wymogów SIWZ wskazanych w Załączniku nr 5 do SIWZ.”

- w kontekście ustalonych okoliczności sprawy - nie wykazania stosownymi dowodami w ofercie - równoważności podwójnego zastosowania UPS typ PR750ELCD z wymaganiami i cechami przedmiotu zamówienia, zdaniem Izby - uzasadnienie wyżej podane odpowiada dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty wykonawcy. Przytoczone uzasadnienie w ocenie Izby jest jednoznaczne i

klarownie tłumaczy - na czym polegała niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Umożliwiało to odwołującemu podjęcie pełnej polemiki z argumentami zamawiającego.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Ad. Zarzut IV. Naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na unieważnieniu postępowania, pomimo, że w postępowaniu wpłynęła, co najmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, odpowiadająca treści SIWZ.

Skoro zamawiający odrzucił wszystkie złożone w postępowaniu oferty, a odwołania kwestionujących tę czynność wykonawców zostały oddalone, jak orzeczono w sentencji niniejszego wyroku, oznacza to, że czynność zamawiającego unieważnienia postępowania znajdowała umocowanie w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, który obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Postępowanie dowodowe nie wykazało zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów, naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj.

- I. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie przejawiające się w odrzuceniu oferty odwołującego,
- II. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- III. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 poprzez brak podania pełnego i jasno sformułowanego uzasadnienia dokonanego odrzucenia oferty
- IV. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na unieważnieniu postępowania, pomimo, że w postępowaniu wpłynęła, co najmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.). Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 368,70 zł z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, kosztów opłat skarbowych od złożonych pełnomocnictw oraz 1/3 wnioskowanych kosztów dojazdu na rozprawę - gdyż te ostatnie były poniesione w łącznie

rozpatrzonych odwołaniach na jednej rozprawie. Izba nie uznała za uzasadnione koszty zamawiającego, wydatku na opracowanie opinii rzeczoznawcy dotyczącej zaoferowanego przez odwołującego zasilacza UPS typ PR750ELCD.

Sygn. akt: KIO 438/17. Odwołanie konsorcjum: 1) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (lider); 2) R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GIS-LOGIC R. S.; 3) GAXAM A. B., R. S. sp. jawna.

Nie miała znaczenia argumentacja odwołującego, że uprzednio przed pierwszym wyborem oferty, zamawiający przyjął jego wyjaśnienia i skorygował ujawnione nieprawidłowości w złożonej ofercie konsorcjum Pentacomp. Nie można było pominąć, że zamawiający władny jest korygować swoje błędne czynności aż do zawarcia umowy. Jeżeli ujawnił dodatkowe okoliczności rzutujące na poprawność przeprowadzonych działań oceny ofert, które niewątpliwie czerpał również z doświadczeń poprzedniej sprawy odwoławczej sygn. akt: KIO 10/17, wniesionej w przedmiotowym postępowaniu - zamawiający mógł odmiennie ocenić złożone wyjaśnienia Pentacomp, mimo że przed pierwszym wyborem oferty - ich nie kwestionował, i mógł unieważnić czynność dokonania poprawy oferty odwołującego, o której mowa w pismach znak PR/MB/ZP/2/2016/41/16 z dnia 05.12.2016 r. oraz PR/MB/ZP/2/2016/46/16 z dnia 14.12.2016 r. ponieważ opisane w tych pismach niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - nie mogły zostać poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, analogiczne stanowisko zajęła krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 10/17 orzekając o niedopuszczalności korygowania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zasadniczych odstępstw w prawidłowym określeniu oferowanego przedmiotu dostawy.

Irrelevantne dla sprawy było przywoływanie uprzednich okoliczności, gdyż dla rozpatrzenia zarzutów odwołania liczyło się uzasadnienie podane w powiadomieniu z dnia 22 lutego 2017 r. o odrzuceniu oferty odwołującego, które sprowadzało się do następujących powodów odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na to, że treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne.

