

Sygn. akt: KIO 1319/11
KIO 1352/11

WYROK
z dnia 7 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 22 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j. ul. Reduta 5, 31-421 Kraków,**
- B. w dniu 24 czerwca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **INTARIS Sp. z o.o. ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa oraz Alternative Technology Sp. z o.o. ul. Igańska 24, 04-087 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

Jednostkę Wojskową nr 4226 ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa reprezentowaną przez Agencję Mienia Wojskowego ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa

przy udziale wykonawcy **LOCO Adam Sawczuk Sławomir Szyłko Sp. j. ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1352/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania w postępowaniu o sygn. akt KIO 1319/11 obciąża MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j., ul. Reduta 5, 31-421 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j., ul. Reduta 5, 31-421 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

3. kosztami postępowania w postępowaniu o sygn. akt KIO 1352/11 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o. ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa oraz Alternative Technology Sp. z o.o. ul. Igańska 24, 04-087 Warszawa i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o. ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa oraz Alternative Technology Sp. z o.o. ul. Igańska 24, 04-087 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1319/11

KIO 1352/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa Nr 4226 reprezentowana przez Agencję Mienia Wojskowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę serwerów na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 marca 2011 r. w Dz. Urz. UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

15 czerwca 2011 r. wykonawcy otrzymali informację o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej dla części 1. i 2. oferty LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko Sp. j.

22 czerwca 2011 r. Odwołujący – Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j. wniósł odwołanie w zakresie części 2. zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy,

2. art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny i niezgodnej z ustawą złożonej przez LOCO A. Sawczak, S. Szyłko Sp. j.,

3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, pomimo złożenia przez niego w ofercie nieprawdziwych oświadczeń dotyczących oferowanych urządzeń mających wpływ na wynik postępowania oraz innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty spółki LOCO jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez spółkę LOCO oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

24 czerwca 2011 r. odwołanie, w zakresie części 1., złożyli również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia INTARIS Sp. z o.o. oraz Alternative Technology Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko Sp. j. jako najkorzystniejszej,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki LOCO jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia tej oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zawierającej błędy w obliczeniu ceny oraz poprzez błędne przyjęcie, iż w ofercie spółki LOCO znajdują się oczywiste omyłki rachunkowe podlegające poprawieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty spółki LOCO jako najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności polegającej na poprawieniu omyłek rachunkowych w ofercie spółki LOCO na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty spółki LOCO i wykluczenia spółki LOCO z postępowania,
4. nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Obaj Odwołujący przedstawili podobne zarzuty i ich uzasadnienie.

W ofercie spółki LOCO został zaferowany serwer Fujitsu Primergy TX300 S6, który nie spełnia wymagań Zamawiającego w poniższym zakresie:

1. Płyta główna – Zamawiający wymagał zapewnienia 6 złączy (slotów) PCIe. We wszystkich serwerach wymagany był zintegrowany lub w dedykowanym slotcie (nie zajmujący ogólnie dostępnych slotów PCIe) kontroler SAS RAID 0,1,5,6,10,50,60. W zaferowanych serwerach kontroler ten jest umieszczany w złączu PCIe i zajmuje jedno złącze. Spółka LOCO zaferowała też wyposażenie serwerów w dodatkową kartę sieciową niezbędną do spełnienia wymagania dotyczącego ilości złączy 10/100/1000 (4 złącza). Rozwiązanie takie Zamawiający dopuszczał pod warunkiem niezmnieszenia ilości dostępnych wolnych slotów PCIe. Ta dodatkowa karta zajmuje również kolejny slot PCIe. Tak więc ww. karty zajmują razem 2 złącza PCIe, przez co liczba dostępnych w oferowanym serwerze złączy PCIe (7) zmniejsza się do 5. Nie jest więc spełnione wymaganie dotyczące zapewnienia 6 wolnych złączy PCIe.
2. Karta sieciowa – w specyfikacji parametrów oferowanego sprzętu spółka LOCO wpisała, że oferuje „dwa złącza typu 10/100/1000 wbudowane na płycie głównej oraz dwa złącza na dodatkowej karcie PCIe, spełniające wymagania wydajnościowe, o ile zostanie spełniona funkcjonalność kart sieciowych oraz nie zostanie zmniejszona ilość dostępnych wolnych

słotów PCI Express”. W ten sposób wykonawca stawia warunki względem swojej własnej oferty wskazując, że dodatkowa karta może nie spełniać wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (a faktycznie drugi z warunków nie został spełniony). Jest to niezgodne z rozdziałem III ust. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zabraniającym składania ofert wariantowych. Uzależnienie przez wykonawcę wyposażenia serwerów w wymagane karty sieciowe z 4 złączami 10/100/1000 od spełnienia wpisanych przez niego kryteriów należy traktować jako ofertę wariantową i niejednoznaczną. Ewentualnie zastrzeżenie to należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego.

3. Obudowa – Zamawiający wymagał panela LCD umieszczonego na froncie obudowy lub sygnalizacji diodami LED, umożliwiającej wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOSu, zasilaniu oraz temperaturze. W ofercie spółka LOCO oświadcza, że oferowany sprzęt spełnia te wymagania. Z dokumentacji technicznej serwera Fujitsu TX300 S6 wynika jednak, iż jest on wyposażony w sygnalizację diodami LED, która nie jest w stanie wyświetlić informacji o stanie procesora, BIOS ani temperaturze. Tym samym treść oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4. Zarządzanie serwerem – Zamawiający postawił wymaganie: „Karta zarządzająca (...) umożliwiająca: (...) wsparcie IPv6, wsparcie WSMAN (Web Service for Management), SNMP: IPMI2.0, VLAN tagging. Telnet, SSH”. W ofercie spółka LOCO oświadcza, że oferowany sprzęt spełnia te wymagania, jednak z dokumentacji technicznej serwera wynika iż iRMC S2. dostępna w oferowanych modelach serwerów nie obsługuje IPv6. WSMAN. VLAN tagging, co oznacza, iż wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe informacje oraz iż treść oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Poza tym spółka LOCO nie podała w ofercie ceny za realizację zamówienia.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia cena brutto oferty musi obejmować wszystkie czynniki cenotwórcze, a wykonawca mógł złożyć ofertę wyłącznie na jedną lub więcej części zamówienia, a nie na poszczególne składniki każdej z części zamówienia, oferta też miała podlegać ocenie dla każdej części zamówienia, a nie jej składników. W ofercie podane zostały ceny jednostkowe brutto, ilości i wartości brutto jedynie dla poszczególnych pozycji w każdej z części zamówienia, natomiast nie zostały podane ceny brutto oferty dla danej części zamówienia. Oferta nie zawiera zatem ceny, a tym samym jest sprzeczna z ustawą.

Zamawiający, powołując się na art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, obliczył samodzielnie ceny oferty brutto dla poszczególnych części zamówienia, tym samym dokonał nadinterpretacji przepisu poprzez potraktowanie braku ceny brutto oferty dla danej części

zamówienia jako oczywistej omyłki rachunkowej. Brak wpisanych wartości w wymaganym miejscu formularza świadczy, że nie były wykonane żadne rachunki, a więc nie mogły wystąpić omyłki w rachunkach. Brak ceny brutto oferty dla każdej części zamówienia świadczy o niezgodności tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (np. rozdział X ust. 1), a Zamawiający nie może wykonywać czynności za wykonawcę. Spółka LOCO nie podała ceny brutto oferty, przez co oferta ta powinna być odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ustawą, a dokonane przez Zamawiającego korekty są niezgodne z ustawą.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania wnosząc o ich oddalenie w całości. Zamawiający stwierdził, że zgodnie z wiedzą posiadaną w dniu oceny ofert, jego działania były prawidłowe i zgodne z prawem, spółka LOCO w złożonej ofercie oraz przystąpieniu do odwołania oświadczyła, że oferowany sprzęt spełnia wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a podane w „Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu” parametry sprzętu spełniają wymogi Zamawiającego.

Również prawidłowo dokonał poprawienia omyłek rachunkowych, które skorygował zgodnie z orzecnictwem oraz zasadami podanymi w instrukcji obliczenia ceny zawartej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Zamawiającego brak zsumowania był oczywisty, widoczny na pierwszy rzut oka i możliwy do poprawienia bez konieczności wyjaśnień wykonawcy.

Przystąpienie do obu postępowań zgłosiła LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko Sp. j., z tym, że do odwołania o sygn. KIO 1319/11 po terminie wskazanym w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem nieskutecznie.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy, a także przedłożonych dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny pomiędzy Stronami i Przystępującym.

Przystępujący – LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko Sp. j. zaoferowała dla obu części serwery Fujitsu Primergy TX300 S6.

Jak ustalono podczas rozprawy, nie budzi wątpliwości, że ogólnie oferowany przez Fujitsu, model Primergy TX300 S6 nie spełnia wszystkich wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co potwierdzają przedstawione przez Odwołujących dane techniczne producenta i czemu nie przeczył Przystępujący ani Zamawiający.

Zgodnie jednak z przedstawionym przez Przystępującego oświadczeniem Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z 4 lipca 2011 r. dotyczącym odwołania KIO 1352/11, sprzęt w konfiguracjach zaoferowanych przez LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko Sp. j. spełnia podniesione w treści odwołania wymagania Zamawiającego, w szczególności: 1) posiadania minimum 6 wolnych złączy PCIe drugiej generacji, z czego min. 2 złącza PCIe x8 drugiej generacji w konfiguracji spełniającej wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ilość ogólnie dostępnych złączy PCIe została zwiększona przez użycie ekspandera, 2) karty zarządzającej – wsparcia dla IPv6, WSMAN, VLAN tagging, SNMP, IPMI 2.0, Telnet, SSH, 3) funkcjonalności panelu LCD umieszczonego na froncie obudowy, umożliwiającego wyświetlanie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOSu, zasilaniu i temperaturze.

Izba nie ma podstaw, by podważać takie oświadczenie producenta – który wyraźnie potwierdził możliwość dostarczenia Zamawiającemu serwerów o wymaganych parametrach. Natomiast to, czy serwer w danej konfiguracji będzie nosił tę samą nazwę modelu, zależy wyłącznie od producenta. Również decyzja, czy producent wytworzy niewielką liczbę serwerów w nietypowej konfiguracji, zależy od polityki firmy. Dla porównania – z oświadczeń Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. złożonych w przywołanym przez Odwołującego – INTARIS Sp. z o.o. oraz Alternative Technology Sp. z o.o. postępowaniu KIO 294/11, w którym uczestniczył też Odwołujący Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j. także wynikało, że Fujitsu jest gotów dostosować standardowe parametry swoich produktów do konkretnych wymagań, co potwierdza założenie, że producent ten stosuje taki sposób działania.

Ze względów formalnych Izba nie mogła wziąć pod uwagę oświadczenia Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. dotyczącego postępowania KIO 1319/11, jednak ponieważ oba oświadczenia były identycznej treści, a w obu odwołaniach podniesiono te same kwestie techniczne w stosunku do tego samego modelu, Izba uznała, że oświadczenie oznaczone jako odnoszące się do sprawy KIO 1352/11, ma to samo znaczenie dla obu postępowań odwoławczych.

Wskazanie w ofercie spółki LOCO dotyczące karty zarządzającej „spełniające wymagania wydajnościowe, o ile zostanie spełniona funkcjonalność kart sieciowych oraz nie zostanie

zmniejszona ilość dostępnych wolnych slotów PCI Express” jest kopią wymagania Zamawiającego i zasadniczo w ofercie nie powinno się znajdować w postaci warunkowej, jednak nie jest to, zdaniem Izby, błąd skutkujący aż eliminacją oferty z postępowania. Zamawiający stwierdził, iż nie przywiązywał wagi do tego zastrzeżenia, gdyż z całości oferty wynikało, że wymagania dotyczące funkcjonalności i slotów zostały spełnione. Zaś w razie wątpliwości co do rzeczywiście oferowanych parametrów, Zamawiający mógł poprosić wykonawcę o wyjaśnienia, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W części 1. i 2. zamówienia LOCO A. Sawczuk, S. Szyłko Sp. j. rzeczywiście nie podsumował kolumn w wierszach „cena brutto oferty”, czego dokonał za niego Zamawiający powołując się na art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sytuacja taka nie jest typową omyłką arytmetyczną, do której najczęściej odnosi się pojęcie omyłki rachunkowej, jakkolwiek nie jest to sytuacja nieznaną rachunkowości. Zdaniem Izby w obecnym stanie prawnym – po rezygnacji przez ustawodawcę z dawnego art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych – nie ma przeszkód, by Zamawiający takiej czynności dokonał. Należy zwrócić uwagę, że omyłka rachunkowa często ma znaczenie szersze niż arytmetyczne, jak np. rozbieżność w zapisie ceny liczbowo i słownie – błąd w zapisie słownym wskazywany jako omyłka rachunkowa w rzeczywistości jest przecież omyłką pisarską (błąd lub pominięcie w zapisie słów, a nie wyliczeniach arytmetycznych). Poza tym, nawet gdyby zakwestionować ten brak jako omyłkę rachunkową, Zamawiającemu pozostawałaby możliwość jego korekty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli jako niegodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu zaś do poprawienia wartości w stosunku do serwera SR1 w części 1., Izba stwierdziła, że również w tym wypadku Zamawiający prawidłowo dokonał poprawienia omyłki rachunkowej. W tej pozycji Przystępujący wpisał wartość 694.335 zł, podczas gdy powinno być 636.525 zł. Izba przyznaje rację Zamawiającemu, że poprawieniu powinna ulec wartość końcowa tej pozycji, czyli iloczyn ceny jednostkowej i ilości, a nie cena jednostkowa. Zamawiający tym bardziej nie miał podstaw, by skorygować właśnie cenę jednostkową serwerów, że w tej samej wysokości występuje ona w trzech odrębnych pozycjach.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarzuty nie potwierdziły się i orzekła jak w sentencji oddalając oba odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: