

Sygn. akt: KIO 112/13

WYROK

z dnia 29 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2013r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2013r. przez **wykonawcę:** TiMSI Sp. z o.o. ul. Pory 78; 02-757 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ul. Żelazna 59;00-848 Warszawa

przy udziale wykonawcy: it Works S.A. ul. Jana Pawła II 41 C; 31-864 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża TiMSI Sp. z o.o. ul. Pory 78; 02-757 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 **zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez TiMSI Sp. z o.o. ul. Pory 78; 02-757 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.11.2012r. pod numerem ogłoszenia: 439570-2012.

Zamawiający to Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą 00-848 Warszawa ul. Żelazna 59 zwany dalej „zamawiającym”.

Odwołującym jest TiMSI Sp. z oo. z siedzibą przy ul. Pory 78, 02-757 Warszawa.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy wdrożenia u zamawiającego pilotażowego elektronicznego obiegu dokumentów.

Pismem z dnia 18 stycznia 2013r. wniesiono odwołanie, w którym zarzucono naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP poprzez bezpodstawne i niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, art. 91 ust.1 w zw. z art. 7 ust.1 i 3 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i oceny oferty odwołującego niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał na posiadanie interesu do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy PZP wskazując, że gdyby nie naruszenia przepisów powyżej wskazanych jego oferta byłaby wybrana jako najkorzystniejsza. Fakt naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pozbawił odwołującego uzyskania zamówienia a co naraża odwołującego na poniesienie szkody.

W uzasadnieniu odwołania przywołano pismo zamawiającego z dnia 14 stycznia 2013r., w którym zamawiający zawiadomił o dokonanych wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zawiadomiono o odrzuceniu oferty odwołującego.

Nie zgadzając się z odrzuceniem oferty odwołujący podniósł.

W rozdziale II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia w pkt 8 Dostawa sprzętu w wierszu 10 Tabeli Zamawiający wymagał dostawy dwóch serwerów posiadających "Minimum 4 gniazda PCI – Express x 8, z możliwością instalacji wymiennie modułu udostępniającego 2 PCI – Express x 16 lub 4-ech PCI-X64-bit 133 MHz”.

Odwołujący zaoferował serwer PowerEdge R 720 spełniający wszystkie wymagania zapisane w SIWZ, w tym wymagania Rozdziału II, pkt 8 wiersza 10 tabeli.

Zaproponowany – serwer DELL Power Edge R 720 posiada 6 slotów PCI –Express x 8 (zgodnie z wymaganiami należało zaoferować minimum 4 gniazda – oferowany serwer przez odwołującego posiada tych gniazd 6). Ponadto zaproponowany serwer posiada możliwość instalacji wymiennie modułu zawierającego 2 sloty PCI –Express x 16 (zgodnie z wymaganiami należało zaoferować serwer „z możliwością instalacji wymiennie modułu udostępniającego 2 PCI –Express x 16 lub 4-ch PCI-X64 –bit 133Mhz”).

Jako dowód na spełnianie wymagań SIWZ do odwołania załączono oświadczenie producenta Dell Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 123 A, 02-017 Warszawa z dnia 17 stycznia 2013r. podpisane przez prokurenta Pana R..... B....., z wnioskiem o przeprowadzenie dowodu z załączonego pisma.

W tym stanie rzeczy odwołujący uważa, że jego odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zaoferowany serwer spełnia wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia a co powyżej wykazał.

Jednocześnie odwołujący podniósł, że w ramach SIWZ brak jest wymagania aby zaoferowany serwer posiadał jednocześnie możliwość instalacji wymiennie modułu udostępniającego 2 PCI –Express x 16 i możliwość instalacji wymiennie modułu udostępniającego 4-ch PCI-X64 –bit 133Mhz. Zamawiający dla określenia wymagań posłużył się spójnikiem „lub”. Powyższe oznacza alternatywę nierozłączną. Spójnik „lub” łączący zdania lub ich człony wyraża możliwą wymiennność albo wzajemne wyłączenie się zdań równorzędnych albo części zdania. Zgodnie z zasadami logiki – spójnik „lub” zawiera w sobie jednocześnie „albo” oraz „i” tzn.(lub = albo + i). Odwołujący przywołał Uchwałę SN z 18 marca 2010r. Sygn. akt II PZP 1/10 „(...)Nie stosuje się zatem terminu „odprawa emerytalna i rentowa” ani „odprawa rentowa albo emerytalna, co mogłoby oznaczać alternatywę rozłączną, lecz termin „odprawa emerytalna lub rentowa”, a więc oba człony nazwy świadczenia ujęte w ramach alternatywy nierozłącznej”

Jako przykład alternatywy nierozłącznej odwołujący przywołał art. 3 ust.1 pkt 3 lit a-d ustawy PZP, zamieszczając za każdym razem alternatywy funkcyjności „lub”. Zgodnie z gramatyką języka polskiego wielokrotne zamieszczanie wyrazu „lub” w tej konstrukcji zdania było zbędne, jednak uwypuklało zamiar ustawodawcy, aby podkreślić zastosowanie „alternatywy nierozłącznej” w tym przepisie. Alternatywa nierozłączna jest prawdziwa, jeżeli przynajmniej jeden z elementów jest prawdziwy. Może być prawdziwa także większa liczba elementów, a zdanie będzie fałszywe tylko wtedy, gdy wszystkie składniki będą fałszywe.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że zapewnienie w serwerze możliwości instalacji wymiennie modułu udostępniającego 2 PCI-Express x 16 stanowi spełnienie wymagań zapisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Do odwołania załączono między innymi wnioskowany dowód w formie oświadczenia potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez odwołującego wystawione przez Dell Sp. z o.o. w siedzibą w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca IT Works S.A. ul. Jana Pawła II 41C, 31-864 Kraków jako uczestnik postępowania zwany dalej „Przystępującym po stronie zamawiającego”. Przystępującego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W przypadku uwzględnienia odwołania stracił by możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym rozstrzygnięcie na korzyść strony do której przystąpił jest uzasadnione. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że podniesione zarzuty nie znajdują uzasadnienia ani faktycznego, ani prawnego.

Zamawiający pismem z dnia 28 stycznia 2013r. wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający potwierdził, że pismem z dnia 14 stycznia 2013r., w którym zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty odrzucił ofertę odwołującego z uwagi na jej treść nie odpowiadającą treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Przywołał również zapis rozdziału II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia pozycję 10 w Tabeli opisującej dostawę sprzętu z pkt 8.- Dostawa sprzętu. Potwierdził rodzaj zaoferowanego sprzętu to jest serwer producenta DELL, DELL PowerEdge R 720 i fakt potwierdzenia przez odwołującego spełnienia wszystkich wymagań stawianych w SIWZ przez zamawiającego. Jednak z dokumentacji oferowanego serwera i informacji uzyskanych od producenta DELL wynika, że zaoferowany serwer nie spełnia wymagań opisanych w wierszu 10 Tabeli pkt 8 rozdziału II – Opis przedmiotu zamówienia. Ustalono, że nie ma możliwości zainstalowania przez producenta w serwerze PowerEdge R 720 karty rozszerzeń PCI- X. Powyższe stanowi niezgodność treści oferty i skutkuje jej odrzuceniem

Przywołał odwołanie z dnia 18 stycznia 2013r., z którego treści wynika, że nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów.

Po pierwsze zarówno w odwołaniu jak i w oświadczeniu załączonym do odwołania potwierdzono, że zaoferowany serwer nie spełnia wymogu opisanego w rozdziale II – Opis przedmiotu zamówienia SIWZ ustęp 8 , wiersz 10 w Tabeli co do wymaganego gniazda rozszerzeń PCI-X 64 –bit 133Mhz. Zatem kwestie techniczne dotyczące wymaganego sprzętu są niesporne a co zawęża przedmiot sporu i upraszcza rozstrzygnięcie przez Izbę.

Po drugie przedmiotem sporu jest tylko fakt, czy wspomniane wymaganie rzeczywiście znajduje się w SIWZ. Po trzecie zamawiający zgadza się z częścią odwołania dotyczącą wykładni rozumienia „alternatywy nierozłącznej”. Przy czym zarówno cytowane wyroki: SN jak i KIO odnoszą się do czystej alternatywy nierozłącznej. Ponadto w sytuacji opisanej w uchwale SN była decydująca dla rozstrzygnięcia wykładania gramatyczna a nie logiczna. W przypadku jednak zapisu SIWZ stanowiącego przedmiot sporu nie mamy do czynienia z czystą alternatywą, bo zapis jest znacznie dłuższy i zachodzi w nim więcej zależności niż tylko czysta alternatywa, zatem pomocnicze użycie wykładni z dziedziny logiki formalnej nie ma w tym przypadku zastosowania i możliwa jest jedynie wykładnia językowa (gramatyczna) jako wykładnia podstawowa, a dopiero gdy wykładnia językowa nie usuwa wszystkich wątpliwości stosuje się wykładnię systemową i funkcjonalną. Po czwarte wywód odwołującego nie odnosi się do faktycznie istniejącego zapisu SIWZ o treści ”Minimum 4 gniazda PCI – Express x 8, z możliwością instalacji wymiennie modułu udostępniającego 2 PCI – Express x 16 lub 4-ech PCI-X64-bit 133 MHz”.

Odwołujący w swej interpretacji pominął słowo „wymiennie”. Użycie tego sformułowania oznacza, że zaoferowany sprzęt musi umożliwiać modyfikacje w stosunku do konfiguracji podstawowej (Minimum 4 gniazda PCI – Express x 8) wymiennie 2 modułów PCI – Express x 16 lub 4-ech PCI-X. Słowo „wymiennie” oznacza, że musi istnieć możliwość zainstalowania właśnie wymiennie obu konfiguracji gniazd rozszerzeń. Spójnik „lub” w tym kontekście oznacza, że zamawiający oczekuje możliwości zainstalowania obu wskazanych konfiguracji jednocześnie, ale wymiennie każdego z nich. Słowo „wymiennie” znajduje się przed opisem obu alternatywnych konfiguracji gniazd rozszerzeń, zatem odnosi się do obu z nich, czyli oznacza, że każda z dwóch opisanych konfiguracji musi być możliwa do wymiennego zainstalowania w oferowanym serwerze. Gdyby zamawiający chciał łącznie zastosować dodatkowe komponenty to zastosowałby wyraz „łącznie” lub „i” – koniunkcja, albo samo ”lub” – alternatywa łączna, bez wyrazu ”wymiennie” w opisie wymagania. Zamawiający planuje dołączenie dodatkowych komponentów z zastosowaniem jednego lub drugiego z wymaganych zestawów gniazd według wyboru dokonanego już po zakupie, na etapie eksploatacji. Prawdziwą treścią wyrażoną precyzyjnie w SIWZ jest możliwość zastosowania obydwu rozwiązań technicznych wymiennie. Po piąte zamawiający zacytował definicje z języka polskiego słowa „wymiennie” co oznacza, możliwość 1) polegający na oddaniu jednej rzeczy w zamian drugiej rzeczy; 2) dający się zastępować innym. Obie definicje semantyczne odnoszą się do sytuacji gdzie jedną rzecz zastępujemy drugą. I w takim rozumieniu w SIWZ było użyte słowo wymiennie to znaczy, że modyfikacja podstawowej konfiguracji gniazd rozszerzeń powinna umożliwiać zainstalowanie wymiennie obu opisanych dalej konfiguracji, czyli w taki sposób, że powinna istnieć możliwość zastąpienia jednej z nich przez drugą. Po szóste podsumowując zgodnie z zapisem SIWZ musi istnieć możliwość

zainstalowania wymiennie obu dodatkowych gniazd rozszerzeń. Brak możliwości zamontowania jednego z nich oznacza niespełnienie wymagań. Po siódme odwołujący nie skorzystał z możliwości zadania pytania lub ewentualnie wnioskowania o zmianę specyfikacji. W tym stanie rzeczy zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Na posiedzeniu z udziałem stron i zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego

Izba badała przesłanki skutecznego wniesienia przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego wynikające z art. 185 ustawy PZP. W wyniku badania oraz nie wniesienia zastrzeżeń przez odwołującego i zamawiającego oraz w związku z nie wniesieniem opozycji Izba postanowiła o dopuszczeniu do postępowania uczestnika po stronie zamawiającego.

