

Sygn. akt: KIO 2805/12

**WYROK**  
**z dnia 4 stycznia 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2012 r. przez **wykonawcę Engave Sp. z o. o., 02-220 Warszawa, ul. Łopuszańska 32**, w postępowaniu prowadzonym przez **Małopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia, 31-053 Kraków, ul. Ciemna 6**,

przy udziale wykonawcy **Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Engave Sp. z o. o., 02-220 Warszawa, ul. Łopuszańska 32** i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Engave Sp. z o. o., 02-220 Warszawa, ul. Łopuszańska 32** tytułem wpisu od odwołania;

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Małopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest rozbudowa środowiska informatycznego.

W dniu 7 grudnia 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie. Tym samym pismem zamawiający poinformował wykonawców, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”] odrzucił ofertę wykonawcy Engave Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Wobec powyższych czynności w dniu 17 grudnia 2012 r., odwołanie złożył wykonawca Engave Sp. z o. o. zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP oraz ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 1, 3 PZP poprzez: odrzucenie oferty odwołującego, zaniechanie wyjaśnień treści oferty odwołującego, ewentualnie zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego; dokonanie wyboru oferty Asseco Poland S.A. pomimo, że oferta odwołującego przedstawia korzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego; nakazanie zamawiającemu powtórnego badania i oceny ofert; nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odwołujący podnosił, iż oferta jego zgodna jest z treścią SIWZ, a jeżeli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, to powinien zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienia, czego zaniechał. Odwołujący wskazywał, iż merytoryczna część oferty jest zgodna z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w treści SIWZ i oferta zapewnia realizację celu zamówienia. Zdaniem odwołującego, merytoryczna część oferty to przede wszystkim wypełnione załączniki nr 1 i 2 do oferty gdyż zgodnie z postanowieniami SIWZ załączniki te stanowią szczegółowy opis oferowanego zamówienia. Treść załącznika nr 2 do oferty jednoznacznie potwierdza, że przedmiot oferowanego świadczenia jest zgodny z treścią (wymaganiami) SIWZ. Z porównania treści wymagań (treści SIWZ) oraz treści świadczenia, które zaoferował odwołujący jednoznacznie wynika, że treść oferty (treść oferowanego świadczenia) jest zgodna z treścią SIWZ. W ocenie odwołującego, zamawiający opierając się jedynie na użyciu przez niego niewłaściwej nazwy

wpisanej w formularzu ofertowym całkowicie pominał merytoryczną treść oferty. Odwołujący wskazywał, iż to nie nazwa definiuje przedmiot świadczenia i nie nazwa określa jakie świadczenie zostanie spełnione lecz treść załącznika nr 2, która niewątpliwie zgodna jest z treścią SIWZ. Nazwa jest kwestią całkowicie drugorzędną – formalną, gdyż to nie nazwa decyduje o tym co w rzeczywistości zostało zaoferowane i zostanie dostarczone. Zdaniem Odwołującego o treści oferty przesądza jej merytoryczna treść czyli załącznik nr 2 a nie nazwa wpisana do formularza ofertowego. W konsekwencji oferta powinna zostać wybrana bez potrzeby jej poprawiania. Niemniej jednak odwołujący stwierdził, że z ostrożności procesowej podniósł zarzut zaniechania dokonania poprawki w ofercie. Dokonanie poprawki mogłoby nastąpić zarówno na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 jak i 3 ustawy Pzp. Zamiana wyrazów „8/40” na „8/8 and 8/24” w nazwie produktu może być postrzegana jako oczywista omyłka pisarska lub też inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający ponosił, że produkt „HP 8/8 and 8/24 SAN switch 8 GB 8 port upgrade LTU” nie nadaje się do realizacji przedmiotu zamówienia ale to tylko dodatkowo potwierdza, że rzeczywistym zamiarem wykonawcy jest dostarczenie produktu o właściwościach „HP 8/40 SAN switch 8 GB 8 port upgrade LTU”. W zakresie zaoferowanej szafy rack odwołujący stwierdził, iż istotnie nie wpisano, że chodzi o szafę 19” jednakże z kontekstu całości sformułowania zawartego w załączniku nr 2 do oferty oraz okoliczności w jakich zostało złożone wynika, że chodzi właśnie o taką szafę. Ponadto odwołujący użył sformułowania „wymagana szafa” a więc szafa 19” o wysokości min. 42U. Przedmiotowa kwestia mogłaby stanowić co najwyżej przedmiot wyjaśnień, a nie przyczynę odrzucenia oferty.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający Małopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest rozbudowa środowiska informatycznego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2012 r., pod numerem 2012/S 203-333795.

Zgodnie z pkt 3 SIWZ przedmiot zamówienia obejmował m.in. dostawę 2 szt. macierzy, których szczegółowa specyfikacja określona została w załączniku nr 1 do SIWZ oraz rozbudowę elementów sieci SAN, której szczegółowa specyfikacja zawarta została w załączniku nr 2 do SIWZ. Ponadto w pkt 6.1.1. SIWZ zamawiający określił, iż ofertę należy sporządzić zgodnie z treścią załącznika nr 10 do specyfikacji zatytułowanego „Formularz oferty”, którego integralną częścią jest szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, iż szczegółowy opis oferowanego przedmiotu

zamówienia powinien być sporządzony poprzez wypełnienie treścią załączników nr 1 i 2 do specyfikacji w sposób zgodny z wymogami określonymi w specyfikacji, umożliwiający zamawiającemu ocenę zgodności parametrów oferowanego przedmiotu zamówienia z parametrami wymaganymi przez zamawiającego a opisanymi w załącznikach nr 1 i 2 do SIWZ. Zgodnie z pkt. 6.2 SIWZ zamawiający wymagał aby w szczegółowym opisie oferowanego przedmiotu zamówienia zawartym w załącznikach nr 1 i 2 do specyfikacji, wiersze w kolumnach „Wartości oferowane”, zostały wypełnione przez wykonawcę poprzez wpisanie konkretnych informacji w sposób jednoznacznie identyfikujący przedmiot zamówienia (nie wolno używać wyrażen nieprecyzyjnych, w szczególności: „zgodnie z wymaganiami zamawiającego”, „spełnia”, „występuje”, „j.w.”, „minimum”, „maksimum” i równoważnych chyba że specyfika danych wskazuje na konieczność podania wartości maksymalnych lub minimalnych). Informacje, o których mowa z zdaniu poprzedzającym powinny dotyczyć każdego z parametrów wymienionych w kolumnie „Wartości oferowane”. Niewypełnienie kolumny „Wartości oferowane”, w sposób wymagany przez zamawiającego będzie traktowane jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy spowoduje odrzucenie oferty, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 ustawy. W treści załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający zastrzegł, iż macierz dyskowa musi mieć możliwość zainstalowania w szafie przemysłowej rack 19”. Wraz z macierzą wymagane jest dostarczenie szafy rack o wysokości co najmniej 42U. Istotnym jest również, iż zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ „Opis istniejącego środowiska informatycznego” na stronie 3 wskazał, iż w skład tego środowiska wchodzi przełącznik HP 8/40 Base 24-ports Enabled SAN Switch. Jak wyżej wskazano przedmiot zamówienia obejmował m.in. rozbudowę elementów sieci SAN zgodnie ze szczegółową specyfikacją zamieszczoną w załączniku nr 2 do SIWZ. W załączniku tym, w kolumnie „Element/cecha” wskazano „HP StorageWorks 8/40 (24 porty aktywne)”, a w kolumnie „Charakterystyka” wymagano dostarczenia dodatkowych licencji na aktywację 8 portów. Ponadto zgodnie z treścią załącznika nr 10 do SIWZ – Formularz ofertowy – wykonawcy zobowiązani byli do podania: nazwy oferowanego przedmiotu zamówienia (producent, model, symbol).

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Asseco Poland S.A. na kwotę 5 219 874,00 zł brutto,
- 2) Engave Sp. z o. o. na kwotę 3 899 761,74 zł brutto,
- 3) Sygnity S.A. na kwotę 5 248 250,00 zł brutto,
- 4) Proximus S.A. na kwotę 5 296 750,00 zł brutto,
- 5) Qumak-Sekom S.A. na kwotę 5 298 846,00 zł brutto.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca Engave Sp. z o.o. w formularzu ofertowym w zakresie pozycji „Rozbudowa przełączników sieci SAN” wskazał iż oferuje rozbudowę przy użyciu: „HP 8/8 and 8/24 SAN Switch 8 GB 8 Port Upgrade LTU T5518A”. W załączniku nr 2

do specyfikacji w kolumnie wartości oferowane podał: „Licencja na aktywacje 8 portów wraz z niezbędnymi wkładkami SFP 8Gbit/s oraz kablami FC o długości 5m dla każdego rozbudowanego portu”. W załączniku nr 1 do specyfikacji w zakresie obudowy macierzy dyskowej w kolumnie wartości oferowane wykonawca ten podał: „Oferowana macierz dyskowa umożliwia instalację w szafie przemysłowej rack. Wraz z macierzą dyskową dostarczona jest wymagana szafa rack.”.

Pismem z dnia 7 grudnia 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie. Tym samym pismem zamawiający poinformował wykonawców, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy Engave Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. W uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający podał, iż wykonawca zaoferował produkt „HP8/8 and 8/24 SAN switch 8 GB 8 port upgrade LTU – T5518A”, który nie jest zgodny z wymaganiami załącznika nr 2 do specyfikacji gdyż zamawiający wymagał rozbudowa posiadanych przełączników HP StorageWorks 8/40, wymienionych w załączniku nr 2 do SIWZ o dodatkowe porty. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca zaproponował produkt, który jest rozbudową innego modelu przełącznika, a nie wymaganego przełącznika HP StorageWorks 8/40. Podkreślał, że zaoferowanie tego produktu uniemożliwia wykonanie części prac wdrożeniowych opisanych w załączniku nr 4 do SIWZ w punkcie 1. Ponadto w załączniku nr 1 do SIWZ, w wierszu nr 1 wykonawca zaproponował macierz, która nie ma możliwości zainstalowania w szafie przemysłowej rack 19”. Potwierdzeniem tego faktu jest deklaracja wykonawcy w kolumnie „wartości oferowane” – w wierszu nr 1 brak jest określenia 19”.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 18 grudnia 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów Izba nie podzieliła stanowiska reprezentowanego przez odwołującego. Nie można zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, iż zaoferował on produkt spełniający wymagania zamawiającego określone w SIWZ i jego oferta nie podlega odrzuceniu. W ocenie Izby nie sposób pominąć oświadczenia złożonego przez wykonawcę w formularzu ofertowym, w którym określił oferowany przedmiot zamówienia poprzez podanie producenta, modelu i symbolu. Jak sam stwierdził odwołujący „oczywistym jest, że zastosowanie będzie miał produkt-licencja o właściwościach „HP 8/40 SAN Switch 8GB 8-Port Upgrade LTU” a nie „HP8/8 and 8/24 SAN switch 8 GB 8 port-Upgrade LTU”. „HP 8/40 SAN Switch 8GB 8-Port Upgrade LTU” to właśnie licencja pozwalająca na uruchomienie 8 dodatkowych portów w przełączniku „HP StorageWorks 8/40 SAN Switch”. Wobec jednoznacznego oświadczenia odwołującego zawartego w formularzu ofertowym o zaoferowaniu licencji do przełącznika HP 8/8 and 8/24 SAN switch 8 GB 8 port-Upgrade LTU” zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Należy wskazać, iż rozbieżność pomiędzy warunkami zamówienia a treścią oferty skutkować powinna odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych - albowiem doszło do złożenia oświadczenia ofertowego o treści sprzecznej z treścią specyfikacji. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż nazwa a więc określenie oferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia jest kwestią całkowicie drugorzędną, formalną, gdyż to nie nazwa decyduje o tym co w rzeczywistości zostało zaoferowane i zostanie dostarczone. W ocenie Izby oświadczenie woli odwołującego w zakresie tego co oferuje nie może być pominięte. Oświadczeniu takie jest de facto ofertą kierowaną do zamawiającego gdyż zidentyfikował, skonkretyzował on oferowany przez siebie przedmiot zamówienia. Rolą zamawiającego będzie natomiast ocena czy oferowany przedmiot zamówienia odpowiada, spełnia wszystkie wymogi opisane w SIWZ. Jak przyznał sam odwołujący zaoferowany przez niego przedmiot świadczenia nie nadaje się do realizacji przedmiotu świadczenia ale ma to tylko dodatkowo potwierdzać, że rzeczywistym zamiarem wykonawcy było dostarczenie produktu o właściwościach odpowiadających wymogom zamawiającego. Taka argumentacja nie zasługuje na poparcie. Niewątpliwie merytoryczną treścią oferty odwołującego jest nie tylko treść załącznika nr 2, do której usilnie odwołuje się odwołujący, która mogła być wypełniona przez wykonawców

wyłącznie w części dotyczącej wartości oferowanych a także, jeśli nie przede wszystkim, treść oferty zawarta w formularzu ofertowym. Skoro w formularzu ofertowym odwołujący zaoferował wykonanie rozbudowy przełączników sieci SAN z zastosowaniem licencji dla przełączników innych niż wskazane w SIWZ, które nie odpowiadają potrzebom zamawiającego, co przyznał sam odwołujący, to zamawiający nie miał podstaw do uznania że oferta dotyczy czegoś innego. Nie bez znaczenia jest również fakt, że zarówno treść z formularza ofertowego jak i treść wykazana przez odwołującego w załączniku nr 2 do specyfikacji nie są ze sobą sprzeczne ani nawzajem się nie wykluczają. Tym samym zamawiający nie miał podstaw by przyjąć, że oferta odwołującego wymaga wyjaśnień. Przy jednoznaczności oświadczeń woli odwołującego zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty odwołującego uznając ją za niezgodną z treścią SIWZ. W ocenie Izby brak było również podstaw, do przyjęcia, że w niniejszej sprawie istniały podstawy do zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 1, 3 ustawy Pzp. Po pierwsze nie sposób przyjąć, iż zaoferowanie rozbudowy przełączników sieci SAN za pomocą licencji dotyczących przełączników nie posiadanych przez zamawiającego mieścić się będzie w kategorii oczywistej omyłki pisarskiej. Po drugie w ocenie Izby zamawiający nie miał również podstaw do przyjęcia że oferta odwołującego zawiera inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Izby nie sposób mówić o nieistotnych zmianach w treści oferty skoro zamawiający musiałby dokonać zamiany zaoferowanego przedmiot zamówienia na zupełnie inny. Niewątpliwie po zamianie jednego przedmiotu zamówienia na drugi zamawiający nie byłby uprawniony do negocjacji w zakresie wyceny nowego elementu. Taką sytuację należy uznać za niedopuszczalną na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych. W ocenie Izby, przyjęcie w powyższym zakresie wyjaśnień pociągałoby skutki w postaci zmiany istotnych postanowień oferty, dlatego też dokonanie poprawek w tym przedmiocie nie jest możliwe, co oznaczało konieczność odrzucenia oferty Odwołującego. W ocenie Izby, przyjęte do kalkulacji ceny oferty rozwiązanie jest istotnym elementem oferty określającym zakres oferowanego świadczenia. Brak jest dowodów na to że odwołujący wycenił przedmiot świadczenia odpowiadający wymogom zamawiającego. Nie potwierdza tego również cena przyjęta przez odwołującego za rozbudowę przełączników sieci SAN która znacząco różni się od cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców, które są bardzo zbliżone. W zakresie niezgodności oferty odwołującego co do obudowy macierzy dyskowej, Izba nie podzieliła stanowiska reprezentowanego przez zamawiającego. Podkreślić należy że niedokładności w opisie oferowanej obudowy oraz dostawy szafy rack nie mogą być z automatu przyjmowane jako niezgodności oferty z treścią SIWZ. Sytuacja ta wymagałaby uzyskania ewentualnych wyjaśnień gdyż stwierdzenie niezgodności nie może budzić wątpliwości.



Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:** .....