„1. Wykonawca nie podał modelu/symbolu monitora w załączniku do oferty - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług. Zarówno w kolumnie Model/symbol, jak i Producent podał tylko nazwę „Lenovo” (nazwę producenta sprzętu).

Z uwagi na to, że Wykonawca nie podał modelu/symbolu monitora Zamawiający nie ma możliwości stwierdzenia jaki model monitora oferuje Wykonawca i zbadania, czy oferowany model monitora spełnia wymogi SIWZ. Także nie może tego stwierdzić na podstawie innych informacji wynikających z treści oferty. Powyższe braki stanowią niezgodność oferty z SIWZ.

Z uwagi na powyższe Zamawiający odrzuca ofertę, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie można jej poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

2. Wykonawca nie podał nazwy oferowanego oprogramowania biurowego typ I w załączniku do oferty - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług pozostawiając puste pole.

Z uwagi na to, że Wykonawca nie podał nazwy oferowanego oprogramowania biurowego typ I Zamawiający nie ma możliwości stwierdzenia, czy oferowane oprogramowanie spełnia wymagania SIWZ. Także nie może tego stwierdzić na podstawie innych informacji wynikających z treści oferty.

Z uwagi na powyższe Zamawiający odrzuca ofertę, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie można jej poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uzasadnienie prawne

Zgodnie z zapisami art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.”

Okolicznością niekwestionowaną przez odwołującego było, że wbrew wyraźnym wymaganiom nie podał modelu/symbolu monitora w załączniku 6 do oferty - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług. Zarówno w kolumnie Model/symbol jak i Producent podał tylko w odniesieniu do monitora- nazwę „Lenovo” (nazwę producenta sprzętu). Nie podał również nazwy oferowanego oprogramowania biurowego typ I w załączniku do oferty - Parametry techniczne dostarczonego sprzętu i usług pozostawiając puste pole.

Odwołujący uznawał, że wymienione wyżej braki jego oferty możliwe były do skorygowania w oparciu a art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czego zamawiający bezpodstawnie zaniechał. Przepis ten stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby, nie zachodzi żadna z przesłanek wymienionych w przytoczonej normie. Ani nie można stwierdzić, że pominięcia miały charakter omyłki, a nie celowego działania, aby odwołujący po zawarciu umowy miał swobodę dostarczenia zamawiającemu dowolnego monitora Lenovo oraz dowolnego oprogramowania biurowego typ I. Ani też poprawa nie miałaby charakteru nieistotnego, gdyż zaoferowany przedmiot zamówienia stanowi sedno oferty, jej *essentialia negotii*.

Zdaniem Izby brak podania modelu/symbolu zaoferowanego monitora oraz nazwy oprogramowania typu I nie tylko uniemożliwił zamawiającemu weryfikację treści oferty pod względem zgodności z wymaganiami szczegółowego opisu SIWZ, ale przede wszystkim uniemożliwił identyfikację zaoferowanych produktów, lub też oznaczał ich nie zaoferowanie, co stanowi jednoznaczny i nieusuwalny w żadnym trybie dopuszczonym ustawą Pzp - brak oferty i wystarczającą podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy - jedynie z tej przyczyny.

Uzupełnienie nazwy monitora i nazwy oprogramowania wraz z jego opisem w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiło niedozwolone negocjacje oraz zmianę treści oferty po upływie terminu jej złożenia, czego wymieniony przepis nie dozwala. Uzupełnianie, lub zmiana oferty jest możliwe w trybie art. 84 ust. 1 Pzp, a więc przed upływem terminu składania ofert, co zamawiający podał w pkt 16.4 części 1 SIWZ - „Wykonawca może wprowadzić zmiany w ofercie (...) przed terminem składania ofert.” Z tych względów wyjaśnienia złożone przez odwołującego, że zaoferował:

- a) model monitora Lenovo ThinkVision LT2934z
- b) oprogramowanie biurowe typ I Microsoft Office 2016, wersja standard, sposób licencjonowania dożywotnio

- nie mogły zostać przyjęte.