Na posiedzeniu z udziałem stron Izba badała wystąpienie przesłanek powodujących z urzędu odrzucenie odwołania. W wyniku przeprowadzonego badania oraz nie wniesienia zastrzeżeń przez zamawiającego i przystępującego po jego stronie uczestnika Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z art. 189 ust.2 ustawy PZP.

Wobec powyższego na mocy art. 189 ust.4 ustawy PZP Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Izba co do interesu do wniesienia odwołania ustaliła.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono cztery oferty w tym oferta odwołującego z najniższą ceną. Z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo zamawiającego z dnia 14 stycznia 2012r.) wynika, że jako ważną ofertę zamawiający uznał jedynie ofertę wykonawcy wybranego to jest przystępującego w niniejszym postępowaniu po stronie zamawiającego. Pozostali dwaj oferenci zostali wykluczeni z postępowania a oferta odwołującego została odrzucona. Z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że tylko odwołujący skorzystał z prawa złożenia środka ochrony prawnej. Pozostali dwaj oferenci nie wnieśli odwołań.

Z SIWZ wynika, że ustalono następujące kryteria oceny ofert to jest cena, termin wykonania zamówienia oraz okres gwarancji. Porównując zestawienie ofert z protokołu postępowania to oferta odwołującego zawiera cenę w kwocie 279.304,71zł., termin wykonania zamówienia to 30 dni oraz okres gwarancji to 36 miesięcy. Natomiast oferta wykonawcy wybranego to jest przystępującego po stronie zamawiającego zawiera następujące parametry podlegające ocenie to jest cena na kwotę 613.647,00zł., termin wykonania zamówienia również jak u odwołującego 30 dni oraz okres gwarancji tak samo jak powyżej 36 miesięcy. Z porównania

powyższego zestawienia ofert wynika, że odwołujący ma najkorzystniejszą ofertę w ramach obowiązujących kryteriów oceny ofert. Odwołujący w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia jako oferent składający najkorzystniejszą ofertę po względem ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Tak więc spełnione są przesłanki po stronie odwołującego co do posiadania interesu do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy PZP.

Rozpoznaniu podlegał następujący zarzut i żądania.

We wniesionym odwołaniu zarzucono naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy to jest bezpodstawne odrzucenie oferty w związku z stwierdzeniem zamawiającego o sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Na rozprawie odwołujący z uwagi na to, że postępowanie odwoławcze prowadzone jest według reguł art. 180 ust.2 ustawy PZP zrezygnował z zarzutu opartego na art. 91 ust.1 w zw. z art. 7 ust.1 i 3 ustawy PZP zgodnie z którymi na zamawiającym ciąży obowiązek wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ a postępowanie powinno być przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zamówienie powinno być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z zarzutu naruszeń przez zamawiającego powyższych uregulowań ustawy PZP odwołujący na rozprawie odstąpił. Również na rozprawie odwołujący ograniczył żądania odwołania do ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem odrzuconej przez zamawiającego oferty odwołującego.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej do akt sprawy przez zamawiającego oraz na podstawie wniosku dowodowego pełnomocnika odwołującego zawartego w odwołaniu Izba ustaliła co następuje.

Pismem z dnia 14 stycznia 2013r. zamawiający w trybie art. 92 ust.1 ustawy PZP zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach wykluczonych oraz o odrzuconych ofertach i terminie po upływie którego umowa może być zawarta. Z pisma tego wynika, że jako najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę przystępującego po jego stronie w niniejszym postępowaniu odwoławczym to jest ofertę, która spełnia wszystkie wymagania stawiane w SIWZ a ofertę odwołującego odrzuca się z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ. Zamawiający przywołał regulację rozdziału II SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia w pkt 8 Dostawa sprzętu w wierszu 10 Tabeli zamawiający wymagał dostawy dwóch serwerów posiadających "Minimum 4 gniazda PCI – Express x 8, z możliwością instalacji wymiennie modułu udostępniającego 2 PCI – Express x 16 lub 4-ech PCI-X64-bit 133 MHz".

Odwołujący w ofercie zaproponował serwer producenta DELL, DELL PowerEdge R720 oraz potwierdził spełnianie przez zamawiającego wszystkich stawianych wymagań. Jednak z dokumentacji serwera oraz informacji od producenta DELL jednoznacznie wynika, że oferowany serwer nie spełnia wymagania określonego w pkt 10 tabeli. Z ustaleń zamawiającego wynika, że nie ma możliwości zainstalowania przez producenta w serwerze DELL PowerEdge R720 karty rozszerzeń PCI-X a co stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i skutkuje jej odrzuceniem. Tak swoje stanowisko uzasadnił zamawiający odrzucając ofertę odwołującego.

W odwołaniu oraz na rozprawie odwołujący potwierdził, że stanowisko zamawiającego w zakresie możliwości technicznych zaoferowanego sprzętu co do braku możliwości karty rozszerzeń PCI-X jest zgodne ze stanem rzeczywistym. Natomiast jak dotychczas odwołujący dokonując analizy spornego warunku SIWZ co do gniazda rozszerzeń uważa, że z sformułowania zamieszczonego w wierszu 10 Tabeli pkt 8 rozdziału II SIWZ jednoznacznie wynika, że spójnik „lub” ma decydujące znaczenie co do wykładni znaczeniowej tak postawionego warunku. Mianowicie wystarczy aby oferowane serwery w zakresie gniazda rozszerzeń miały minimum jeden moduł to jest 2PCI-Expressx16 lub 4-ch PCI-X 64 –bit 133 MHZ. Natomiast zamawiający jak w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie twierdził, że sformułowanie co do gniazda rozszerzeń wymaga aby moduły wymienione w tym wierszu to jest 2PCI-Expressx16 lub 4-ch PCI-X 64 –bit 133 MHZ były zaoferowane obydwa a nie jak twierdzi odwołujący wystarczy, że jeden moduł zostanie zaoferowany. Interpretację zamawiający oparł na tym, że w spornym zapisie przed opisem obydwu modułów zamieszczono słowo „wymiennie”.

Tak więc przedmiotem sporu pozostaje tylko i wyłącznie ocena zapisu zawartego w wierszu 10 Tabeli pkt 8 rozdziału II SIWZ –opis przedmiotu zamówienia.

Izba na rozprawie przeprowadziła dowód z oświadczenia spółki DELL z dnia 17 stycznia 2013r., załączonego do odwołania, który potwierdza spełnienie jednego z wymienionych dwóch modułów gniazda rozszerzeń. Niemniej dokument ten nie jest wiarygodny dla Izby, ponieważ przedłożony został jako kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez zamawiającego a nie oryginał oraz z treści oświadczenia nie wynika, że produkty DELL są oferowane do przedmiotowego postępowania. Wymienia się tylko zamawiającego z nazwy bez nazwy postępowania ani numeru referencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba przeprowadziła dowód z Załącznika nr 5 do Formularza „OFERTA” pn. Wykaz parametrów oferowanych produktów i stwierdziła, co następuje. Według instrukcji zawartej w zał. nr 5 obowiązkiem wykonawców było w nagłówku tabeli wpisać konkretny model/nazwę /symbol oferowanego produktu oraz nazwę producenta oferowanego produktu. Natomiast tabela składała się z kolumn: L.P., Parametr, Charakterystyka (wymagania minimalne),

Parametr Oferowany oraz wierszy w których opisano parametry w ilości 22 w tym „Gniazda rozszerzeń” wiersz 10 Tabeli. Według instrukcji wypełniania Tabeli, wykonawca w kolumnę „Parametr oferowany” miał wpisać „tak” lub „zgodny”; w przypadku zaoferowania lepszego (wyższego) parametru należy wpisać zaoferowany parametr.

Kolejno przeprowadzono dowód z pisma z dnia 26 listopada 2012r. zamawiającego do odwołującego o L.dz. GDDKiA-BOA-ZPU-mł-2812-241/12 dotyczącego przedmiotowego zamówienia pt. Informacja o dokumentach stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa złożonych z ofertą. Niniejsze pismo dotyczy załącznika nr 5 do formularza „Oferta” – „Wykaz parametrów oferowanych produktów” i stanowi odtajnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie zamawiającego, na podstawie udzielonych przez odwołującego wyjaśnień, Wykaz parametrów oferowanych produktów nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i na żądanie pozostałych wykonawców zostanie „Wykaz” udostępniony do publicznej wiadomości.

Następnie przeprowadzono dowód z oferty odwołującego to jest załącznika nr 5 do oferty Wykaz parametrów oferowanych produktów i stwierdzono, że w wierszu 10 Tabeli w kolumnie parametr oferowany wykonawca wpisał „Tak”.

Załącznik nr 5 został załączony do oferty odwołującego zgodnie z treścią ppkt 7.3. pkt 7 Dokumenty wymagane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na potwierdzenie, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego rozdziału I Instrukcja dla Wykonawców SIWZ. Z brzmienia wyżej wymienionego ppkt 7.3. wynika, że na potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom Zamawiającego, do oferty należy załączyć wykaz parametrów oferowanych produktów zgodnie z załącznikiem nr 5 do formularza „Oferta”.

W toku postępowania przed złożeniem ofert zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców i złożone wnioski o zmianę SIWZ na podstawie art.38 ust.4 ustawy PZP w dniu 14 listopada 2013r. dokonał wyjaśnień ale również zmian odnoszących się do rozdziału II SIWZ Opis przedmiotu zamówienia pkt 8 „Dostawa sprzętu” i jednocześnie zmienił treść załącznika nr 5 do formularza oferta „Wykaz parametrów oferowanych produktów”, który otrzymał brzmienie jak zmieniony pkt 8 „Dostawa sprzętu” rozdziału II Opis przedmiotu zamówienia SIWZ. Natomiast nie uległy zmianie powyżej cytowany wiersz 10 Tabeli „Gniazda rozszerzeń” ani instrukcja wypełniania Tabeli jak również zapis, że są to wymagania minimalne co do charakterystyki parametrów serwerów.

Izba odmówiła na rozprawie przeprowadzenia dowodu z opinii eksperckiej przedłożonej przez przystępującego po stronie zamawiającego, uznając ją za bezprzedmiotową dla rozstrzygnięcia sprawy oraz z uwagi na to, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że stan techniczny serwerów nie jest przedmiotem sporu.

Izba zważyła.

Na podstawie przeprowadzonych w sprawie dowodów przedmiotem sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym jest ustalenie (interpretacja zapisu) czy zapis w wierszu 10 kolumn parametry serwerów charakterystyka (wymagania minimalne) w zakresie parametru oferowanego istnieje możliwość wyboru przez oferenta co do zaoferowania opisanych tam modułów przez zaoferowanie jednego lub obydwu modułów. Według stanowiska odwołującego oferent miał pełne prawo wyboru czy zaoferuje jeden opisany w Tabeli moduł czy zaoferuje dwa opisane w Tabeli moduły (wiersz 10 Tabeli), ponieważ rozdzielając opisy obydwu modułów zamawiający użył zwrotu „lub” a nie np.: „oraz”, „i”. odwołujący posługiwał się wykładnią wynikająca z języka polskiego co do znaczenia słowa „lub”. Natomiast zamawiający odrzucając ofertę odwołującego jak również w postępowaniu odwoławczym reprezentował pogląd, że co do zasady zwrot „lub” należy interpretować tak jak to uczynił odwołujący. Niemniej za wykładnią zastosowaną przez zamawiającego w związku z odrzuceniem oferty jak i w toku postępowania odwoławczego przemawia okoliczność, że w spornym zapisie oprócz zwrotu „lub” umieszczonym pomiędzy opisami obydwu modułów zawarty jest przed tymi opisami zwrot „wymienne”. Ma to w ocenie zamawiającego wskazywać na okoliczność, że moduły mają funkcjonować w gnieździe rozszerzeń na zasadzie wymienności czy możliwości używania na zasadzie wymiany jednego lub drugiego modułu. Czyli według zamawiającego oferent miał zaoferować obydwa opisane w tym miejscu moduły a nie jeden z tam opisanych modułów.

Izba dokonując analizy całości zgromadzonego w sprawie materiału nie znalazła podstaw do uznania za prawidłową argumentację w sprawie po stronie odwołującego.

Nawet gdyby uznać brak jednoznaczności zapisu i możliwość odmiennej interpretacji zapisu niż dokonał jej zamawiający to należy wziąć pod uwagę, że istnieje procedura wyjaśnień czy wnioskowania o zmianę zapisu w przypadku wyjaśnień SIWZ nie satysfakcjonujących odwołującego. Jak wskazuje dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia odwołujący z takiej możliwości nie skorzystał w zakresie spornego zapisu wiersza 10 Tabeli minimalnych parametrów serwerów.

Izba uważa, że obydwie interpretacje czyli zarówno odwołującego jak i zamawiającego mogą mieć zastosowanie. W związku z tym, że w interesie odwołującego jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości i temu służy procedura przewidziana w art.38 ust.1 ustawy PZP (wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie). Reguła wypracowana w orzecznictwie w sprawach zamówień publicznych, że wszelkie wątpliwości

tłumaczy się na korzyść wykonawcy nie może być w każdej sytuacji zastosowana. W szczególności z uwagi na to, że postępowanie przetargowe ma charakter cywilnoprawny w związku z art. 14 ustawy PZP, a dłużnika (wykonawcę) obowiązuje reguła należytej staranności (art.355 k.c. §1 Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność) § 2. Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności).

W powyższym stanie rzeczy należy uznać, że w interesie odwołującego było wyjaśnić czy powinien zaoferować do gniazda rozszerzeń możliwość instalacji wymiennie jednego z opisanych modułów czy też dwóch modułów.

W ocenie Izby interpretacja istniejącego zapisu przez zamawiającego jest usprawiedliwiona w kontekście, że Tabela parametrów oferowanych serwerów ma charakter wymagań jak w tabeli wskazano „minimalnych”. Izba oceniając zaistniały spór uznała za wiarygodne wyjaśnienia zamawiającego, który żądając potwierdzenia minimalnych parametrów zaoferowanych serwerów miał prawo egzekwować wszystkich parametrów z tej racji, że określił je jako minimalne. Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, który pomimo potwierdzenia bez jakichkolwiek zastrzeżeń zapis wiersza 10 tabeli przewidującego dwa rodzaje modułów to jest PCI –Express jak i PCI –X wpisał w kolumnie (parametr oferowany) zwrot „Tak” co równoważne jest ze zwrotem „zgodny” (instrukcja zał. nr 5), pomimo, że jak sam przyznał zaoferował tylko jeden z wymienionych w tym wierszu modułów. Tym samym pomimo potwierdzenia zgodności parametrów w zakresie gniazda rozszerzeń w rzeczywistości zaoferował produkt nie spełniający parametrów określonych w SIWZ jako „minimalnych”.

Podsumowując w ocenie Izby, jeżeli zamawiający ustalając parametry określa je jako minimalne to oznacza po stronie wykonawcy obowiązek zapewnienia ich bez jakichkolwiek ograniczeń. W takim wypadku wykonawca nie ma prawa jeszcze ograniczać takie wymagania uznając, że zaoferuje tylko jeden moduł z dwóch wymienionych w Tabeli parametrów minimalnych, ponieważ znajduje się w opisie koniunkcja „lub”. Tym bardziej, że odnosząc się do koniunkcji „lub” należy stwierdzić, że spełniona zostaje również przy spełnieniu obydwu modułów. W ocenie Izby użycie poprzedzającego zwrotu „wymienne” oraz określenie parametrów jako minimalnych nie uprawniało odwołującego do zaoferowania produktu poniżej minimalnych wymagań to jest z jednym modułem do gniazd rozszerzeń serwera przy istniejącym w tabeli opisie dwóch modułów. Taka interpretacja odwołującego zapisów spornego wiersza 10 Tabeli (zał. nr 5 do Oferty) nie zasługuje na uwzględnienie. Konsekwencje takiej interpretacji zapisu SIWZ w ocenie Izby obciążają odwołującego, który nie zachował należytej staranności i nie skorzystał z procedury wyjaśnień zapisu SIWZ.

Reasumując Izba nie stwierdza naruszenia art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy PZP przez co nie spieniona została przesłanka do uwzględnienia odwołania zgodnie z dyspozycją art. 192 ust.2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) oraz § 1 ust.1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 7.500,00 złotych.

Przewodniczący: