

Sygn. akt: KIO 599/13

WYROK
z dnia 28 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2013 r. przez wykonawcę **B3System S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Instytut „Pomnik-Centrum Zdrowia Dziecka”, **Al. Dzieci Polskich 20, 04-730 Warszawa-Międzylesie**

przy udziale wykonawcy **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **B3System S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **B3System S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **B3System S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** na rzecz Instytutu „Pomnik-Centrum Zdrowia Dziecka”, **Al. Dzieci Polskich 20, 04-730 Warszawa-Międzylesie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Instytut "Pomnik - Centrum Zdrowia Dziecka" w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zaprojektowanie, dostawę oraz uruchomienie zintegrowanego systemu informatycznego wraz z infrastrukturą sprzętową, przeprowadzenie szkoleń oraz świadczenie usługi gwarancji.”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 14 listopada 2012 r. pod nr 2012/S 219-360729.

W postępowaniu tym wykonawca B3System S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 15 marca 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. Informacja o tej czynności została przekazana Odwołującemu w dniu 6 marca 2013 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 15 marca 2013 r.

Zamawiający o złożonym odwołaniu poinformował wykonawców pismem z dnia 18 marca 2013 r., przekazując im jego kopię. Wykonawca S & T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) w dniu 21 marca 2013 r. złożył zgłoszenie przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowieniem z dnia 22 marca 2013 r. skierowała odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 27 marca 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący złożył odwołanie dotyczące czynności Zamawiającego polegających na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego;
- nieodrżuceniu oferty Przystępującego;
- dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Powyższym czynnościom zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w sytuacji, gdy z oceny stanu faktycznego wynika, iż oferta Odwołującego zawiera wszystkie elementy wymagane SIWZ w szczególności do oferty Odwołującego załączony został wydruk ze strony internetowej producenta potwierdzającego zgodność z dyrektywą UE 1999/5/EC, o którym mowa w załączniku nr 4 do OPZ, kod tabeli IT.ACPC.24, a Zamawiający kwestionuje brak załączenia tłumaczenia na język polski tego dokumentu, mimo, iż zaniechał wezwania Odwołującego na podstawie art. 23 ust. 3 Pzp do uzupełnienia tego braku i wezwał Odwołującego jedynie do złożenia brakującego wydruku ze strony internetowej producenta;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, w sytuacji, gdy jako nieodpowiadająca treści SIWZ powinna być odrzucona przez Zamawiającego, z uwagi na poniższe fakty:
 - 1) niepodania przez Przystępującego nazwy oprogramowania dla pozycji IT.PC.1.22. OPZ, a nie uzupełniana przez Zamawiającego w zakresie dotyczącym Przystępującego w sposób naruszający zasadę przeprowadzania postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania;
 - 2) brak wypełnienia formularza ofertowego w zakresie pkt 1 zobowiązań wykonawcy oraz formularza cenowego oferty Przystępującego, w sposób pozwalający na określenie faktycznej ceny oferowanej przez Przystępującego wobec wykreślenia cen znajdujących się w formularzu cenowym i wprowadzeniu nowych cen w sposób sprzeczny w wymogami postępowania przetargowego;
 - 3) brak informacji, jakie podmioty udostępniają osoby wskazane w

Wykazie osób wyznaczonych do wykonania zamówienia;

- 4) uzupełnienie wymaganej w SIWZ dokumentacji przez Przystępującego po udzieleniu dodatkowych wyjaśnień przez Zamawiającego, a zatem z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, w sytuacji, gdy w ofercie tej z wysokim prawdopodobieństwem, jako produkt mający wypełniać wymagania opisane w Załączniku nr 3 do OPZ pozycja tabeli MBAZ.005, został zaferowany produkt nie odpowiadający treści SIWZ.

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) odrzucenia oferty Przystępującego;
- 5) powtórzenie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał na następujące okoliczności odnoszące się do podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Ad. 1)

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z pkt 9.C.5 SIWZ wykonawca zobowiązany był do złożenia wydruku ze strony internetowej producenta potwierdzającego zgodność z dyrektywą UE 1999/5/EC, o którym mowa w załączniku nr 4 do OPZ, kod tabeli IT.ACCP.24. Formą wypełnienia tego wymogu był więc wyłącznie „wydruk ze strony internetowej producenta”. Wydruk nie musiał zawierać np. certyfikatu, lecz potwierdzać, zgodność z dyrektywą UE 1999/5/EC urządzenia oferowanego przez Odwołującego w ofercie. Podkreślił, że takim potwierdzeniem był załączony wydruk ze strony internetowej (zarówno w ofercie Odwołującego - karta 2580 oferty Odwołującego, jak i ponownie w piśmie z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 27 lutego 2013 r.), ponieważ:

1. urządzenie to nie mogłoby być wprowadzone do obrotu handlowego, gdyby nie spełniało wymogów dyrektywy UE.
2. wydruk ze strony internetowej, która została przedłożona Zamawiającemu przez Odwołującego wskazuje na wypełnienie norm zharmonizowanych w zakresie wszystkich wymaganych obszarów dla dyrektyw:

- (i) LVD - niskonapięciowej, obejmującej bezpieczeństwo: EN60950-1:2006 + A11:2009 + A1:2010 + A12:2011; EN 62479:2010;
- (ii) EMC - kompatybilności elektromagnetycznej: EN55022:2010; EN60601-1-2:2007;
- (iii) R&TTE - o urządzeniach radiowych i końcowych sieci telekomunikacyjnej: EN 301 489 - 1 V1.8.1; EN 301 489 -17 V2.1.1; EN 50385:2003.

Podkreślił, że jedynie z ostrożności procesowej dołączył do swojej oferty certyfikat deklaracji zgodności (niewymagany w SIWZ, bowiem zgodnie z SIWZ wymagany był wydruk ze strony internetowej) - karta 2539 oferty Odwołującego. Wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp skierowane do Odwołującego było jego zdaniem mylące, niejednoznaczne i nie oddawało, jak ocenia to Odwołujący na podstawie analizy protokołów oceny ofert, faktycznej oceny ofert Zamawiającego umieszczonego w protokole z oceny ofert przeprowadzonej w dniach 5 - 18 lutego 2013 r. W tym protokole, którego treść Odwołujący załączył do odwołania, Zamawiający oświadczył, że względem oferty Odwołującego stwierdził „brak tłumaczenia na język polski:

- a) Wydruku ze strony internetowej producenta potwierdzającego zgodność z polskimi regulacjami, o których mowa w załączniku nr 4 do OPZ, kod tabeli IT.ACCP.23,
- b) Wydruku ze strony internetowej producenta potwierdzającego zgodność z dyrektywą UE 1999/5/EC, o którym mowa w załączniku nr 4 do OPZ, kod tabeli IT.ACCP.24, o których mowa w pkt 9.C.4 i 5 SIWZ."

Tymczasem w wezwaniu z dnia 21 lutego 2013 r. skierowanym przez Zamawiającego do Odwołującego Zamawiający stwierdził, iż wzywa Odwołującego „na podstawie art. 23 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia:

- a) brakującego Wydruku ze strony internetowej producenta potwierdzającego zgodność z polskimi regulacjami, o których mowa w załączniku nr 4 do OPZ, kod tabeli IT.ACCP.23 wraz z tłumaczeniem na język polski (jeżeli wydruk jest w języku obcym),
- b) Wydruku ze strony internetowej producenta potwierdzającego zgodność z dyrektywą UE 1999/5/EC, o którym mowa w załączniku nr 4 do OPZ, kod tabeli IT.ACCP.24 wraz z tłumaczeniem na język polski, których mowa w pkt 9.C.4 i 5 SIWZ."

Wezwanie to w ocenie Odwołującego nie dotyczyło uzupełnienia brakującego tłumaczenia dołączonego certyfikatu zgodności (karta 2539 oferty Odwołującego), który nie był wydrukiem ze strony internetowej, lecz wydrukiem ze strony internetowej, a wykonawca miał pełną podstawę odczytać wezwanie Zamawiającego literalnie - o ponowne dołączenie wydruku ze strony internetowej, które (być może) nie było czytelne w wersji załączonej do oferty Odwołującego (karta 2580 oferty Odwołującego). Podkreślił jednak, że z uwagi na to, że informacje ze strony internetowej producenta są umieszczone w języku polskim, tłumaczenie nie było konieczne, jeśli zaś oczekiwaniem Zamawiającego w kontekście

wypełnienia wymogów SIWZ, choć w jego ocenie, istotnie wykraczającego poza literalne brzmienie SIWZ, było dołączenie tłumaczenia z załączonego certyfikatu zgodności z dyrektywą UE 1999/5/EC, to taka powinna być treść wezwania skierowanego do Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż pkt 9.C.4 i 9.C.5 SIWZ, na który Zamawiający powołuje się m.in. w wezwaniu z dnia 21 lutego 2013 r., nie odnosi się do tłumaczenia na język polski dokumentacji, stąd także można wywieść, iż Zamawiającemu nie chodziło zatem o uzupełnienie brakującego tłumaczenia. Odwołujący wskazał także na niezrozumiałe w jego ocenie różnicowanie Zamawiającego wymogu załączenia tłumaczenia w odniesieniu do różnych typów dokumentacji produktów będących przedmiotem oferty. Z jednej strony Zamawiający dopuszcza brak tłumaczenia dla kluczowych dla udowodnienia spełnienia wymogów SIWZ dokumentów określonych w pkt 9.C.2 SIWZ, z drugiej strony rozszerza wymóg tłumaczenia na dokumenty dołączone przez Odwołującego wyłącznie z ostrożności procesowej w postaci certyfikatu zgodności z dyrektywą UE 1999/5/EC. mimo, że wymagany jest wyłącznie wydruk ze strony producenta, który w oryginale jest w języku polskim.

Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było jego zdaniem całkowicie bezzasadne.

Ad. 2)

I.

Zdaniem Odwołującego oferta Przystępującego została niezasadnie uzupełniona jednostronnie przez Zamawiającego w załączniku nr 4 do OPZ kod tabeli IT.PC.1.22 w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Uchybienie w postaci niewskazania oprogramowania w pozycji IT.PC.1.22 nie może być traktowane jako nieistotna w rozumieniu tego przepisu. Oferta nie zawierająca tych danych lub zawierająca w tym zakresie dane niepełne, w swej treści w jego ocenie nie odpowiadała treści SIWZ i powinna być odrzucona przez Zamawiającego. Odwołujący zaznaczył też, że brak tego elementu w ofercie Przystępującego jako wysoce merytoryczny nie podlega uzupełnieniom na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na jego zawężone stosowanie zgodnie z przeważającą doktryną. Wskazał też na stanowisko Przystępującego - identyczne jak podkreślił – które było podnoszone w jego piśmie z dnia 11 lutego 2013 r. co do uzupełniania brakujących w ofercie Asseco Poland S.A. brakujących w ich ofercie nazw urządzeń i oprogramowania, co było odstępianiem przez Zamawiającego od skierowania w tym zakresie wezwań do uzupełnienia. Oferta Asseco Poland S.A. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem w załączniku nr 4 do OPZ: wykonawca ten nie podał nazwy oprogramowania, zgodnie z wymaganiem: IT.PC.1.20, IT.PC1.22, IT.LAP.

W ofercie Przystępującego zaś Zamawiający nawet bez wezwania sam uzupełnił

brakującą nazwę oprogramowania dla pozycji IT.PC.1.22, a nie miał takiej możliwości uzupełnienia treści oferty Przystępującego. Sytuacja uzupełnienia brakującej nazwy oprogramowania dla pozycji IT.PC.1.22 zdaniem Odwołującego nie stanowi żadnej z przewidzianych przepisem omyłek, w szczególności nie może zostać uznana za omyłkę nieistotną w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Według niego jako naruszające zasadę wyrażoną w art. 7 Pzp należy uznać różne traktowanie w tym przypadku Przystępującego i wykonawcy Asseco Poland S.A. W ocenie Odwołującego wymagania określone w pozycjach załącznika nr 4 do OPZ kod tabeli IT.PC.1.20 i IT.PC1.22 są rozdzielne merytorycznie, a świadczy o tym zarówno treść tych wymagań, jak i samo ich wydzielenie przez Zamawiającego.

Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, iż dokonane poprawki w ofercie Przystępującego w pozycji kod tabeli IT.PC1.22 załącznika nr 4 do OPZ, odpowiada przesłankom jakichkolwiek omyłek wskazanych w Pzp. Brak wskazania jednego ze składników cenotwórczych wymaganego przez Zamawiającego niezależnie od wielkości jego wpływu na wartość oferty, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, niemieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołującemu nie były znane przesłanki, na podstawie których Zamawiający za Przystępującego wpisał do jego oferty oprogramowanie, które miałyby być zaoferowane przez Przystępującego w ramach jego oferty. W konsekwencji, dokonana przez Zamawiającego zmiana treści oferty Przystępującego spowodowała powstanie oświadczenia woli Przystępującego o nowej treści. Powołując się na orzecznictwo KIO wskazał na ważną przesłankę wskazaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, którą jest istotność omyłki, a nie łatwość w jej poprawieniu (wyrok KIO z 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 34/09).

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie mógł zakwalifikować powyższej niezgodności oferty S&T Services Polska sp. z o. o. z SIWZ jako omyłki ponieważ czym innym jest omyłkowe zaznaczenie niewłaściwej odpowiedzi spośród kilku zaproponowanych w formularzu, a czym innym wpisanie pełnego wyrażenia w miejsce pozostawione w formularzu specjalnie celem wpisania właściwej odpowiedzi. W tym przypadku znacznie bowiem trudniej popełnić omyłkę, wpisanie samodzielnie właściwej odpowiedzi wymaga większej uwagi i większego zaangażowania ze strony osoby uzupełniającej formularz i jej niewpisanie należy traktować według Odwołującego jako zamierzone działanie Przystępującego. Nawet gdyby uznać tą niezgodność oferty Przystępującego jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ to nieuprawnionym jego zdaniem było uznanie powyższej omyłki jako nie powodującej istotnych zmian w treści oferty. W opinii Odwołującego wpisanie nazwy oprogramowania w pozycji kod tabeli IT.PC1.22 załącznika nr 4 do OPZ jest istotną zmianą treści oferty Przystępującego i odnosi się do całości

odrębnego obszaru funkcjonalnego oprogramowania, które zostało przez Zamawiającego wydzielone do wymagania IT.PC1.22.

II.

W ofercie Przystępującego zaoferowane ceny zostały przekreślone i odręcznie poprawione. Obok poprawek zostały wpisane inne ceny odręcznie, które jednak nie zostały potwierdzone w formularzu ofertowym przez jednoznaczne wskazanie osoby, umocowanej do reprezentacji Przystępującego. Za takie potwierdzenie według Odwołującego nie może być uznana nieczytelna parafka nieznannej osoby bez wskazania czyją parafką zostały oznaczone zmiany, gdyż autoryzacja poprawek odręcznych winna być podpisana wraz z jednoznacznym oznaczeniem osoby, która składa ten podpis. W ocenie Odwołującego formularz ofertowy Przystępującego został zmodyfikowany, a z dokumentacji wynika, że modyfikacja nastąpiła po podpisaniu tego formularza przez umocowaną do reprezentacji Przystępującego Panią M..... M..... W tej sytuacji w ocenie Odwołującego ktokolwiek i w dowolnym momencie mógłby wprowadzić zmiany do oferty Przystępującego, co sprzeczne jest z zasadą jednoznaczności i oznaczoności w postępowaniach publicznych z dopuszczeniem sytuacji postautoryzacji lub odmowy autoryzacji przez osobę faktycznie umocowaną do reprezentacji danego wykonawcy, poprzez późniejsze wyjaśnienie złożone do Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego niedopuszczalne jest uznanie wyjaśnień złożonych przez Panią M..... M....., która podpisała formularz ofertowy dotyczący personaliów osoby zmieniającej treść tego formularza ofertowego, która wpłynęła do Zamawiającego po otwarciu ofert. W tym stanie faktycznym według Odwołującego oferta Przystępującego nie zawierała oferowanej ceny, a zatem podlegała odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadająca treści SIWZ a niedokonanie tej czynności przez Zamawiającego jednoznacznie wskazuje na okoliczność naruszenia tego przepisu.

III.

Z protokołu oceny ofert przez Zamawiającego w zakresie oferty Przystępującego Odwołujący wywodzi, iż Zamawiający stwierdził w tej ofercie: brak informacji w wykazie, jakie podmioty udostępniają osoby wskazane w Wykazie osób wyznaczonych do wykonania zamówienia. Podkreślił, że skoro z oferty Przystępującego nie wynika, jakie podmioty udostępniają wymagane zasoby, to oznacza to, że Wykonawca nie wypełnił wymogu. Późniejsze wyjaśnienia jego zdaniem nie mogą zastępować lub uzupełniać złożonych do oferty oświadczeń, bowiem nie przewiduje to tryb ustawy Pzp. W takim przypadku oferta Przystępującego według Odwołującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a niedokonanie tej czynności przez Zamawiającego jednoznacznie wskazuje na okoliczność naruszenia tego przepisu.

IV

Odwołujący wskazał na nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia poprzez udzielenia dodatkowego czasu dla Przystępującego przez Zamawiającego do opracowania zestawu dokumentacji zgodnie z pkt 9.C.2 SIWZ poprzez dodatkowe uszczegółowienie zakresu dokumentów do złożenia. Wskazał, że na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.02.2013 r. zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (do oferty S&T Services Polska sp. z o. o. dołączono część a nie całość drukowanego wyciągu z dokumentacji) Przystępujący odpowiedział w dniu 22.02.2013 r. składając zapytanie do Zamawiającego czy w związku z obszerną dokumentacją Zamawiający oczekuje, że wykonawca wydrukuje i załączy całość. Zamawiający tymczasem na powyższe odpowiedział w dniu 22.02.2013 r. określając sposobu wypełnienia wymagania oraz określając termin dostarczenia dokumentacji papierowej na dzień 1.03.2013 r. Podkreślił, że inni oferenci nie mieli możliwości otrzymać tych dodatkowych wyjaśnień Zamawiającego, do mogłoby im ułatwić sporządzenie oferty i wpłynąć na ich merytoryczną treść.

Ad. 3)

W ocenie Odwołującego oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymagania wskazanego przez Zamawiającego w Załączniku nr 3 do OPZ pozycja tabeli: MBAZ.005 Obsługa wielu baz danych w ramach jednej instancji. Podkreślił, że jedynie zaawansowane rozwiązania baz danych mogą potencjalnie spełnić łącznie 61 wymagań wskazanych w obszarze MBAZ. Do tego typu zaawansowanych rozwiązań należą produkty DB2 firm IBM, Oracle Database firmy Oracle, czy Sybase firmy SAP. Odwołujący przeprowadził analizę oferty rynkowej Przystępującego w oparciu o dostępne informacje wskazał, że powyższe prowadzi do wniosku, że z bardzo wysokim prawdopodobieństwem oferta Przystępującego w zakresie wymagań MBAZ oparta została o produkty firmy Oracle. Odwołujący podniósł, że oprogramowanie baz danych firmy Oracle nie spełnia co najmniej jednego z 61 wymagań typu MBAZ, tj. wymagania MBAZ.005. Jego zdaniem sposób budowy i konfiguracji bazy danych Oracle tj. jego podstawowa cecha jest taka, że instancja może zamontować i otworzyć tylko pojedynczą bazę danych (co najwyżej pojedynczą bazę danych). Na dowód powyższego Odwołujący przytoczył informacje dostępne bezpośrednio na stronie producenta Oracle, z których wynika z nich, że instancja może zamontować i otworzyć tylko (co najwyżej) jedną bazę danych, a termin „instancja” i „baza danych” w przypadku rozwiązania oferowanego przez firmę Oracle są tożsame: źródło:

<http://asktom.oracle.com/pls/asktom/f7p-100:ll:0::::P11>

QUESTION ID:1631683800346891854)

oraz źródło: dokumentacja dla Oracle® Database Concepts 11g Release 2 (11.2) Part

Number E25789-01

http://docs.oracle.com/cd/E11882_01/server.112/e25789/intro.htm#i68236)

W związku z powyższym Odwołujący zwrócił się do Krajowej Izby Odwoławczej o weryfikację produktu podanego przez Przystępującego dla realizacji wymagań MBAZ określonych przez Zamawiającego w pozycji MBAZ.01 System bazy danych (RDBMS) dla centralnego repozytorium danych pozwalający na pracę 500 użytkowników, znajdującego się w zakresie oferty Przystępującego objętego tajemnicą przedsiębiorstwa. W przypadku, gdy Przystępujący podał w tej pozycji oprogramowanie firmy Oracle, to oznacza to, że nie zostało spełnione wymaganie MBAZ.005, a tym samym oferta ta nie odpowiada treści SIWZ i Zamawiający powinien dokonać czynności odrzucenia jej na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Co do ostatniego za zarzutów złożył oświadczenie o jego wycofaniu w sytuacji gdyby weryfikacja oferty Przystępującego wykazała, że w tym zakresie jest oferowane innego rodzaju produkt niż produkt Oracle.

II. Stanowisko Zamawiającego

W toku rozprawy Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Co do pierwszego z zarzutów wskazał, że Odwołujący do swojej oferty załączył na s. 25-30 wydruk ze strony internetowej producenta, który nie potwierdza zgodności z dyrektywą UE 1999/5/EC. Zamawiający uznał, że wymogu z pkt 9 lit. c ppkt 5 SIWZ załączony przez Odwołującego wydruk nie potwierdzał. Jednocześnie stwierdził też, że Odwołujący załączył do oferty na s. 25-39 deklarację zgodności w języku angielskim, która, gdyby została przez Odwołującego załączona w polskiej wersji językowej lub wraz z tłumaczeniem, to potwierdzałaby spełnienie wskazanego wymogu. Z tych też względów Zamawiający wezwał pismem z dnia 21 lutego 2013 r. Odwołującego o uzupełnienie dokumentu wraz z tłumaczeniem, który potwierdzałby spełnienie wskazanego wymogu. Odwołujący w wyniku tego żądania w dniu 27 lutego 2013 r. jeszcze raz załączył ten sam wydruk ze strony internetowej niepotwierdzający wskazanego wymogu i dodatkowo przedłożył tłumaczenie deklaracji zgodności zupełnie innego urzędnika, niż wskazane w ofercie. Zamawiający uznał, że nie ma uprawnień do ponownego wezwania go do uzupełnienia dokumentu, potwierdzającego spełnianie wskazanego wymogu.

Co do zarzutu nieuprawnionego poprawienia oferty Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w poz. IT.PC.1.22 w załączniku nr 4 do OPZ Zamawiający wskazał, że część tych wymagań pokrywa się ze sobą i tak jest też w przypadku wymagań opisanych w pkt IT.PC.1.20 i IT.PC.1.22. Wskazał, że w ofercie Przystępującego w spornej pozycji zostało miejsce w tabeli zostało wypełnione przez Przystępującego poprzez wpisanie słowa „tak”. Przystępujący faktycznie nie określił tam nazwy oprogramowania, ale uczynił to w pozycji wcześniejszej, stąd też Zamawiający uprawniony był do powielenia wskazanego w pozycji IT.PC.1.20 jednego z oprogramowań. Zamawiający wskazał też na podobieństwo funkcjonalności opisanych w SIWZ w pozycji IT.PC.1.20, z funkcjonalnościami z pozycji IT.PC.1.22. Przywołał w tym zakresie zapisy tire 4 i ostatniego z pozycji IT.PC.1.20, które stanowią wypełnienie funkcjonalności opisanych w pozycji IT.PC.1.22, do słowa „reinstalacji”. Zamawiający podkreślił, że jest to oprogramowanie, dotyczące jednego zestawu komputerowego i wszystkie funkcjonalności opisane w tym zakresie w SIWZ zazębiają się, tym samym zastosowane oprogramowanie z pozycji IT.PC.1.20 będzie realizować także funkcjonalności opisane w pozycji IT.PC.1.22 w całości. Wskazał też, powołując się na orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych, na obowiązek po stronie Zamawiającego poprawienia nieistotnych niezgodności merytorycznych treści oferty SIWZ. Podkreślił, że Zamawiający również w ofercie Odwołującego dokonywał podobnych poprawek.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu nie zaoferowania ceny za przedmiot zamówienia z powodu przekreśleń zaoferowanych cen i odręcznego ich poprawienia przez tego wykonawcę Zamawiający wskazał, że w formularzu ofertowym Przystępującego została wyraźnie wskazana cena ofertowa, poprawiona i parafowana. Brak jest – jego zdaniem - wątpliwości, jaką cenę Przystępujący zaoferował. Podkreślił, że jedynie w formularzu cenowym nie parafowano błędnej ceny brutto, wskazanej przez wykonawcę słownie. Wszystkie inne ceny w tym formularzu, jak i formularzu ofertowym były prawidłowo i w sposób klarowny określone przez Przystępującego. Jeśli chodzi o parafy przy poprawionych cenach, to Zamawiający ustalił, że na s. 178 oferty Przystępującego znajduje się pełnomocnictwo z dnia 17 stycznia 2013 r., uprawniające do podpisania oferty odrębnie, każdą z trzech osób wskazanych w tym pełnomocnictwie. Oprócz pani M..... M....., podpisującej się pod formularzem ofertowym i cenowym, w treści pełnomocnictwa wymieniono także pana P..... G....., który dokonał parafowania wskazanych poprawek w cenach. Zamawiający, dla potwierdzenia powyższego, uzyskał od Przystępującego stosowne wyjaśnienia. Zamawiający jednocześnie podniósł, że nawet gdyby pod poprawkami podpisała się inna osoba, byłby on zobowiązany do wezwania Przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na poparcie swojej argumentacji przywołuje orzecznictwo KIO oraz SN, wskazujące, że podpis

nie musi być czytelny. Zamawiający wyjaśnił również, że określenie słownie ceny brutto formularza cenowego oferty Przystępującego, zostało przez Zamawiającego poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako oczywista omyłka pisarska, a powyższe nie było kwestionowane przez Odwołującego.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu braku wskazania w wykazie osób, jakie osoby udostępniają osoby wskazane w rzeczonym wykazie Zamawiający wskazał, że zgodnie z wymogami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy..., Zamawiający żądał przy wykazie osób informacji o podstawach dysponowania tymi osobami przez wykonawcę i wystarczające w tym zakresie jest wskazanie dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wskazał, że informacje dotyczące potencjału osobowego w ofercie Przystępującego zawarte były na str. 164-172 oferty, zaś przedmiotem wyjaśnienia Zamawiającego w tym zakresie było, być może na wyrost, upewnienie się, których zobowiązań podmiotu trzeciego dotyczą wskazania, co do trzech osób wymienionych w wykazie. Wskazał, że brak było w tym zakresie podstaw do wzywania do uzupełniania dokumentu.

Co do zarzutu związanego z nierównym traktowaniem wykonawców w postępowaniu z powodu uzyskania przez Przystępującego od Zamawiającego dodatkowych informacji związanych ze sporządzeniem oferty Zamawiający wyjaśnił, że nie określił dodatkowego czasu Przystępującemu na uzupełnienie dokumentów. Wyjaśnił, że pierwotnie w ofercie Przystępującego, na potwierdzenie spełniania wymogu z pkt 9c ppkt 2 SIWZ, Zamawiający otrzymał w ofercie dokumenty w wersji papierowej, ale również płytę CD i w tym zakresie powziął wątpliwość, czy Przystępujący, jako wyciąg z dokumentacji, rozumie tylko dokumenty przedłożone w wersji papierowej, czy też dokumenty zamieszczone na płycie CD. Uwzględniając powyższe Zamawiający skierował zapytanie do Przystępującego (21 lutego 2013 r.), wyznaczając czas na wyjaśnienia do dnia 26 lutego 2013 r. Przystępujący niezwłocznie, dnia 22 lutego 2013 r., wyjaśnił Zamawiającemu, że na płycie CD jest duża ilość dokumentów, około 30 tys. stron, wskazując na wątpliwość, czy ma obowiązek wydruku tych dokumentów. W związku z powyższym Zamawiający, uznając, że dokumenty zamieszczone na płycie CD stanowią także wyciąg z dokumentacji wymagany pkt 9c ppkt 2 SIWZ, zażądał uzupełnienia tych dokumentów, tj. przedłożenia wymaganej - w papierowej formie - wyciągu z dokumentacji. Wyznaczył w tym zakresie także Przystępującemu odpowiedni termin tygodnia na uzupełnienie tych dokumentów. Zamawiający podkreślił, że nawet ewentualne uznanie zasadności tego zarzutu, pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej sprzeczności z SIWZ w zakresie wymogu MBAZ.005 „Obsługa wielu baz danych w ramach jednej

instancji" zawartego w Załączniku nr 3 do OPZ Zamawiający wskazał, że Odwołujący przedstawił w swoim zarzucie argumentację, która nie jest adekwatna do treści oferty Przystępującego. W ofercie tej bowiem zaoferowano inny sprzęt, niż ten, na który powołuję się Odwołujący, a sprzęt oferowany przez Przystępującego spełnia wymogi SIWZ.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący złożył przystąpienie po stronie Zamawiającego, wnosząc, o oddalenie odwołania. W piśmie z dnia 26 marca 2013 r. Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w przystąpieniu i odniósł się do poszczególnych zarzutów odwołania.

Co do zarzutu dotyczący bezzasadności odrzucenia oferty Odwołującego Przystępujący podkreślił, że, istota zarzutu sprowadza się do twierdzenia, że Zamawiający w sposób nieprecyzyjny wezwał Odwołującego do przedstawienia tłumaczenia dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot spełnia wymagania Zamawiającego. Według niego w wezwaniu z dnia 21 lutego 2013 r. Zamawiający sformułował jasne oczekiwania, z których wynika konieczność uzupełnienia tłumaczenia. Jeżeli nie zostało ono uzupełnione, jest oczywiste, iż Zamawiający nie miał innego wyjścia, jak tylko odrzucić ofertę, nie tylko dlatego, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, lecz także dlatego, że jest sprzeczna z ustawą, to jest - wbrew treści art. 9 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, jest w części sporządzona w języku obcym, a więc jest sprzeczna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Przystępujący stwierdził ponadto, że w razie ustalenia przez Izbę, iż nieuzasadnione są dalsze zarzuty Odwołującego (w których domaga się on odrzucenia oferty Przystępującego), to odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu także dlatego, że jego rozpoznanie nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta Odwołującego jest mniej korzystna, niż oferta Przystępującego, a więc nawet, gdyby nie podlegała odrzuceniu, i tak nie mogłaby zostać wybrana. W ocenie Przystępującego, jedynym celem kwestionowania przez Odwołującego zasadności odrzucenia jego oferty, jest zachowanie interesu prawnego w domaganiu się odrzucenia oferty Przystępującego, a w konsekwencji doprowadzenie do unieważnienia postępowania. Podkreślił jednak, że żądanie odrzucenia oferty Przystępującego jest pozbawione jakichkolwiek podstaw.

Co do zarzutu nieprawidłowego uzupełnienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Przystępujący wskazał, że zarzut ten sprowadza się do tego, iż w pozycji JT.PC.1.22" Zamawiający w sposób nieuprawniony wpisał samodzielnie nazwę oprogramowania, która omyłkowo nie została wskazana przez Przystępującego. Podkreślił, że Odwołujący stara się wykazać, że omyłka ta nie mogła zostać poprawiona, gdyż nie może zostać uznana za nieistotną w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przystępujący

stwierdził, że poprawienie omyłki przez Zamawiającego było dopuszczalne i prawidłowe, z następujących względów:

a) w pozycji „IT.PC.1.22” Zamawiający wymagał zaoferowania produktu opisanego jako „oprogramowanie narzędziowe do wykonania kopii bezpieczeństwa systemu operacyjnego i danych użytkownika na dysku twardym i dyskach zewnętrznych np. CD-ROM oraz ich odtworzenie po ewentualnej awarii systemu operacyjnego bez potrzeby jego reinstalacji. Oprogramowanie diagnostyczne umożliwiające wykrywanie usterek z wyprzedzeniem”. Chodziło o oprogramowanie, którego funkcją było zabezpieczenie danych przed skutkami awarii. Tymczasem w pozycji „IT.PC.1.20”, dwa wiersze powyżej, Zamawiający wymagał zaoferowania oprogramowania narzędziowego realizującego szereg cech, w tym także zabezpieczanie przed skutkami awarii (wymienione w tiret czwartym „najważniejszych funkcji oprogramowania”). W pozycji „IT.PC.1.20” Wykonawca wpisał nazwę kilku produktów, w tym oferowanego oprogramowania, to jest „DELL Backup and Recovery Manager for Windows 7”. To samo oprogramowanie realizuje także funkcje zabezpieczenia danych wymagane w pozycji „IT.PC.1.22”. Z tego właśnie względu, Przystępujący omyłkowo nie wypełnił pozycji „IT.PC.1.22” - ponieważ oprogramowanie, które miało realizować wymagane tam funkcje, zostało już zaoferowane w pozycji „IT.PC.1.20”. Ponieważ przyjęta przez Zamawiającego konstrukcja SIWZ pociągała za sobą konieczność powtórzenia nazwy oferowanego produktu w kilku pozycjach, jeżeli realizuje kilka funkcjonalności, należy przyjąć, że faktycznie Przystępujący powinien był powtórzyć nazwę „DELL Backup and Recovery Manager for Windows 7”, a więc nie wypełnienie tabeli w tym miejscu było „omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

b) Omyłka ta była równocześnie nieistotna, ponieważ jej poprawienie nie powoduje jakichkolwiek merytorycznych zmian w treści oferty Przystępującego. Wynika to z następujących faktów: (i) do oferty nie jest „dodawany” żaden dodatkowy produkt - poprawienie omyłki ma charakter czysto formalny - stanowi potwierdzenie, iż funkcje wymagane w pozycji „IT.PC.1.22” realizuje oprogramowanie „DELL Backup and Recovery Manager for Windows 7” wskazane już w ofercie, w pozycji „IT.PC.1.20”, oraz (ii) poprawienie omyłki nie pociągnęło za sobą konieczności zmiany ceny.

Odwołujący twierdzi też, że poprawienie omyłki narusza zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ w analogicznym przypadku Zamawiający nie dokonał

poprawienia oferty Asseco Poland S.A. i odrzucił ofertę tego wykonawcy. Przystępujący, ustosunkowując się do powyższego zarzutu, stwierdza, że przypadek Asseco Poland S.A. nie był analogiczny, między innymi dlatego, że poprawienie omyłki tego wykonawcy pociągałoby za sobą merytoryczną zmianę jego oferty. Co więcej, Zamawiający nie mógł dokonać samodzielnie „poprawienia” oferty Asseco, ponieważ musiałby samodzielnie ustalić, jakie konkretnie produkty należałoby zaoferować w pozycjach niewypełnionych przez Asseco. Zmiany takie miałyby więc istotne znaczenie z punktu widzenia ceny oferty Asseco, w szczególności trudno oszacować wpływ tych zmian na cenę.

Na marginesie Przystępujący stwierdził również, że podnoszenie przez Odwołującego argumentu, iż oferta Asseco Poland sp. z o. o. została oceniona z naruszeniem zasady równego traktowania, jest bezprzedmiotowe, ponieważ Odwołujący nie ma interesu w domaganiu się powtórnej weryfikacji oferty Asseco Poland S.A. (która była korzystniejsza, niż oferta Odwołującego).

Co do zarzutu „braku zaoferowanej ceny” w związku z odręcznym poprawieniem kwot Odwołujący wywodzi z faktu, iż w ofercie Przystępującego zaoferowane ceny zostały przekreślone, a nowe ceny zostały wpisane ręcznie i zaparafowane przez „nieznaną osobę”. Przystępujący potwierdził, że ostateczne ceny zostały wpisane do formularza ofertowego na krótko przed złożeniem ofert, już po przygotowaniu drukowanej wersji oferty, zaś ręczne wpisanie cen wynikało z braku możliwości wydrukowania i dokonania zmiany dokumentu w całości. Podkreślił, że cały dokument (obejmujący także odręczne poprawki) został podpisany przez osobę umocowaną - Panią M..... M..... Według niego odręczne wprowadzenie poprawek do dokumentu jest jednak w pełni dopuszczalne, z następujących przyczyn:

- a) zmiana w stosunku do tekstu drukowanego została dokonana przez osobę umocowaną do reprezentacji Przystępującego, ujawnioną w dokumencie pełnomocnictwa załączonym do oferty (przez Pana P..... G.....).
- b) zmiana została dokonana przed upływem terminu związania ofertą,
- c) Pan P..... G..... złożył przy każdej poprawce własnoręczny podpis (co prawda podpis w postaci skróconej, ze względu na ograniczoną ilość miejsca, jednak z pewnością nie parafę, jak zarzuca Odwołujący), nawet zaś, gdyby to była faktycznie parafa, to nie zmienia to w żaden sposób faktu, iż oferta (wraz z jej modyfikacjami) została złożona przez osoby umocowane do reprezentacji Przystępującego.
- d) Wykonawca nie jest związany wymaganiami co do formy oferty, lecz co do jej treści, co oznacza, że wypełnienie formularza ofertowego może nastąpić w dowolny sposób, w tym w szczególności pismem odręcznym.
- e) poprawki w ofercie zostały dokonane w sposób niebudzący wątpliwości co do intencji

-poprzez przekreślenie tekstu i odręczne wpisanie nowego. Oświadczenie woli osoby umocowanej do reprezentacji Przystępującego zostało złożone w sposób jednoznaczny.

- f) nawet ewentualne niewykazanie umocowania do reprezentacji osoby, która dokonała poprawek, nie może pociągnąć za sobą odrzucenia oferty, lecz jest podstawą do wezwania do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Podkreślił, że dla skuteczności działania pełnomocnika nie jest kluczowe to, czy wylegitymował się dokumentem pełnomocnictwa, lecz to, czy w momencie dokonywania czynności posiadał do niej umocowanie. Pan P..... G..... zaś w momencie wpisywania cen do oferty Przystępującego, był do tego umocowany, co wprost wynika z pełnomocnictwa załączonego do oferty i zostało potwierdzone wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego. Przystępujący stwierdził ponadto, że zarzut Odwołującego de facto oznacza zakwestionowanie faktu, iż to Pan P..... G..... jest osobą, która dokonała zmiany oferowanej ceny. Podniósł, że Odwołujący postawił tezę, iż nie wiadomo, kto dokonał modyfikacji oferty i kiedy to nastąpiło. Według Przystępującego są to niedopuszczalne insynuacje ocierające się o sugestię popełnienia przestępstwa, wymierzone przede wszystkim przeciwko Zamawiającemu, bowiem to w jego dyspozycji znajdowała się oferta po terminie jej złożenia. Odwołujący według Przystępującego nie przedstawił żadnego dowodu, czy choćby poszlaki, mogącej potwierdzić czy przynajmniej uprawdopodobnić tezę, że to nie Pan P..... G..... był osobą wprowadzającą zmiany do oferty Przystępującego. Z uwagi na fakt, iż to Odwołującego obciąża w tym zakresie przeprowadzenie dowodu, zaś dotychczas prezentuje on wyłącznie gołosłowne zarzuty, nie mogą one być poważnie brane pod uwagę.

Podkreślił, że nawet, gdyby Odwołujący wykazał, iż to nie Pan P..... G..... dokonał zmiany oferty, to jedyną konsekwencją takiego stanu byłoby wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Gdyby zaś, w następstwie wezwania, okazało się, że zmian dokonywała istotnie osoba nieposiadająca umocowania, to nawet wówczas oferta Przystępującego nie podlegałaby odrzuceniu. W ocenie Przystępującego należałoby przyjąć, iż wiążącym oświadczeniem Wykonawcy jest oferta z pierwotnie zaoferowaną ceną, zaś modyfikacja dokonana bez umocowania jest bezskuteczna. Przystępujący podkreśla jednak stanowczo, że zmiany oferty zostały dokonane przed terminem jej złożenia, przez osobę umocowaną, zaś wątpliwości i insynuacje Odwołującego są bezzasadne.

Co do zarzutu „braku informacji, jakie podmioty udostępniają osoby wskazane w wykazie osób wyznaczonych do wykonania zamówienia” Przystępujący podkreślił, że zarzut ten jest

niezrozumiały. Wskazał, że Przystępujący w wykazie osób, w pozycji „informacja o podstawie dysponowania” wpisał wyłącznie frazę „zasób własny” lub „zasób udostępniony”, nie podając szczegółowych informacji w tym zakresie. Wskazał, że Zamawiający nie zdefiniował stopnia szczegółowości wymaganych informacji o podstawie dysponowania osobami, więc taki sposób jej określenia należy uznać za dopuszczalny. Odpowiadając, na pytanie Zamawiającego, Przystępujący stwierdził, iż poszczególne osoby są udostępniane przez podmioty, których zobowiązania do udostępnienia zasobów zostały załączone do oferty. Wskazał, że nie ma żadnych wątpliwości, że zarówno wykaz osób w całości, jak i poszczególne elementy tego wykazu, mogą podlegać uzupełnieniom i wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 3 i 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jego zdaniem o ile można mieć wątpliwości, czy pytanie Zamawiającego było uzasadnione (tzn czy mógł on domagać się bardziej wyjaśnień, skoro nie zdefiniował w SIWZ poziomu szczegółowości informacji o podstawie dysponowania osobami), o tyle jest jasne, że Przystępujący w należyty i zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych sposób wykazał zarówno fakt, jak i podstawę dysponowania personelem niezbędnym do wykonania zamówienia.

Co do zarzutu nierównego traktowania wykonawców poprzez udzielenie Przystępującemu dodatkowego czasu do opracowania dokumentacji podkreślił, że postawienie tego zarzutu jest niezrozumiałe. Wskazał, że po wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów sformułowanym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczącego dokumentacji oferowanego rozwiązania, Przystępujący zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem, czy Zamawiający jaką część dokumentacji, obejmującej łącznie 30.000 stron, uzna za wystarczającą. Zamawiający odpowiadając na to pytanie nie dokonał żadnej modyfikacji treści SIWZ i podtrzymał swoje wymagania, stwierdzając, iż oczekuje dokumentacji w takim minimalnym zakresie, jaki jest niezbędny do oceny spełnienia danego wymagania (pismo z dnia 22 lutego 2013 r.). Tak więc, Przystępujący nie uzyskał jakichkolwiek dodatkowych informacji, lecz zmuszony był do uzupełnienia dokumentacji, która potwierdziła spełnienie wymagań. W konsekwencji, Przystępujący złożył dokumentację (13.000 stron), dokonując dokładnie takiego samego wyboru poszczególnych dokumentów, jakiego musiałby dokonać bez uzyskania wyjaśnień Zamawiającego.

Co do zarzutu dotyczącego niespełnienia jednego z wymagań przez oferowane przez Przystępującego produkty Oracle Przystępujący podniósł, że zarzut ten oparty jest na nieuzasadnionych domysłach co do treści niejawniej części oferty Przystępującego oraz jest całkowicie bezpodstawny, ponieważ Przystępujący nie oferuje produktów Oracle.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie i dodatkowo przedłożył jako dowód w sprawie oświadczenie producenta oprogramowania Dell

z dnia 25 marca 2013 r., na okoliczność wykazania, że oprogramowanie zaoferowane przez Przystępującego w pozycji 20 IT.PC.1.20 spełnia wszystkie wymagania postawione w pozycji IT.PC.1.22.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że z racji wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271), stosownie do art. 4 ust. 1 tej ustawy, do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy odwoławczej zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie w brzmieniu sprzed dnia wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej, tj. przed dniem 20 lutego 2013 r.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Izba stwierdziła również skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego dokonanego przez wykonawcę S & T Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba zweryfikowała wypełnienie w tym względzie wymogów formalnych skutecznego zgłoszenia przystąpienia, określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i stwierdziła ich wypełnienie przez wskazanego wykonawcę.

Izba ustaliła także, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W tym przypadku Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzuceniu oferty tego wykonawcy, jak również zarzuty wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w dostateczny sposób wykazał swój uszczerbek w uzyskaniu zamówienia, stosownie do regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zaskarżone czynności Zamawiającego bowiem w sposób bezpośredni pozbawiały Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu, które zostało opublikowane w dniu 14 listopada 2012 r. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę: 8 129 317,50 zł, co stanowi równowartość kwoty: 2 022 419,52 euro (pkt 2.2. protokołu ZP-PN). W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w terminie na składanie ofert, tj. do dnia 4 lutego 2013 r., wpłynęły 3 oferty, tj.: oferta Odwołującego i oferta Przystępującego oraz oferta złożona przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie. Zamawiający w piśmie z dnia 6 marca 2013 r. poinformował wykonawców o wynikach przedmiotowego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ. Szczegółowe uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego nie podlegało ujawnieniu w toku postępowania o zamówienie publiczne, a także w toku postępowania odwoławczego. Generalna przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego sprowadzała się do braku przedłożenia przez tego wykonawcę dokumentu potwierdzającego zgodność z dyrektywą UE 1999/5/EC, o którym mowa w załączniku nr 4 do OPZ (kod tabeli: IT.ACCP.24). Do oferty Odwołujący dołączył taki wydruk w języku angielskim, następnie wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia, załączył dokument (deklarację zgodności) potwierdzającą zgodność z dyrektywą UE 1999/5/EC, ale całkiem innego produktu niż zaoferowany w załączniku nr 4 do OPZ oraz którego dotyczy dokument w języku angielskim złożony w ofercie.

Wskazana czynność odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego oraz wybór oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej zostały zaskarżone do Izby w trybie odwołania aktualnie rozpoznawanego przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów odwołania Izba stwierdziła jego niezasadność.

Zgodnie z wymogiem SIWZ, opisanym w pkt 9 C ppkt 5 na potwierdzenie tego, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty wydruk ze strony internetowej producenta

potwierdzającego zgodność z dyrektywą UE 1999/5/EC, o którym mowa w załączniku nr 4 do OPZ (kod tabeli IT.ACCP.24). Na potwierdzenie spełniania powyższego wymogu Odwołujący załączył do swojej oferty wydruk ze strony internetowej (str. 2530 oferty Odwołującego). Załączony dokument zdaniem Zamawiającego nie potwierdzał spełniania wskazanego wymogu. Z treści tego dokumentu w żadnej mierze nie wynika jakiegokolwiek odwołanie do spełniania wskazanych wymogów, czy odesłanie wprost do przywołanej dyrektywy UE. Biorąc powyższe pod uwagę zasadnym było, aby Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wystąpił do Odwołującego z żądaniem uzupełnienia wskazanego dokumentu. Skierowane do Odwołującego w dniu 21 lutego 2013 r. wezwanie w tym trybie – zdaniem Izby – w sposób wyraźny wskazywało na brak przywołanego dokumentu przedmiotowego w ofercie. Jednocześnie też Zamawiający wskazał w tym wezwaniu na konieczność przedłożenia dokumentu w języku polskim – jak wyjaśnił w toku rozprawy – było to związane z tym, że niezależnie od przedłożonego w ofercie Odwołującego na str. 2530 wydruku ze strony internetowej Odwołujący na str. 2539 dołączył certyfikat Deklarację Zgodności, który potwierdzałby merytoryczne wymogi określone przez Zamawiającego w SIWZ, gdyby został złożony w języku polskim. Tymczasem ów certyfikat został złożony w ofercie w wersji anglojęzycznej. Okoliczności sprawy wskazują, że Odwołujący właściwie rozumiał treść wezwania o uzupełnienie dokumentów, gdyż przy piśmie z dnia 27 lutego 2013 r. objętego tajemnicą przedsiębiorstwa, oprócz ponownego przedłożenia tego samego co w ofercie wydruku ze strony internetowej przedłożył także treść Certyfikatu Zgodności w tłumaczeniu na język polski. Jak się jednak okazało przedłożony w wyniku uzupełniania dokumentów certyfikat wraz z jego tłumaczeniem był zupełnie innym dokumentem niż przedłożony w wersji anglojęzycznej w treści oferty. Uzupełniony dokument nie potwierdzał spełniania wymogów SIWZ, gdyż odnosił się do innego urzędnika niż oferowane przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający tym samym z uwagi na to, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jako wyjątek od zasady, że wszelkie dokumenty podmiotowe i przedmiotowe oraz pełnomocnictwa powinny zostać załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, powinien być interpretowany w sposób ścisły, nie wzywał ponownie Odwołującego do uzupełniania tego samego dokumentu. Podkreślić należy, że w świetle powyższego żądanie uzupełniania określonego dokumentu z powodu jego nieprzedłożenia w ofercie albo przedłożenia dokumentu, który zawiera określone błędy, powinno odbywać się jednokrotnie. Powyższe stanowi także wypełnienie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i zostało potwierdzone ukształtowaną linią orzeczniczą w tym względzie tak Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołów Arbitrów, jak i sądów okręgowych. W ocenie Izby okoliczności faktyczne i prawne

przedmiotowej sprawy wskazują, że wymagany w postępowaniu dokument przedmiotowy nie został przez Odwołującego załączony w sposób właściwy do oferty, jak i w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów. Załączony do oferty wydruk ze strony internetowej – jak wskazano – nie potwierdzał spełnienia przywołanego w pkt 9 C ppkt 5 SIWZ wymogu. Powyższego nie próbował wywodzić zresztą sam Odwołujący, zatem ta okoliczność nie mogła budzić żadnych wątpliwości. Co do załączonego w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentu – tłumaczenia Certyfikatu Zgodności, także nie można było mieć wątpliwości, że nie potwierdza on spełnienia wymogów SIWZ. Również tej okoliczności nie próbował dowodzić w żaden sposób Odwołujący.

Podstawą argumentacji Odwołującego było w pierwszej kolejności twierdzenie o braku precyzyjności wezwania do uzupełniania dokumentów zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 21 lutego 2013 r. Z takim twierdzeniem Izba nie może się zgodzić. Zamawiający w treści wezwania wyraźnie przywołał wymóg SIWZ, co do którego powstał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełniania dokumentu. Wskazał też, że Odwołujący nie spełnił tego wymogu poprzez załączenie wydruku ze strony internetowej (brak wydruku, który potwierdzałby wskazany wymóg merytoryczny SIWZ). Dodatkowo Zamawiający wskazał Odwołującemu na konieczność przedłożenia tego dokumentu wraz z tłumaczeniem na język polski. Tak więc wezwanie do uzupełnienia dokumentu dotyczyło wprost wymogu opisanego w SIWZ w sposób wyraźnie przywołanego w treści wezwania i wskazywało, że przedłożony przez Odwołującego dokument nie potwierdza spełnienia określonego wymogu SIWZ.

W drugiej kolejności Odwołujący w szczególności w toku rozprawy wywodził, że załączony przez niego do oferty Certyfikat Zgodności w wersji anglojęzycznej mógł być z łatwością odczytany przez Odwołującego i zweryfikowany co do potwierdzenia zgodności z dyrektywą UE 1999/5/EC, której oznaczenie we wskazanej wersji językowej zostało przywołane w treści tego dokumentu. Izba nie mogła zgodzić się z takim stanowiskiem Odwołującego. Przyjęcie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tym bardziej do oceny merytorycznej oferty, dokumentu złożonego w całości w języku obcym (innym niż język polski) prowadziłoby do naruszenia zasady udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 9 ust. 2 ustawy Pzp, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim. Zasada ta zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy Pzp może doznać konkretnego ograniczenia, tj. możliwości złożenie dokumentów w postępowaniu w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane, jedynie wówczas, gdy zamawiający w szczególnie uzasadnionych przypadkach wyrazi na to zgodę, co powinno znaleźć swoje odzwierciedlenie w postanowieniach SIWZ, czy treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takiego

ograniczenia stosowania ustawowej zasady języka polskiego nie wprowadził w odniesieniu do wymogu opisanego w pkt 9 C ppkt 5 SIWZ.

Warto też podkreślić, że ustawodawca w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), którego przepisy mają zastosowanie do przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, określił wymóg przedłożenia tak dokumentów podmiotowych, jak i przedmiotowych, do których odnosi się również treść wskazanego rozporządzenia, wraz z tłumaczeniem na język polski (§ 6 ust. 4 w/w rozporządzenia). Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że brak w ofercie, czy też w jej uzupełnieniu dokumentu przedmiotowego w polskiej wersji językowej (brak tłumaczenia dokumentu) kwalifikuje się stwierdzeniem, że wykonawca nie wykazał spełniania wymogów merytorycznych oferty opisanych w treści SIWZ. Tym samym taką ofertę należy uznać za niezgodną z treścią SIWZ i odrzucić w świetle dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że brak tłumaczenia dokumentu na język polski należałoby potraktować jako brak formalny, a nie merytoryczny, który jako taki nie może skutkować odrzuceniem oferty we wskazanym trybie. Zamawiający w niniejszym postępowaniu określił wymogi merytoryczne co do treści oferty. Określił on też zestaw dokumentów przedmiotowych, które miały potwierdzać te merytoryczne wymogi SIWZ. Brak potwierdzenia spełniania takiego merytorycznego wymogu SIWZ – a takim brakiem potwierdzenia jest niewątpliwie brak dokumentu w polskiej wersji językowej – skutkuje stwierdzeniem, że wykonawca nie spełniania merytorycznych wymogów SIWZ.

Na marginesie także należy zauważyć, że w tym przypadku nie możemy mówić o braku przetłumaczenia na język polski jakiegoś pojedynczego wyrazu, sformułowania, czy też określonych określeń o charakterze technicznym przeniesionych do języka polskiego z języka angielskiego przy stosowanym fachowym nazewnictwie np. określonego oprogramowania, czy sprzętu, czy też powszechnie używanym znaczeniu określonych anglojęzycznych określeń (np. „*backup*”, „*help desk*”, „*upgrade*”, „*print screen*”, „*pendrive*”, „*link*”, „*BIOS*” itp.). W przedmiotowej sprawie chodzi bowiem w efekcie o brak tłumaczenia na język polski całości jednostronicowego dokumentu, zawierającego istotne treści merytoryczne o charakterze technicznym.