Izba reprezentuje zapatrywanie, że oferta nie może dawać możliwości do dodatkowych poszukiwań jej treści. Treść oferty musi być jednoznacznie i w całości sprecyzowana, w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Niepodlegającą uzupełnieniom treść oferty stanowiły: formularz ofertowy i wypełniony załącznik nr 6.

W myśl postanowień art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie

odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Postanowienia SIWZ były obowiązujące dla wykonawców, jak i zamawiającego, który nie może od nich odstępować w trakcie oceny ofert. Izba natomiast weryfikuje czynności zamawiającego w oparciu o warunki ustalone w przetargu i specyfikację udostępnioną wykonawcom.

Ewentualnemu sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może podlegać treść oferty, która została w dostateczny sposób wyartykułowana. W tym zaś przypadku - niezgodność treści oferty polegała na braku podania (skonkretyzowania) oferowanego wyrobu, aby pozostawał on spójny z przedstawionymi parametrami. Z treści oferty nie wynikało, jaki model monitora za podaną cenę odwołujący ma zamiar dostarczyć zamawiającemu. Powoływanie się zatem na okoliczność, że niektóre z rodziny monitorów Lenovo, spełniają parametry wyznaczone w tym postępowaniu w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - w świetle dokumentów oferty odwołującego - nie świadczą, że taki model został zaoferowany. To samo dotyczy braku zaoferowania w ofercie oprogramowania biurowego typu I. Wobec zasadniczych odstępstw - w żaden sposób zdiagnozowane w ofercie odwołującego braki nie mogłyby być konwalidowane na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. - jako sprostowanie ewentualnej omyłki niepowodującej zmian w treści oferty.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności takie jak wyżej opisane, dyskwalifikują ofertę odwołującego, predestynując ją wyłącznie do odrzucenia, albowiem przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie dozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Do zmiany treści oferty, czy też dookreślenia oferowanego świadczenia, nie mogą prowadzić wyjaśnienia, ani dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp - gdyż procedura ta, jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - ma wyłącznie na celu potwierdzenie przez wykonawcę dokumentami, że oferowane przez niego produkty odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku, wykonawca, znając złożone oferty i ich ceny, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego

zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zobowiązanie odwołującego w zakresie monitora oraz oprogramowania typu I w ogólności nie zostało w ofercie podane (sprecyzowane), zatem nie mogłoby być przedmiotem konkretnych wymagań na etapie zawarcia umowy i realizacji zamówienia, pozostawiając wykonawcy swobodę dostarczenia dowolnego monitora i dowolnego oprogramowania typu I.

Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej - musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona merytorycznie odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta przejawiała się poprzez brak sprecyzowania w ofercie proponowanego przedmiotu dostawy. Wobec powyższego na mocy przywołanego wyżej przepisu, zamawiający zobligowany był ofertę odwołującego konsorcjum Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. odrzucić. Stwierdzona niezgodność jest na tyle oczywista, że przyjęcie uprzednich wyjaśnień, lub dalsze wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadziłyby jedynie do niedozwolonego dookreślania treści oferty - po upływie terminu jej złożenia, tj. podana konkretnego modelu monitora rodziny Lenovo, czy nazwy konkretnego oprogramowania biurowego typu I, którego pierwotnie nie zaoferowano, a więc zmiany oferty po upływie wyznaczonego terminu złożenia ofert, lub prowadzenia negocjacji, czego wymieniony przepis nie dozwala.

Dowody przeprowadzone w niniejszej sprawie nie wykazały zasadności czynionych zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miałyby istotny wpływ na wynik postępowania, tj:

- I. art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp,
- II. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp,
- III. art. 91 ust. 1 Pzp,
- IV. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Skoro zamawiający odrzucił wszystkie złożone w postępowaniu oferty, a odwołania kwestionujących tę czynność wykonawców zostały oddalone, jak orzeczono w sentencji niniejszego wyroku, oznacza to, że czynność zamawiającego unieważnienia postępowania znajdowała umocowanie w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, który obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W konsekwencji nie naruszono zasad art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.). Za uzasadnione koszty zamawiającego Izba uznała - poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, kosztów opłat skarbowych od złożonych pełnomocnictw oraz 1/3 wnioskowanych kosztów dojazdu na rozprawę.

Sygn. akt: KIO 439/17 odwołanie wykonawcy Sprint S.A.

Ad I. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny.

Zarzut ten Izba uznała za spóźniony i nie podlegający rozpatrzeniu w oparciu o odpowiednio stosowany art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który obliguje Izbę do odrzucenia odwołania wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie. Opisanie przedmiotu zamówienia należy do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która podlega udostępnieniu wykonawcom w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a więc w tym postępowaniu od dnia 6 października 2016 r. Zarzuty wobec postanowień SIWZ wykonawca mógł wnieść w zawitym terminie 10 dni od zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego, jak stanowi art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Termin ten upłynął, zatem postanowienia SIWZ mają charakter wiążący zarówno dla wykonawców, którzy uczestniczą w przedmiotowym postępowaniu, jak i dla zamawiającego.

Ad II. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, polegającej na braku wyniku testu PassMark i modelu procesora dla oferowanego serwera.

Izba zajmuje takie samo stanowisko jak w przypadku stwierdzonych braków oferty konsorcjum Pentacomp.

Ewentualnemu sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może podlegać treść oferty, która została w dostateczny sposób wyartykułowana. W tym zaś przypadku - niezgodność treści oferty polegała na braku skonkretyzowania nazwy/ symbolu oferowanego wyrobu, tj. procesora dla serwera typu I, aby pozostawał on spójny z zapotrzebowanymi w SIWZ parametrami. Z treści oferty nie wynikało - jaki model procesora za podaną cenę odwołujący ma zamiar dostarczyć zamawiającemu. Wskazana nazwa serwera, mogła obejmować zastosowanie różnych procesorów. Powoływanie się zatem na okoliczność, że niektóre z rodziny procesorów w zaofertowanych w zał. 6 oferty odwołującego serwerach, spełniają

parametry wyznaczone w tym postępowaniu w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia chociażby w zakresie wydajności - w świetle dokumentów oferty odwołującego - nie świadczą, że taki model procesora został zaoferowany. Ani nie świadczy o tym dowód złożony przez odwołującego na rozprawie - lista procesorów stosowanych w serwerach Lenovo, w szczególności, że do serwera Lenovo x3550, który zaoferował m.in. stosowany jest procesor Intel Xeon Procesor E5-2620 v4 8C 2.12 GHz 20 MB Cache 2133 MHz 85, który spełnia wymogi zamawiającego wskazane w SIWZ i oznaczony został pod tym symbolem - dopiero w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu. Wymieniony dowód potwierdza, że do zaoferowanego w ofercie serwera typ I, jako jeden z wielu procesorów może być zastosowany taki, który został wskazany przez odwołującego - nie wprost w ofercie, a w późniejszych wyjaśnieniach.

Odwołujący nie zawarł w dokumentacji oferty wyników testu dla procesora, którego model wskazałby uprzednio w swojej ofercie. Na wezwanie zamawiającego uzupełnił dane procesora oraz wyniki testów PassMark, dopiero z których można było powziąć wiadomość - jaki typ procesora i jakiego producenta zamierzał zaoferować zamawiającemu, chociaż w ofercie odwołujący tego nie podał.

Wobec zasadniczych i nieusuwalnych odstępstw w zakresie istotnej treści oferty- w żaden sposób zdiagnozowane w ofercie odwołującego braki nie mogłyby być konwalidowane na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - jako sprostowanie ewentualnej omyłki niepowodującej zmian w treści oferty. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia wersji omyłki. Wielokrotnie dostawcy sprzętu komputerowego celowo unikają podania konkretnych zindywidualizowanych nazw zamawianych komponentów sprzętu komputerowego, aby na etapie dostawy zostawić sobie możliwość zintegrowania zamawianych elementów infrastruktury sprzętowej, jakie są aktualnie dostępne na rynku producentów i pośredników - w jak najniższej cenie, aby w ramach zaoferowanej ceny oferty osiągnąć jak największy zysk. Dyspozycje zamawiającego, co do podania nazwy/modelu/ numeru seryjnego oraz producenta były jednoznaczne - potwierdzone wyjaśnieniami, i nie pozwalają na przyjęcie, iż ujawniony brak był wynikiem jakiegokolwiek omyłki, a nie celowego pominięcia.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności takie jak wyżej opisane, dyskwalifikują ofertę odwołującego, predestynując ją wyłącznie do odrzucenia, albowiem przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie dozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Do zmiany treści oferty, czy też dookreślenia oferowanego świadczenia, nie mogą prowadzić wyjaśnienia, ani dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp - gdyż procedura ta, jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - ma wyłącznie na celu potwierdzenie przez wykonawcę dokumentami, że oferowane przez niego produkty odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku,

wykonawca, znając złożone oferty i ich ceny, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Zmiany w ofercie mogą być wprowadzane zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, jedynie przed upływem terminu składania ofert. Podanie zaś modelu i producenta urządzenia (w tym przypadku procesora, który w zakresie serwerów typu I miał dla zamawiającego kluczowe znaczenie) pozwalało na jednoznaczną jego identyfikację, stanowiło istotne postanowienia oferty i przyszłej umowy, umożliwiając jednocześnie zamawiającemu weryfikację treści oferty wykonawcy w procedurze badania i oceny ofert. Z uwagi na doniosłość tych danych dowolne ich zmienianie lub uzupełnianie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, po upływie terminu składania ofert stałoby w rażącej opozycji do wskazań wymienionej normy także w aspekcie niezmienności istotnej treści oferty, do którego odnosi się art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp.

Skoro odwołujący ignorując istotne wymagania zamawiającego, co do podania modelu i nazwy proponowanego procesora - danych tych w ofercie nie zamieścił - spowodowało to, że zamawiający nawet w przybliżony sposób nie był w stanie określić, co jest przedmiotem oferty odwołującego. Dlatego też nie było dopuszczalne wyjaśnienie elementów oferty. Wskazanie, na wezwanie zamawiającego - modelu lub nazwy sprzętu prowadziło do przedstawienia w praktyce nowej oferty i rozpoczęcia jej negocjacji, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp. Wyjaśniać można tylko takie zapisy oferty, które opisują zaoferowany przedmiot w stopniu umożliwiającym jego identyfikację. W sytuacji, gdy zamawiający nie wie, co oferuje uczestnik postępowania, nie jest możliwe poczynienie jakichkolwiek wyjaśnień bez niedozwolonego uzupełnienia oferty oraz negocjowania jej treści.

W znaczeniu nadanym art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp jako „inne omyłki” należy rozumieć niezgodności wymagań zawartych w SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem wskazanie przez odwołującego modelu i nazwy oferowanego procesora było dla zamawiającego kwestią podstawową i najistotniejszą. Bez podania właśnie tych elementów oferta była dla zamawiającego praktycznie bezwartościowa i uniemożliwiała przejście do kolejnego etapu postępowania tj. ewentualnego wyjaśnienia dotyczącego treści oferty. Mając powyższe na uwadze nie można zgodzić się z tezą odwołującego, że możliwe było poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wprowadzenie do oferty modelu i nazwy procesora, gdyż wiązałoby się to z niezwykle istotną zmianą oferty. Oznaczenie i wskazanie oferowanych urządzeń stanowi niewątpliwie treść oferty wykonawcy (taki też był określony w SIWZ charakter dokumentu opisu przedmiotu zamówienia wymaganego wraz z ofertą), i to jej istotny element - essentialia negotii - definiujący przedmiot składanej oferty i, późniejszej dostawy. W tym zakresie, art. 87 ust. 1 Pzp uniemożliwia dokonywanie zmian w stosunku do złożonej oferty. Ewentualne

uwzględnienie wyjaśnień odwołującego byłoby bezprzedmiotowe, bowiem doprecyzowanie w nich przez Sprint S.A. przedmiotu oferty (marki/modelu/ symbolu oferowanego procesora prowadziłoby do nieuniknionej zmiany treści złożonej już oferty w jej istotnym aspekcie. Z tych samych względów, brak podstaw do zastosowania w przedmiotowej sytuacji instytucji poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Ad Zarzut III. Naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Sprint S.A., podczas gdy była ona zgodna z treścią SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Należało uwzględnić, iż zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli wykonawcy, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, czy innymi wymaganiami precyzującymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego.

Treść oferty stanowi bowiem jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, o czym mówi art. 140 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec tego porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, jego granicznie wyznaczonych przez zamawiającego cech technicznych oraz sposobu oznaczenia oferowanych produktów - przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna.

Zamawiający wymagał złożenia wypełnionego Zał. nr 6 do zgodnie z podanym wzorem tego załącznika. Wykonawca powinien wskazać konkretną nazwę urządzenia; model/symbol oraz producenta, w sposób umożliwiający jego jednoznaczną identyfikację. Jeżeli zamawiający nawet nie wypunktował procesorów, to należało wskazać dane procesora przy opisie oferowanego serwera, w skład którego wchodzi dany procesor.

Wskazanie zaoferowanego produktu stanowi samo sedno oferty, jej *essentialia negotii* w znaczeniu art. 66 § 1 K.c., powinno mieć zatem charakter stanowczy, kategoriowy - przyjęcia zobowiązania przez wykonawcę dostarczenia zamawiającemu takiego, a nie innego wyrobu, oznaczonego w sposób zindywidualizowany.

Biorąc pod uwagę zarówno treść oświadczeń odwołującego zawartych w formularzu Załączniku 6 - w ocenie Izby oferta na ten przedmiot zamówienia nie została złożona w sposób umożliwiający identyfikację wyrobu, co stanowi samo w sobie - niezgodność z SIWZ i jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty, bez względu na to, czy dany producent posiadałby tylko jeden produkt o cechach określonych w SIWZ i opisanych w ofercie, czy

tych produktów byłoby więcej. Oferta taka jest, bowiem niedookreślona i nie daje zamawiającemu pewności, jaki produkt otrzyma na etapie realizacji zamówienia. Na podstawie takiej oferty możliwe jest dostarczenie różnych produktów, których wybór zostanie dokonany przez wykonawcę dopiero przy realizacji dostaw i z reguły sprowadza się do dostarczenia wyrobu, który dla wykonawcy jest tańszy. *„Należy przy tym stwierdzić, że nawet jeśli wszystkie produkty danego rodzaju i danego producenta, odpowiadające opisowi przedstawionemu w ofercie, spełniają wymagania minimalne określone w SIWZ, to i tak ofertę należy uznać za niedookreśloną i nieodpowiadającą treści SIWZ. Zamawiający bowiem ma prawo na podstawie treści oferty powziąć informacje, jaki konkretny produkt otrzyma w wykonaniu umowy”* (wyrok sygn. akt KIO 1330/14).

Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Wobec tego porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, jego wyznaczonymi cechami i właściwościami, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1543/14) wyjaśnienia wykonawcy nie mogą prowadzić do negocjacji między zamawiającym a wykonawcą oraz prowadzić do zmiany treści złożonej oferty - zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość, co do rzeczywistej treści oferty, zaś rezultat ma jedynie wyjaśniać, a nie zmieniać, czy uzupełniać treść oferty. Zastosowanie tego przepisu nie może także prowadzić do negocjacji treści oferty. Powyższe wynika przykładowo z wyroku KIO z 25 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1474/14: "Przepis art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może bowiem stanowić zmiany oferty, winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Nie była dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też w wyniku uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nastąpiła zmiana treści oferty, gdyż w sposób nie budzący wątpliwości wiązała się z jej zmianą, poprzez sprecyzowanie po terminie składania ofert jakie w istocie wyroby (procesor) oznaczone jednoznacznie - oferuje odwołujący.

Tego rodzaju uchybienia w ofercie mają charakter nieusuwalny i stanowią podstawę do odrzucenia oferty z danej przyczyny. Z wyżej wymienionych względów, nawet nie jest możliwe w takich okolicznościach, ustalenie czy treść oferty odpowiada treści SIWZ, skoro pozostaje niewiadomym - co zostało zaoferowane przez wykonawcę. Składane w tym zakresie dowody na okoliczność zgodności treści oferty, bądź dowody temu zaprzeczające - były bezużyteczne wobec faktu braku sprecyzowania przedmiotu tej oceny - jej desygnatu. Odwołujący bezsprzecznie nie załączył do oferty wyniku testu PassMark oraz nie podał modelu/symbolu procesora dla serwera typ I, co było wymagane w Załączniku nr 5 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, w rozdziale 3.1.5 Rozbudowa wewnętrznej sieci Lan-Ethernet, w tabeli II. Wymagania w zakresie sprzętu serwerowego - serwer typ I w poz. Procesor.

Jednocześnie należy zauważyć, że postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest między podmiotami profesjonalnymi, co stawia zasadnym oczekiwanie, że dokumenty opracowywane przez każdą ze stron będą czytelne i konsekwentne, zaś składana przez wykonawcę oferta, zawierające się w niej dokumenty będą odpowiadały wymaganiom stawianym w SIWZ. Cechy obrotu profesjonalnego, jakim jest postępowanie o zamówienie wymagają przy tym zachowania dokładności wykonawców w przedkładanych dokumentach.

Niesprecyzowanie przedmiotu oferowanego świadczenia przesądza o wadliwości oferty i stanowi wystarczającą podstawę do jej odrzucenia, jako niezgodnej z treścią SIWZ - bez potrzeby dalszych dociekań, czy ewentualnie taką ofertę można uznać, czy też nie za niezgodną z innymi wymaganiami zamawiającego.

Zamawiający, jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek zapewnić równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą między nimi konkurencję, ujętych w zasadach statutowanych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami, a działania zamawiającego będą zgodne z SIWZ i przewidywane, a więc przejrzyste. Zamawiający nie mógł odstąpić od warunków, które ustanowił, czego konsekwencją było odrzucenie oferty złożonej, między innymi przez odwołującego.

Skoro zamawiający odrzucił wszystkie złożone w postępowaniu oferty, a odwołania kwestionujących tę czynność wykonawców zostały oddalone, jak orzeczono w sentencji niniejszego wyroku, oznacza to, że czynność zamawiającego unieważnienia postępowania znajdowała umocowanie w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, który obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

- I. art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny,
- II. art. 87 ust. 2 punkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, polegającej na braku wyniku testu PassMark i modelu procesora dla oferowanego serwera,
- III. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Sprint S.A., podczas gdy była ona zgodna z treścią SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
- IV. art. 93 ust. 1 punkt 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, choć złożono w nim ofertę Sprint S.A. niepodlegającą odrzuceniu
- nie znalazły potwierdzenia.

W konsekwencji nie doszło do naruszenia zasad art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1, pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, kosztów opat skarbowych i 1/3 kosztów dojazdu na rozprawę na podstawie złożonych rachunków.

Przewodniczący:

.....