Z tych też względów zasadnym było – w ocenie Izby - odrzucenie oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów odwołania, Izba stwierdziła jego niezasadność. Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdził w ofercie

Przystępującego merytoryczną sprzeczność treści oferty z wymogami SIWZ i dokonał jej poprawienia we wskazanym trybie, a więc uznając jej nieistotność oraz wzywając Przystępującego do wyrażenia zgody na tę poprawkę. Poprawienie treści oferty Przystępującego polegało na wpisaniu w załączniku nr 4 do OPZ w poz. IT.PC.1.22 oprogramowania: DELL Backup and Recovery Manager for Windows 7, które zostało wskazane jednocześnie w poz. IT.PC.1.20 tego załącznika. Treść załącznika nr 4 do OPZ wypełniona przez Przystępującego w ofercie, w tym wymienione w poz. IT.PC.1.20 oprogramowanie, została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże z uwagi na odtajnienie informacji co do wskazanego w poz. IT.PC.1.20 oprogramowania przez samego Przystępującego w piśmie z dnia 26 marca 2013 r., skierowanym do Izby, informacje te utraciły walor tajemnicy przedsiębiorstwa. W pozostałym zakresie informacje te utrzymują walor tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym wskazać jedynie należy, że w poz. IT.PC.1.20 załącznika nr 4 do OPZ Przystępujący zgodnie z wymogiem SIWZ w rubryce: „*Parametry oferowane*” wskazał na spełnianie przywołanych przez Zamawiającego wymogów, a dodatkowo podał nazwę oprogramowania. Przywołał tam trzy różne oprogramowania. Tymczasem w poz. IT.PC.1.22 załącznika nr 4 do OPZ, pomimo analogicznych wymogów (konieczności podania nazwy oprogramowania), Przystępujący w rubryce: „*Parametry oferowane*” wpisał tylko słowo; „TAK”. Niewątpliwie zatem wskazany brak świadczył o merytorycznej niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Merytoryczna niegodność treści oferty z treścią SIWZ podlega obowiązkowemu poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, o ile powyższe nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Zamiany merytoryczne zatem w treści oferty w świetle wskazanego przepisu są dopuszczalne, ważne jest jednak, aby zmiany te nie były istotne. Ową istotność należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy. Zgodnie z wytycznymi zawartymi w tym zakresie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że nie stanowi istotnej zmiany treści oferty samodzielne poprawienie treści oferty wykonawcy w oparciu o dane zawarte w tej ofercie, tj. poprawienie tej oferty bez udziału wykonawcy (dodatkowych wyjaśnień składanych przez niego, czy też wprost złożenia przez niego nowego oświadczenia woli po upływie terminu do składania ofert, które naprawiałoby brak merytoryczny treści oferty złożonej zamawiającemu w terminie składania ofert). Istotność zamiany wprowadzanej w treści oferty w wyniku wskazanej poprawki winna być również oceniana pod kątem zakresu wprowadzanych przez Zamawiającego zmian – rzeczowego, czy też wartościowego.

W omawianym przypadku, w ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, że przy poprawianiu wskazanej omyłki doszło do nieuprawnionego działania ze strony Zamawiającego prowadzącego do istotnej zmiany treści oferty Przystępującego.

Przystępujący w spornej poz. IT.PC1.22 złożył wyraźne oświadczenie woli o zaoferowaniu określonego oprogramowania dla wypełnienia wskazanych w tym punkcie wymagań. Faktycznie w tej pozycji – pomimo wymogu SIWZ – nie podano nazwy tego oprogramowania. Wymagane w tej pozycji oprogramowanie miało być oprogramowaniem narzędziowym do wykonywania kopii bezpieczeństwa systemu operacyjnego i danych użytkownika na dysku twardym i dyskach zewnętrznych np. CD-ROM oraz ich odtworzenie po ewentualnej awarii systemu operacyjnego bez potrzeby reinstalacji, miało to być oprogramowanie diagnostyczne umożliwiające wykrywanie usterek z wyprzedzeniem. Taki rodzaj oprogramowania spełniający przywołane wymagania został wskazany w poz. IT.PC1.20. Odwołujący nie kwestionował okoliczności, że oprogramowanie DELL Backup and Recovery Manager for Windows 7 spełniało przywołane wyżej wymagania. Z tych też względów uprawnione było – zdaniem Izby – uznanie w trybie poprawienia oferty Przystępującego, że również w poz. IT.PC1.22 Przystępujący oferuje to samo oprogramowanie. Powyższe jest uzasadnione tym, że przywołane wymagania – tak odnoszące się do poz. IT.PC1.20, jak i poz. IT.PC1.22 – dotyczą tego samego komputera stacjonarnego (typ 1). Jeśli zatem wykonawca w jednej pozycji opisanych w SIWZ wymagań wskazuje, że dany komputer posiada określone oprogramowanie, wskazując jego nazwę, tym samym ten sam komputer będzie miał zainstalowane oprogramowanie, które będzie też pozwalało mu na realizację funkcjonalności opisanej w innej pozycji wymagań Zamawiającego.

W wyniku poprawienia treści oferty Przystępującego nie doszło – zdaniem Izby – do istotnej zmiany treści oferty – tak jeśli chodzi o zakres przedmiotowy (wykonawca nie zaoferował po upływie terminu składania ofert dodatkowego oprogramowania, ponieważ oferowany komputer wskazane oprogramowanie już zawierał), jak i wartościowy, a Zamawiający dokonał tej czynności samodzielnie w oparciu o treść oferty, bez jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień ze strony Przystępującego, co mogłoby prowadzić do negocjacji z wykonawcą w celu ustalenia właściwej treści oferty albo złożenia nowego oświadczenia woli przez wykonawcę. Takich okoliczności Izba w przedmiotowej sprawie nie stwierdziła.

Z tych też względów zasadnym było – w ocenie Izby – poprawienie oferty Przystępującego we wskazanym zakresie, także dlatego, że Przystępujący wyraził na to wymaganą przepisami ustawy Pzp zgodę (art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

Odnosząc się do trzeciego z zarzutów odwołania, Izba stwierdziła jego niezasadność.

Odwołujący w treści odwołania wywodził, że Przystępujący przez zaoferowanie cen w formularzu oferty oraz w formularzu cenowym poprzez ich przekreślenie i odrębne poprawienie, dopuścił się modyfikacji formularza, co wskazywało na brak ceny ofertowej i

tym samym było niezgodne z SIWZ. W toku rozprawy Odwołujący próbował wywodzić, że w tym zakresie mamy do czynienia ze złożeniem dwóch ofert przez Przystępującego. W ocenie Izby z takimi konsekwencjami co do oferty Przystępującego nie mamy do czynienia.

Przystępujący na stronie pierwszej formularza ofertowego w pkt 1 wskazał liczebnie i słownie cenę ofertową netto i brutto, poprzez określenie odręcznie tych kwot (9 306 670,27 zł brutto i 7 566 398, 59 zł – netto). Kwoty te zostały zaparafowane ponieważ w wydruku komputerowym widniały inne, przekreślone wartości kwotowe (9 597 503,72 – brutto i 7 802 848,55 zł). Analogiczna sytuacja miała miejsce w formularzu cenowym, gdzie Zamawiający wymagał wskazania odrębnie cen za poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia, oczekując także wskazania łącznej kwoty za wszystkie etapy – netto, brutto i wartość podatku VAT. Odwołujący w tych pozycjach wskazał identyczne kwoty (tak poprawione odręcznie i parafowane przez wykonawcę, jak i przekreślone w wydruku komputerowym. Wykonawca jedynie nie przekreślił słownie wskazanej w wydruku komputerowym kwoty brutto w formularzu cenowym. Formularz ofertowy, jak i formularz cenowy, zostały podpisane w imieniu wykonawcy przez Panią M..... M..... Parafy znajdujące się przy odręcznym wskazaniu kwot z tytułu realizacji zamówienia należą do Pana P..... G....., co Zamawiający ustalił w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 17 stycznia 2013 r., załączone do oferty Przystępującego (str. 178 oferty), które upoważnia samodzielnie m.in. do podpisania i złożenia oferty w imieniu Przystępującego, składania oświadczeń woli związanych z ofertą oraz w szczególności do parafowania stron oferty zarówno Panią M..... M....., jak i Pana P..... G..... Powyższe Zamawiający potwierdził także, występując do Przystępującego z zapytaniem o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (pismo Zamawiającego z dnia 21 lutego 2013 r. i odpowiedź wykonawcy zawarta w piśmie z dnia 26 lutego 2013 r.). Zamawiający także dokonał poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oczywistej omyłki pisarskiej co do wskazania słownego (w wydruku komputerowym) w formularzu cenowym ceny brutto w ofercie Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do kwestionowania wprowadzonych w ofercie Przystępującego przez niego samego odręcznych poprawek oferty, które ukształtowały treść oświadczenia woli wykonawcy co do określenia ceny ofertowej za całość zamówienia (netto i brutto), jak i cen częściowych za realizację poszczególnych etapów zamówienia. Treść złożonych formularzy – ofertowego i cenowego – pozwala na ustalenie, jaka była rzeczywista treść oświadczenia woli wykonawcy w tym zakresie. Nie pozostawia żadnych wątpliwości, że Przystępujący zaoferował cenę ofertową zgodnie z jego oświadczeniem woli złożonym przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy według danych kwotowych zawartych w formularzu ofertowym, które nie zostały

przekreślone. Dokonując wykładni oświadczenia woli w świetle art. 65 § 1 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp przekreślenie określonych danych na formularzach ofertowych i zakreślenie obok innych danych kwotowych z ich parafowaniem przez osobę uprawnioną do reprezentacji Przystępującego, świadczy o tym, że wykonawca zrezygnował z określonej treści oświadczenia woli (dane przekreślone) i złożył wyraźne i jednoznaczne oświadczenie woli co do oferowanych cen (dane odręcznie wpisane, nieprzekreślone).

Nie można w tym przypadku mówić o niebezpieczeństwie, na które wskazywał w toku rozprawy Odwołujący, że Przystępujący poprzez wprowadzenie odrębnych poprawek co do ceny ofertowej mógł tymi cenami manipulować, uzależniając ich ważność od cen zaproponowanych przez innych wykonawców. Z treści wskazanych formularzy zamieszczonych w ofercie Przystępującego nie można byłoby bowiem wywodzić, że wykonawca złożył cenę ofertową według danych, które zostały przez niego odręcznie przekreślone i parafowane. Kwestionowanie parafy osoby dokonującej poprawek w ofercie przed jej złożeniem Zamawiającemu, w sytuacji gdy ustalono, że parafa ta należy do osoby uprawnionej do reprezentacji Przystępującego było nieuzasadnione. Odwołujący nie udowodnił, że parafa nie należy do wskazanej osoby (pana P..... G.....). Próba wykazywania przez Odwołującego, że parafa nie stanowi podpisu osoby, która ją złożyła także nie zasługuje – w ocenie Izby - na aprobatę. Parafa w ofercie Przystępującego stanowi odzwierciedlenie pierwszych liter imienia i nazwiska wskazanej osoby i stanowi też odrębny graficzny znak identyfikujący w sposób indywidualny określoną osobę, która na mocy pełnomocnictwa załączonego do oferty Przystępującego miała prawo podpisać tę ofertę, a także ją parafować. Stwierdzić należało, że nawet w sytuacji gdyby wskazane poprawki w ofercie dokonywane były przez osobę inną niż osoba uprawniona do reprezentacji Przystępującego w niniejszym postępowaniu oraz złożenia i podpisania oferty przez Przystępującego Zamawiający zobowiązany byłby do skierowania w tym zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Skoro zatem poprzez graficzną korektę oferty Przystępującego wprowadzoną do formularza ofertowego i cenowego przez wykonawcę przed złożeniem oferty Zamawiającemu można było z łatwością, w sposób klarowny ustalić treść oferty Przystępującego, nie było w tym zakresie podstaw do odrzucenia tej oferty. Poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jako oczywistej omyłki pisarskiej błędnego wskazania słownego łącznej ceny brutto na formularzu cenowym było – zdaniem Izby – uzasadnione (oświadczenie woli wykonawcy co do ceny brutto było jasne i wyrażone w sposób prawidłowy jeszcze dwukrotnie w formularzu cenowym, jak i w formularzu ofertowym), jednakże powyższe nie było zaskarżone w odwołaniu. Tym samym pomimo podnoszenia w

tym zakresie tych okoliczności w toku rozprawy powyższe nie podlega ocenie Izby – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Odnosząc się do czwartego z zarzutów odwołania, Izba stwierdziła jego niezasadność.

Odwołujący w oparciu o protokół oceny ofert sporządzony przez Zamawiającego wywodzi, że Przystępujący w załączonym do oferty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykazie osób nie wskazał jakie podmioty udostępniają wymagane zasoby, co jego zdaniem oznacza, że Przystępujący tego wymogu nie wypełnił i jego oferta powinna być odrzucona. Izba nie może zgodzić się z takim stanowiskiem Odwołującego. Stwierdzić bowiem należy, że do oferty Przystępującego został załączony wykaz osób objęty tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy. Zamawiający w piśmie z dnia 21 lutego 2013 r. skierowanym do Przystępującego zwrócił się do niego o wyjaśnienie jakie podmioty udostępniają osoby wskazane w Wykazie osób wyznaczonych do wykonywania zamówienia. Przystępujący w piśmie z dnia 26 lutego 2013 r. udzielił mu stosownych wyjaśnień.

Izba, w oparciu o treść oferty Przystępującego ustaliła, że w wykazie osób wskazane zostały określone osoby do realizacji zamówienia. Wykonawca ten też – zgodnie z wymogami SIWZ (wzór wykazu osób stanowił załącznik nr 8 do SIWZ) - wskazał w odniesieniu do każdej z osób podstawę dysponowania każdą z nich. Izba stwierdziła, że w tym zakresie wymóg Zamawiającego stanowiący jednocześnie wypełnienie dyspozycji § 1 ust. 1 pkt 6 przywołanego wyżej rozporządzenia w sprawie dokumentów został wypełniony. Podkreślić należy, że obowiązujące w tym względzie przepisy prawa, jak i postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu nie wskazują – jak słusznie podnosił w toku rozprawy Przystępujący – stopnia szczegółowości informacji wymaganych od wykonawcy co do podstaw do dysponowania daną osobą. W przedmiotowej sprawie – jak podniósł Przystępujący – w przywołanym wykazie wskazał on jako podstawę dysponowania wymienionymi tam osobami albo „*zasób własny*” albo „*zasób udostępniony*”. Powyższe – zdaniem Izby – jest wystarczające dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu również w świetle wymogów SIWZ dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zarzut odwołania sprowadza się do oceny powyższej wskazanej okoliczności, że Przystępujący w wykazie osób nie określił podmiotów udostępniających wymagane zasoby. Powyższe tymczasem może wynikać ewentualnie z treści zobowiązania podmiotu trzeciego, a nie musi wynikać koniecznie z wykazu osób. Odwołujący w tym względzie nie postawił zarzutu co do niespełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, tylko zarzut odnoszący się do braku w określonym dokumencie (wykazie osób), który to zarzut Izba rozpoznała i uznała za niezasadny.

Odnosząc się do piątego z zarzutów odwołania Izba stwierdziła jego niezasadność.

Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający, działając w konkretnych okolicznościach wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania, tj. wezwania Przystępującego do wyjaśnienia i uzupełnienia treści dokumentów, dopuścił się nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Jak Izba ustaliła, na potwierdzenie spełnienia wymogu z pkt 9 C ppkt 2 SIWZ, w ofercie Przystępującego zostały przekazane dokumenty w wersji papierowej, ale również elektronicznej (płyta CD). Zamawiający w związku z tym, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w dniu 21 lutego 2013 r. zwrócił się do Przystępującego z zapytaniem, czy Przystępujący jako wyciąg z dokumentacji, wymagany na podstawie pkt 9 C ppkt 2 SIWZ rozumie tylko dokumenty przedłożone przez niego w wersji papierowej, czy też dokumenty zamieszczone na płycie CD. Zamawiający wyznaczył Przystępującemu czas na udzielenie przedmiotowych wyjaśnień do dnia 26 lutego 2013 r. Przystępujący niezwłocznie, dnia 22 lutego 2013 r., wyjaśnił Zamawiającemu, że na płycie CD znajduje się duża ilość dokumentów (około 30 tys. stron) na potwierdzenie spełnienia wskazanego wymogu, w związku z powyższym miał on wątpliwość, czy ma obowiązek wydruku tych dokumentów. W związku z powyższym Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zażądał uzupełnienia tych dokumentów, tj. przedłożenia wymaganej - w papierowej formie - wyciągu z dokumentacji, ponieważ w SIWZ nie dopuścił w tym zakresie składania dokumentów w wersji elektronicznej. W tym zakresie Zamawiający wyznaczył także Przystępującemu odpowiedni termin tygodnia na uzupełnienie tych dokumentów.

Uwzględniając powyższe okoliczności w sprawie - zdaniem Izby - brak było podstaw do uznania, że w tym zakresie mamy do czynienia z jakimikolwiek negocjacjami Zamawiającego z Przystępującym, które byłyby zakazane obowiązującymi przepisami prawa, czy takimi, które miałyby służyć obejściu tych przepisów. Zamawiający – zdaniem Izby – miał prawo wystąpić do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie wątpliwości, które mógł powziąć z związku ze złożonymi wraz z ofertą dokumentami oraz płytą CD. Uzyskane przez niego wyjaśnienia dały mu podstawę skorzystania z innego instrumentu prawnego, który jest przewidziany przepisami ustawy Pzp, tj. obowiązku do skierowania do Przystępującego jednokrotnego wezwania do uzupełniania dokumentów, w oparciu o dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do szóstego z zarzutów odwołania Izba – zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym w toku rozprawy o warunkowym wycofaniu zarzutu w sytuacji potwierdzenia się okoliczności w objętej tajemnicą przedsiębiorstwa ofercie Przystępującego w zakresie wymogu MBAZ.005 z załącznika nr 3 do OPZ, że wykonawca ten nie oferuje

spełniania tego wymogu w oparciu o rozwiązania Oracle – potwierdziwszy wskazaną okoliczność, zarzutu nie rozpoznawała.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- 1) stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł
- 2) stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) w/w rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł wynikającej ze wskazanego przepisu na podstawie faktury VAT przedłożonej do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: