

**WYROK**  
z dnia 2 października 2015 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 września 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **21 września 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Itprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2, 02-678 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: konsorcjum, w skład którego wchodzi: **Uniwersytet Śląski w Katowicach (lider), ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice** oraz **Instytut Niskich Temperatur i badań Strukturalnych im. W. Trzebiatowskiego Polskiej Akademii Nauk,**

przy udziale

wykonawcy **ProSystem S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wróblewskiego 12, 51-627 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego konsorcjum, w skład którego wchodzi: Uniwersytet Śląski w Katowicach (lider), ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice oraz Instytut Niskich Temperatur i badań Strukturalnych im. W. Trzebiatowskiego Polskiej Akademii Nauk i**

- 1) zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Itprojekt sp. z o.o. ul. Szturmowa 2, 02-678 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od zamawiającego konsorcjum, w skład którego wchodzi: **Uniwersytet Śląski w Katowicach (lider), ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice** oraz **Instytut Niskich Temperatur i badań Strukturalnych im. W. Trzebiatowskiego Polskiej Akademii Nauk** na rzecz odwołującego **Itprojekt sp. z o.o., ul. Szturmowa 2, 02-678 Warszawa** kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 i 478) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

**Zamawiający:** konsorcjum, w skład którego wchodzi: **Uniwersytet Śląski w Katowicach (lider), ul. Bankowa 12, 40-007 Katowice** oraz **Instytut Niskich Temperatur i badań Strukturalnych im. W. Trzebiatowskiego Polskiej Akademii Nauk** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa infrastruktury informatycznej: macierzy, sprzętu sieciowego, notebooków i oprogramowania«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **05.05.2015 r.** pod nrem **2015/S 086-155098**.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 i 478**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**Zamawiający** zawiadomił **10.09.2015 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty **wykonawcy ProSystem S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wróblewskiego 12, 51-627 Wrocław**.

**Wykonawca Itprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2, 02-678 Warszawa**, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **21.09.2015 r.** (poniedziałek) do Prezesa KIO odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności i zaniechań **zamawiającego** – polegającej na nieprawidłowym przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert, a co za tym idzie dokonaniu wyboru oferty **wykonawcy ProSystem** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawa infrastruktury informatycznej: macierzy, sprzętu sieciowego, notebooków i oprogramowania”.

**Odwołujący** zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez bezpodstawne uznanie, że rozbieżność występująca w ofercie **wykonawcy ProSystem S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wróblewskiego 12, 51-627 Wrocław (dalej wykonawca ProSystem)** złożona w części A [dostawa macierzy (1 szt.) i sprzętu sieciowego (przełączniki – 2 szt.)] ma charakter omyłki, polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy właściwa i wszechstronna analiza dokumentacji przetargowej prowadzi do wniosku, że w ofercie **wykonawcy ProSystem** omyłka nie zaszła, zaś poprawienie owych

rozbieżności przez **zamawiającego** spowodowało w efekcie istotną zmianę w treści oferty **wykonawcy ProSystem**, która powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ;

- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy ProSystem** złożonej w części A, pomimo niezgodności oferty **wykonawcy ProSystem** z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej **SIWZ** lub **specyfikacja** bez bliższego określenia) polegającej na zaoferowaniu przez **wykonawcę ProSystem** urządzenia niespełniającego wymogów określonych przez **zamawiającego** w **SIWZ** oraz w Specyfikacji Technicznej, co powinno skutkować uznaniem oferty za niezgodną z treścią **SIWZ**, a następnie jej odrzuceniem;
- 3) **art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** polegające na dokonaniu wyboru oferty **wykonawcy ProSystem**, w części A jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że oferta **wykonawcy ProSystem** podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

**Odwołujący** wniósł o uwzględnienie w całości odwołania oraz nakazanie **zamawiającemu** w odniesieniu do części A postępowania:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- 4) odrzucenia ofert **wykonawcy ProSystem**;
- 5) dokonania wyboru oferty **odwołującego** jako najkorzystniejszej;
- 6) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego **zamawiającego**, w tym zasądzenie od **zamawiającego** na rzecz **odwołującego** kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Ponadto, na podstawie **art. 190 ust. 1 Pzp** **odwołujący** wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania:

- 1) korespondencja mailowa z J. K. – IBM Brand Manager
  - 2) korespondencja mailowa z P. P. – inżynierem IBM Tech Data
  - 3) korespondencja mailowa z D. W. – inżynierem IBM Tech Data
  - 4) wydruk z oficjalnej strony IBM listy oficjalnych dystrybutorów
  - 5) pismo IBM Polska Sp. z o.o. w Warszawie z 6 sierpnia 2015 r. wraz z załączonym przykładowym etapem rozbudowy
- na okoliczność: dysponowania odpowiednią wiedzą specjalną do określenia funkcjonalności macierzy IBM StorWize, funkcjonalności macierzy IBM Storwize V7000, a w

szczegółności liczba obsługiwanych maksymalnie dysków w podstawowej wersji macierzy IBM Storwize V7000, możliwości rozbudowy urządzenia, jej zgodności z opisanym przedmiotem zamówienia.

Jak również dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentu znajdujących się w aktach sprawy (sygn. akt **KIO 1621/15**) w postaci:

- 1) pismo przystępującego do postępowania odwoławczego **wykonawcy ProSystem z 10.08.2015 r.**
- 2) wyrok KIO z **dnia 10 sierpnia 2015 r.**, sygn. akt **KIO 1621/15**
- 3) wyjaśnienia **wykonawcy ProSystem z dnia 2.09.2015 r.**

– na okoliczność: funkcjonalności macierzy IBM Storwize V7000, a w szczególności liczba obsługiwanych maksymalnie dysków w podstawowej wersji macierzy IBM Storwize V7000, możliwości rozbudowy urządzenia, jej zgodności z przedmiotem zamówienia opisanym, sprzeczności w stanowisku **wykonawcy ProSystem**.

**10 września 2015 r. zamawiający** zawiadomił **odwołującego** o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez **wykonawcę ProSystem** jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu wyboru **zamawiający** wskazał, że „Wybrana oferta spełnia wszystkie warunki i wymagania określone w Specyfikacji istotnych warunków Zamówienia oraz zgodnie z obowiązującymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert uzyskała największą liczbę zsumowanych punktów, tj. 95,00”. Odnosząc się do powyższego **odwołujący** stwierdza, że oferty złożone w postępowaniu przez **wykonawcę ProSystem** w zakresie części A nie są zgodne z postanowieniami SIWZ, a tym samym nie spełniają wymogów **zamawiającego** i podlegają odrzuceniu.

**Zamawiający** opisał w **Załączniku nr 2A** – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA/OPIS TECHNICZNY OFEROWANEGO SPRZĘTU dla części A postępowania to jest dla macierzy dyskowej oraz dla przełączników sieciowych. W punkcie **17 załącznika nr 2A** wyspecyfikował w odniesieniu do macierzy dyskowej wymóg:

|                                                                 |
|-----------------------------------------------------------------|
| 17 Macierz musi obsługiwać, co najmniej 500 dysków wewnętrznych |
|-----------------------------------------------------------------|

**Wykonawca ProSystem** w zakresie **części A**: dostawa macierzy (1 szt.) zaoferował model macierzy – IBM Storwize 7000. Producentem macierzy jest firma IBM lub Lenovo (obydwie nazwy mogą być używane zamiennie ze względu na przejęcie przez firmę Lenovo części firmy i linii produktowych IBM w tym także takich produktów jak macierze dyskowe). Zmiana linii produktowych powoduje też występowanie różnych numerów produktów w

zależności od tego czy produkt jest wymieniany jako produkt Lenovo czy też IBM. **Wykonawcy** wskazali jako producenta firmę IBM.

Zgodnie z dokumentacją macierzy powszechnie dostępną na stronach producenta macierzy – firmy:

- 1) <http://www-03.ibm.com/systems/storage/disk/storwize/v7000/overview.html> (wydruk wraz z tłumaczeniem tej strony **odwołujący** przedstawi w osobnym piśmie procesowym złożonym na rozprawie);
- 2) <http://www-03.ibm.com/systems/storage/disk/storwize/v7000/specifications.html> (wydruk wraz z tłumaczeniem tej strony **odwołujący** przedstawi w osobnym piśmie procesowym złożonym na rozprawie);
- 3) [http://www.lenovo.com/images/products/system-x/pdfs/datasheets/storage\\_storwize\\_v7000\\_ds.pdf](http://www.lenovo.com/images/products/system-x/pdfs/datasheets/storage_storwize_v7000_ds.pdf) (wydruk wraz z tłumaczeniem tej strony **odwołujący** przedstawi w osobnym piśmie procesowym złożonym na rozprawie)

– oraz wyjaśnieniami przedstawicieli producenta sprzętu, firmy IBM macierz IBM Storwize v7000 w oczekiwanej przez **zamawiającego** konfiguracji nie spełnia tego wymogu i obsługuje w maksymalnej konfiguracji wyłącznie **492 dyski**.

#### UZASADNIENIE TECHNICZNE

**Zamawiający** wymagał w pkt 13-15 opisanego powyżej załącznika następującej obsady dyskowej macierzy:

|    |                                                                                                                              |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 13 | <b>Macierz musi być wyposażona w minimum 16 dysków HDD o pojemności 900GB każdy co najmniej o prędkości 10 tys. obrotów.</b> |
| 14 | <b>Macierz musi być wyposażona w minimum 3 dyski SSD eMLC lub SLC o pojemności 400GB każdy.</b>                              |
| 15 | <b>Macierz musi być wyposażona w minimum 8 dysków HDD o pojemności 4TB każdy, co najmniej o prędkości 7,2 tys. obrotów.</b>  |

Dyski opisane w punkcie 13 i 14 mają rozmiar 2,5 cala i mieszczą się w półce dyskowej SFF albo w obudowie kontrolerów macierzy, a dyski opisane w punkcie 15 mają rozmiar 3,5 cala i mieszczą się w półce dyskowej LFF.

Macierz obsługuje dwa rodzaje półek dyskowych:

- 1) 6195LEF Storwize V7000 3,5-inch Storage Expansion Unit, aka: 2076-12F IBM Storwize V7000 LFF Expansion, aka: 619524F – Storwize V7000 3,5” Storage Expansion Unit. Półka ta obsługuje do 12 dysków rozmiar 3,5 cala;
- 2) oraz 6195SEF Storwize V7000 2,5-inch Storage Expansion Unit, aka: 619512F – Storwize V7000 2,5” Storage Expansion Unit. Półka ta obsługuje do 24 dysków rozmiar 2,5 cala.

System ten pozwala też na instalacje dysków, jednak wyłącznie w rozmiarze 2,5 cala w obudowie kontrolerów tj. 6195SC5 Storwize V7000 2,5-inch Storage Controller Unit, aka: 2076-524 IBM Storwize V7000 SFF Control, aka: 6195524 – Storwize 7000 2,5” Storage Controller Unit.

Zgodnie z informacjami na stronach producenta IBM Storwize 7000 pozwala na obsługę maksymalnie do 20 półek dyskowych.

|                                                                 |           |
|-----------------------------------------------------------------|-----------|
| Expansion enclosures per Storwize V7000 Gen 2 control enclosure | <b>20</b> |
|-----------------------------------------------------------------|-----------|

**Zamawiający** oczekiwał następującej konfiguracji macierzy w zakresie napędów dyskowych (Załącznik nr 2A – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia):

|           |                                                                                                                              |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>13</b> | <b>Macierz musi być wyposażona w minimum 16 dysków HDD o pojemności 900GB każdy co najmniej o prędkości 10 tys. obrotów.</b> |
| <b>14</b> | <b>Macierz musi być wyposażona w minimum 3 dyski SSD eMLC lub SLC o pojemności 400GB każdy.</b>                              |
| <b>15</b> | <b>Macierz musi być wyposażona w minimum 8 dysków HDD o pojemności 4TB każdy, co najmniej o prędkości 7,2 tys. obrotów.</b>  |

Aby spełnić ten wymóg należy dostarczyć jak niżej:

- a) dyski z wymogu 13 i 14 mają rozmiar 2,5 cala i można je umieścić w osobnej tzw. półce dyskowej, albo w obudowie kontrolera dyskowego. **Odwolujący** przedstawił konfigurację najbardziej opłacalną to jest obudowa kontrolera dyskowego z dyskami opisanymi jak niżej. Numery produktów mogą się różnić w zależności od tego czy produkty występują jako urządzenia **Lenovo lub IBM**:

|                |                                                                                                                                          |          |           |
|----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|-----------|
| <b>6195SC5</b> | <b>Storwize V7000 2,5-inch Storage Controller Unit<br/>(Software V7000 Controller v7.3<br/>Base Per Storage + Maint (Reg) 3 Yr Base)</b> | <b>C</b> | <b>1</b>  |
| <b>00NC525</b> | <b>900 GB 10,000 rpm 6 Gb SAS 2,5 Inch HDD</b>                                                                                           | <b>C</b> | <b>16</b> |
| <b>00NC533</b> | <b>400 GB 12 Gb SAS 2,5 Inch Flash Drive</b>                                                                                             | <b>C</b> | <b>3</b>  |

- b) oraz dyski z wymogu 15 w rozmiarze 3,5 cala w dedykowanej półce dyskowej SFF – przykładowa konfiguracja jak niżej. Numery produktów mogą się różnić w zależności od tego czy produkty występują jako urządzenia **lenovo lub ibm**:

|         |                                                                                                         |   |   |
|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|---|
| 6195LEF | Storwize V7000 3,5-inch Storage Expansion Unit (Software V7000C Expansion v7.3 Base Per Storage + Maint |   | 1 |
| 00NC517 | 4 TB 7,200 rpm 6 Gb SAS NL 3,5 Inch HDD                                                                 | C | 8 |

Biorąc pod uwagę fakt, że macierz obsługuje maksymalnie 20 półek dyskowych, całkowita liczba możliwych do zastosowania dysków w tej konfiguracji wynosi jedynie 492, a nie minimum 500 zgodnie z oczekiwaniem **zamawiającego** wyrażonym w punkcie 17 Załącznik nr 2A – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia „Macierz musi obsługiwać, co najmniej 500 dysków wewnętrznych”. **Odwołujący** przedstawił maksymalną liczbę dysków możliwych do instalacji.

|                                                                                                                                                                            | ilość półek | ilość dysków per półka | maksymalna ilość dysków |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|------------------------|-------------------------|
| obudowa kontrolera                                                                                                                                                         | 1           | 24                     | 24                      |
| maksymalna ilość półek dyskowych 2,5 cala (24 dyski per półka) – ze względu na konieczną do zainstalowania półkę dyskową SFF nie można umieścić więcej półek dyskowych 2,5 | 19          | 24                     | 456                     |
| wymagana półka dyskowa na dyski 3,5 cala (12 dysków per półka)                                                                                                             | 1           | 12                     | 12                      |
|                                                                                                                                                                            |             | maks. ilość dysków     | 492                     |

**Odwołujący** dysponuje także dowodem w postaci ważnego oświadczenia zawartego w ofercie **wykonawcy ProSystem**. Oferta **wykonawcy ProSystem** zawiera konfigurację opisaną powyżej, to jest:

|    |                                                                                                                   |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 13 | Macierz jest wyposażona w minimum 16 dysków HDD o pojemności 900GB każdy co najmniej o prędkości 10 tys. obrotów. |
| 14 | Macierz jest wyposażona w minimum 3 dyski SSD eMLC lub SLC o pojemności 400GB każdy.                              |
| 15 | Macierz jest wyposażona w minimum 8 dysków HDD o pojemności 4TB każdy, co najmniej o prędkości 7,2 tys. obrotów.  |

Taka konfiguracja obniża maksymalną możliwą liczbę dysków, którą ta macierz może obsłużyć do **492 dysków**. Niezgodność ta jest wprost potwierdzona w dokumencie ofertowym **wykonawcy ProSystem** w postaci (strona 38; pkt 17) „Macierz obsługuje do 504



dysków wewnętrznych, ale z tą półką LFF obsługuje już tylko 492” (dysków – przypomnienie wykonawcy).

Tak stanowi wyciąg z oferty **wykonawcy ProSystem** strona 37 i 38 oferty:

|    |                                                                                                                       |                                                                                               |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|
| 13 | Macierz musi być wyposażona w minimum 16 dysków HDD o pojemności 900GB każdy co najmniej o prędkości 10 tys. obrotów. | Macierz jest wyposażona w 16 dysków HDD o pojemności 900GB każdy o prędkości 10 tys. obrotów. |
| 14 | Macierz musi być wyposażona w minimum 3 dyski SSD eMLC lub SLC o pojemności 400GB każdy.                              | Macierz jest wyposażona w 3 dyski SSD eMLC o pojemności 400GB każdy.                          |
| 15 | Macierz musi być wyposażona w minimum 8 dysków HDD o pojemności 4TB każdy, co najmniej o prędkości 7.2 tys. obrotów.  | Macierz jest wyposażona w 8 dysków HDD o pojemności 4TB każdy o prędkości 7,2 tys. obrotów.   |
| 16 | Macierz musi obsługiwać dyski z Interfejsem SAS 12 Gb/s.                                                              | Macierz obsługuje dyski z Interfejsem SAS 12 Gb/s.                                            |
| 17 | Macierz musi obsługiwać, co najmniej 500 dysków wewnętrznych.                                                         | Macierz obsługuje do 504 dysków wewnętrznych. Ale z tą półką LFF obsługuje już tylko 492.     |

#### UZASADNIENIE FORMALNE

1. **Odwolujący** wskazał na naruszenie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**. Na mocy tego przepisu **zamawiający** podjął decyzję co do rozbieżności występujących w ofercie **wykonawcy ProSystem** – kwalifikując, a następnie poprawiając je jako omyłkę. Przepis **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** ma zastosowanie wówczas, gdy zostaną spełnione łącznie dwie przesłanki, a mianowicie: [1] stwierdzona przez **zamawiającego** niezgodność treści oferty z SIWZ powinna mieć charakter omyłki, zaś [2] poprawienie tej omyłki nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W ocenie **odwołującego** z taką sytuacją nie mamy do czynienia w tym stanie faktycznym. Otóż niezgodności oferty z treścią SIWZ nie stanowią omyłki, lecz świadome i celowe działanie tego **Wykonawcy**, co wyklucza możliwość zastosowanie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

**Odwolujący** podkreśla, że macierz IBM StorWize 7000 w oczekiwanej przez **zamawiającego** konfiguracji obsługuje jedynie 492 dyski, zaś do osiągnięcia funkcjonalności na poziomie 500 dysków, warunkującej zgodność z SIWZ, niezbędne jest dokonanie zmiany konfiguracji przez usunięcie komponentów będących częścią oferty **wykonawcy ProSystem** i dołożenia innych komponentów. Czyli dodatkowej konfiguracji, a więc rozbudowy macierzy

przy zastosowaniu półek dyskowych na dyski o wielkości 2,5 cala. Dopiero taka rozbudowa jest w stanie zapewnić **zamawiającemu** poziom obsługi dysków oscylujący w granicy do 504 dysków. W związku z tym trudno uznać, aby przedmiot zamówienia oferowany przez **wykonawcę ProSystem** był zgodny z treścią SIWZ, skoro „pierwotna” funkcjonalność macierzy obsługuje mniejszą liczbę dysków niż wymaga tego **zamawiający**. Stanowisko **odwołującego** w tym zakresie potwierdza wprost dokumentacja producenta i dystrybutorów. Otóż w oficjalnym piśmie IBM Polska Sp. z o.o. w Warszawie z **6.08.2015 r.** wskazano, że „w ramach jednej pary kontrolerów macierz V7000 można rozbudować do 504 dysków twardych”, co wprost oznacza że podstawowa wersja urządzenia jest w stanie obsłużyć 504 dyski wewnętrzne dopiero po rozbudowie.

Dowód:

- 1) *korrespondencja mailowa z J. K. – IBM Brand Manager*
- 2) *korrespondencja mailowa z P. P. – inżynierem IBM Tech Data*
- 3) *korrespondencja mailowa z D. W. – inżynierem IBM Tech Data*
- 4) *wydruk ze oficjalnej strony IBM listy oficjalnych dystrybutorów*
- 5) *pismo IBM Polska Sp. z o.o. w Warszawie z 6 sierpnia 2015 r. wraz z załączonym przykładowym etapem rozbudowy*

– *na okoliczność: dysponowania odpowiednią wiedzą specjalną do określenia funkcjonalności macierzy IBM StorWize, funkcjonalności macierzy IBM Storwize V7000, a w szczególności ilość obsługiwanych maksymalnie dysków w podstawowej wersji macierzy IBM Storwize V7000, możliwości rozbudowy urządzenia, jej zgodności z przedmiotem zamówienia opisanym.*

Wnioski dowodowe w sposób jednoznaczny korespondują z oświadczeniem **wykonawcy ProSystem** oferującym macierz IBM StorWize, który to **wykonawca** przyznał, że „podając liczbę 492 dysków zwrócono jedynie uwagę, że w aktualnej konfiguracji osiągniemy taką liczbę, co w żaden sposób nie ogranicza **zamawiającego**, że konfigurację tą można bez problemów zamienić na pozwalającą podłączyć 504 dyski wewnętrzne przez wymianę półki dwunasto-dyskowej na dwudziestoczyterodyskową”. Z powyższego przytoczenia wprost wynika, że w ofercie **wykonawcy ProSystem** nie może być mowy o omyłce, a raczej celowym i przemyślanym działaniu. Nie ulega wątpliwości przy tym, że dopiero korzystne dla **odwołującego** rozstrzygnięcie **KIO z 10 sierpnia 2015 r. (sygn. KIO 1621/15)**, skłoniło **wykonawcę ProSystem** do głębszej refleksji i zmiany stanowiska w celu odparcia zarzutów i uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Stąd skrupulatnie przygotowana wyjaśnienia **wykonawcy ProSystem z 2.09.2015 r.**, które przede wszystkim powinny być rozpatrywane w świetle całokształtu przedstawionych okoliczności i wszechstronnie przeanalizowanej dokumentacji przetargowej. Wysoce zastanawiający jest

fakt, że dopiero na tym etapie **wykonawca ProSystem** podniósł, że „ewentualne rozbieżności wynikające z treści oferty nie są celowym działaniem **wykonawcy** i nie służą celowemu zaoferowaniu sprzętu, który jest niezgodny z treścią SIWZ, a stanowią jedynie omyłki stanowiące pozostałości po wersji roboczej oferty, które nie mają wpływu na treść oferty w tym zakresie oferowanego świadczenia, zważywszy, że niemożliwym jest ograniczenia parametrów technicznych sprzętu, które są właściwe dla danego modelu”. **Odwolujący** nie ma wątpliwości, że deklaracja „492” nie jest zwykłą omyłką rozumianą jako nieopatrzenie, dodany dopisek, a wynika wprost z właściwości urządzenia, która w oferowanej wersji nie zawiera wymaganej przez **zamawiającego** funkcjonalności.

Dowód:

- 6) pismo przystępującego do postępowania odwoławczego **wykonawcy ProSystem** z **10.05.2015 r.**
- 7) wyrok KIO z **10.08.2015 r.**, sygn. akt **KIO 1621/15**
- 8) wyjaśnienia **wykonawcy ProSystem** z **2.09.2015 r.**

– na okoliczność: funkcjonalności macierzy IBM Storwize V7000, a w szczególności ilość obsługiwanych maksymalnie dysków w podstawowej wersji macierzy IBM Storwize V7000, możliwości rozbudowy urządzenia, jej zgodności z przedmiotem zamówienia opisanym, sprzeczności w stanowisku **wykonawcy ProSystem**.

**Odwolujący** nie podziela stanowiska **zamawiającego** i nie przypisuje powstałej rozbieżności charakteru omyłki, o którym mowa w **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**, jednak ostrożność procesowa wymaga, aby odnieść się do kwalifikacji również w zakresie drugiej z występujących w ww. przepisie przesłanek. Otóż istotna zmiana treści oferty występuje w momencie, gdy poprawienie omyłki powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii stanowiących przedmiotu zamówienia, że należałoby uznać ją za nową ofertę, nie zaś korektę pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy. W opisie przedmiotu zamówienia **części A pkt 17 zamawiający** wymagał, aby „macierz obsługiwała co najmniej 500 dysków wewnętrznych”. Sposób opisanie macierzy w SIWZ wskazuje, że funkcja obsługi 500 dysków musi być dostępna już w „podstawowej” macierzy. Wyjaśnienia złożone przez **wykonawcę ProSystem** potwierdziły, że rozbieżności w ofercie wynikają z manipulacji parametrami urządzenia – wartość „504” dysków jest właściwa dla obsługi macierzy po dodatkowej rozbudowie, natomiast wartość „492” dyski to podstawowa, „pierwotna” funkcjonalność oferowanego urządzenia. Początkowo **wykonawca ProSystem** oferował macierz, której bazowe właściwości miały zostać rozbudowane tj. z obsługi 492 dysków do 504 dysków.

Ze złożonych wyjaśnień wynika natomiast wniosek odmienny – sprzeczny *de facto* z uprzednio składanymi oświadczeniami w sprawie – tym razem **wykonawca** stoi na

stanowisku, że proponowane przez niego urządzenie nie wymaga rozbudowy, aby móc skutecznie obsłużyć **504** dyski wewnętrzne. W ocenie **odwołującego** dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza znacząco poza dyspozycje przepisu **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**. W konsekwencji poprawa deklaracji ofertowej z „492” na „504” powoduje na tyle istotną zmianę oferty, że należy ją poczytywać za zaoferowanie przez **wykonawcę** zupełnie innego sprzętu niż w początkowej ofercie.

Rozważania te w sposób jasny skłaniają do twierdzenia, że rozbieżności w ofercie **wykonawcy ProSystem** są celowym i świadomym działaniem, w żadnym wypadku nie kwalifikują się do przypisania im waloru omyłki **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**. Nie ulega wątpliwości, że **zamawiający** obligatoryjnie powinien odrzucić ofertę **wykonawcy ProSystem**, jako sprzeczną z treścią SIWZ.

2. Do zarzutu z pkt II *petitum* **odwołujący** wskazał, że odrzucenie oferty **wykonawcy ProSystem** na mocy przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** powinno nastąpić z uwagi na niezgodność przedmiotu świadczenia o charakterze obiektywnym i merytorycznym z treścią SIWZ.

W opisie przedmiotu zamówienia części A pkt 17 **zamawiający** wymagał aby „*macierz obsługiwała co najmniej 500 dysków wewnętrznych*”. Z tego postanowienia wynika, że macierz bez wprowadzania żadnych konfiguracji rozumianej jako rozbudowa, powinna zapewnić obsługę co najmniej 500 dysków wewnętrznych. Dokonując analizy przedmiotowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia KIO potwierdziło stanowisko **odwołującego** uznając, że „wymaganie **zamawiającego** było w tym zakresie jednoznaczne – macierz musi obsługiwać co najmniej 500 dysków wewnętrznych”, jak również »parametry i funkcje z Zał. 2A dotyczące między innymi macierzy (jedna sztuka) – jak wynika z opisu tego formularza – mają charakter minimalnie wymagany przez **zamawiającego**. Oznacza to, że wszyscy uczestnicy postępowania byli związani zarówno opisem przedmiotu zamówienia, jak i sposobem spełnienia wymagań wyznaczonych przez **zamawiającego** w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Parametry techniczne oferowanego urządzenia powinny być zgodne z określonymi w załączniku 2A do SIWZ. W tym miejscu zasadne również staje się przytoczenie stanowiska KIO, że „zdaniem Izby skoro **zamawiający** nie oznaczył w SIWZ, że omawiana funkcjonalność ma charakter hipotetyczny, uzależniony od przyszłych potrzeb zamawiającego – wykonawca był Zobowiązanych wykazać spełnienie danego warunku już na moment złożenia oferty«.

W tym miejscu za wysoce chybiony uznać należy argumenty podnoszone w Wyjaśnieniach przez **wykonawcę ProSystem**, że „**zamawiający** nie sprecyzował, czy wymaganie, aby macierz obsługiwała co najmniej 500 dysków wewnętrznych miało uwzględniać konfigurację tej macierzy wraz z dostarczanym w tym postępowaniu sprzętem,

czy też macierz ta w ogóle miała posiadać takową funkcję, nie może prowadzić do przyjęcia dopiero na etapie oceny ofert wykładni, która nakazuje rozumienie SIWZ w sposób nie wynikający z jej literalnego brzmienia”. W zakresie wykładni przedmiotowego postanowienia **SIWZ**, jednoznacznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza, co zostało przytoczone w powyższych fragmentach wyroku **KIO z 10 sierpnia 2015 r. sygn. akt 1621/15**, stąd **odwołujący** pragnie jedynie raz jeszcze zaznaczyć, że ponad wszelką wątpliwość macierz IBM StorWize 7000 w wymaganej przez **zamawiającego** funkcjonalności bazowej nie zapewnia możliwości obsługi co najmniej 500 dysków wewnętrznych, co wynika wprost z cech oferowanego urządzenia i jest warunkiem obligatoryjnie wymaganym pod rygorem odrzucenia oferty na mocy postanowień **art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp**.

Przyjęta przez **wykonawcę** wykładnia wynika z faktu, że macierze obsługujące co najmniej 500 dysków lub więcej są znacznie droższe w podstawowej wersji, niż macierze które osiągają takie parametry po dodatkowej rozbudowie. **Odwołujący** zaoferował macierz Huawei Oceanastore 5600v3 – a więc urządzenie o znacznie wyższych parametrach technicznych niż wymagane przez **zamawiającego**. Powodem tego było faktyczne traktowanie wymogu **zamawiającego** dotyczącego obsługi minimum 500 dysków. Gdyby traktować wymóg funkcjonalności macierzy obsługi 500 dysków jako dowolny do interpretacji lub teoretyczny na przyszłość, czy też odnoszący się do dowolnej konfiguracji, a nie oczekiwanej – jak pragnie nas przekonać **wykonawca** – to **odwołujący** zaoferowałoby model macierzy Oceanstore 5300v3 – a więc o dwa modele niższy – w ten sposób **odwołujący** z pewnością uzyskałby przedmiotowe zamówienie, albowiem macierz ma możliwość obsługi 500 dysków (przy półkach z dyskami 2,5 cala) jednak wymagałaby dodatkowej rozbudowy. Interpretacja SIWZ przyjęta przez **wykonawcę**, w sposób ewidentny prowadzi do naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

**Odwołujący** wskazał, że „ewentualne propozycje co do zmian wymagań minimalnych powinny być zgłaszane przez wykonawców na etapie poprzedzającym złożenie oferty, tak aby zachować zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu **zamawiający** po otwarciu ofert nie ma możliwości odstąpienia od wymagań opisywanych w SIWZ” (wyr. KIO z 3 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 992/14).

**Odwołujący** ponad wszelką wątpliwość wykazał, że zaoferowana przez **wykonawcę ProSystem** macierz IBM StorWize 7000 nie spełnia wymogów określonych przez **zamawiającego** w SIWZ, zaś rozbieżności w ofercie ww. **wykonawcy** są działaniem celowym i świadomym, których w żaden sposób nie da się przypisać charakteru omyłki, o którym mowa w **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**, tym samym oferta powinna podlegać odrzuceniu na mocy **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

**Odwołujący** przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 21.09.2015 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

**Zamawiający** przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **22.09.2015 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

**25.09.2015 r. wykonawca ProSystem z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wróblewskiego 12, 51-627 Wrocław** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:

- 1) (dowód nr 1) wydruk z Internetu (w języku angielskim, bez tłumaczenia) na wykazanie, że zaoferowana przez odwołującego macierz jest najniższą z danej rodziny, gdyż inne nie spełniałyby pozostałych wymagań zamawiającego np. brak pojedynczego punktu awarii;

dowodów złożonych przez odwołującego

- 2) (dowód nr 2) dowód nr 2 ze stanowiska przystępującego z 10.08.2015 r. schemat budowy i rozbudowy macierzy, z którego to dowodu wynika, że w zakresie oferowanym w postępowaniu możliwa jest jedynie konfiguracja z **492 dyskami**;

– **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Izba** stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

**Izba** postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

**Izba** ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzut pierwszy naruszenia **art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez bezpodstawne uznanie, że rozbieżność występująca w ofercie **wykonawcy ProSystem** ma charakter omyłki, polegającej na niezgodności oferty z **SIWZ**, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy właściwa i wszechstronna analiza dokumentacji przetargowej prowadzi do wniosku, że w ofercie **wykonawcy ProSystem** omyłka nie zaszła, zaś poprawienie owych rozbieżności przez **zamawiającego** spowodowało w efekcie istotną zmianę w treści oferty **wykonawcy ProSystem**, która powinna zostać odrzucona jako niezgodna z **SIWZ** – zasługuje na uwzględnienie.

**Zamawiający w pkt 17 załącznika nr 2A do specyfikacji** postawił wymaganie cyt. »Macierz musi obsługiwać co **najmniej 500 dysków wewnętrznych**«. Ponadto **zamawiający** wymagał w **pkt 15 załącznika nr 2A do specyfikacji**, aby macierz była wyposażona w minimum **8 dysków HDD o pojemności 4TB każdy** i o prędkości 7,2 tys. obrotów. Dyski takie mają fizyczny rozmiar 3,5 cala i mieszczą się w **półce dyskowej LFF**. Jednak zainstalowanie tej półki powoduje, że w zaoferowanej przez **wykonawcy ProSystem macierzy 5300** nie można zwiększyć liczebności **dysków powyżej 492**.

W ofercie **przystępującego** znalazła się adnotacja, że proponowana macierz będzie mieć 492 miejsca na dyski w wymaganej przez **zamawiającego** konfiguracji zawierającej dyski o wymiarach 3,5 cala.

**Zamawiający** dokonał poprawy w ofercie **przystępującego** adnotacji o maksymalnej liczbie **492 dysków** do zainstalowania przez wykreślenie tego passusu. **Zamawiający** dokonał tego na podstawie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** po wyjaśnieniach **przystępującego**, która to czynność w postępowaniu zamówieniowym była przeprowadzona na podstawie **art. 87 ust. 1 Pzp**, zgodnie z wyrokiem **KIO o sygn. KIO 1621/15**. Przepis **art. 87 ust. 1 Pzp** brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«, a przepis **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie [...] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«.

**Izba** stwierdza, że jednak istnienie bądź brak istnienia samego kwestionowanego wpisu o **492 dyskach** w ofercie nie powoduje, że oferta jest zgodna czy jest niezgodna z postanowieniami **specyfikacji**. Najistotniejsza w sprawie jest wskazywana przez **odwołującego** konfiguracja sprzętu, która zgodnie z wymaganiami **zamawiającego** determinuje, że **przystępujący** musi zaoferować półkę LFF na dyski o wielkości 3,5 cala i

mieszczącą 12 dysków, a nie może zaoferować półki SFF na 24 dyski o wielkości 2,5 cala. Zgodnie z oświadczeniami **zamawiającego** i **przystępującego** zaoferowana przez **przystępującego** macierz jest zdolna do obsługi ponad 500 dysków (504 dysków), ale o wymiarach 2,5 cala. Natomiast **zamawiający** wymagał w zamówieniu nie tylko dysków o wymiarach 2,5 cala, które można zainstalować w półce typu SFF, ale także dysków o wymiarach 3,5 cala, których nie można zainstalować w półce typu SFF, a które można zainstalować w półce LFF. Półka typu LFF mieści tylko 12 dysków, a nie 24 dyski, które można zainstalować w półce SFF.

Sam **zamawiający** stwierdza, że cyt. »W przypadku dysków 2,5 cala będzie można zainstalować w macierzy ponad 500 dysków«. Dodatkowo **zamawiający** zwraca uwagę na obecne zamówienie tylko **27 dysków**. Jednak **zamawiający** pomija fakt, że wśród zamawianych dysków muszą znajdować się dyski o wielkości 3,5 cala, bo tylko takie dyski posiadają wymagane cechy techniczne – m.in. odpowiednią pojemność i prędkość obrotów, co **zamawiający** pokazane w **pkt 15 załącznika nr 2a do specyfikacji** „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”: **»Macierz jest wyposażona w minimum 8 dysków HDD o pojemności 4TB każdy, co najmniej o prędkości 7,2 tys. obrotów«**. Zgodnie z potwierdzonym przez **zamawiającego** i niezaprzeczoną przez **przystępującego** twierdzeniem **odwołującego** tylko dyski o wymiarach **3,5 cala** mogą spełnić takie wymagania. Z tego powodu wykonawca musi zaoferować przynajmniej jedną **półkę dyskową LFF**, która mieści 12 dysków, a więc w urządzeniu nie można zainstalować powyżej 500 dysków, ale jedynie 492 dyski.

Zdaniem **Izby** nie jest istotne czy zaoferowana w macierzy półka jest urządzeniem peryferyjnym i czy może współpracować z przedmiotem zamówienia z odległości wielu metrów, co podnosili **zamawiający** i **przystępujący**. W rozpoznawanej sprawie ważące jest zaoferowanie macierzy z półkami mogącymi pomieścić **492 dyski** zgodnie z wymaganiami konfiguracyjnymi żądanymi przez **zamawiającego**.

W związku z tym **Izba** musi stanąć na stanowisku, że **przystępujący** zaoferował macierz w obecnej konfiguracji niespełniającą wymagania możliwości zainstalowania ponad 500 dysków. Samo poprawienie omyłki w ofercie **przystępującego** (przez wykreślenie adnotacji o możliwościach zamontowania wskazanej liczby dysków) nie mogło mieć wpływu na treść oferty, gdyż możliwość zamontowania odpowiedniej liczby dysków nie wynikała z tej notatki, ale z ogólnych cech technicznych zaoferowanego urządzenia i zgodnie z wymaganiami **zamawiającego**.

**Izba** dodatkowo podkreśla, że **zamawiający** musi mieć podstawy do poprawy omyłek, które to podstawy powinny się znajdować się w samej ofercie czy w wiedzy członków komisji przetargowej **zamawiającego**. Jednak **zamawiający** nigdy nie może abstrahować od treści całej oferty i wymagań **zamawiającego** opisanych w specyfikacji. **Izba** stwierdza, że bez



względu na istnienie w ofercie kwestionowanego sformułowania o **492 dyskach** oferta **przystępującego** nie spełnia wymagań **zamawiającego** o liczebności co najmniej 500 dysków w związku z wymaganiem zaoferowania dysków o wymiarach **3,5 cala**. Dlatego **Izba** musi stwierdzić, że **zamawiający** naruszył **art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez bezpodstawne uznanie, że rozbieżność od **specyfikacji** występująca w ofercie **przystępującego** ma charakter omyłki, podczas gdy analiza oferty i **specyfikacji** prowadzi do wniosku, że w ofercie **przystępującego** omyłka nie zaszła i nie można na podstawie poprawionej oferty uznać, że oferta **przystępującego** spełnia wymagania **zamawiającego**. **Zamawiający** bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty **przystępującego** na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

W związku z tym w ocenie **Izby**, zarzut pierwszy naruszenia **art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez bezpodstawne uznanie, że po dokonaniu poprawy oferty nie zachodzi przesłanka odrzucenia oferty – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie **Izby**, zarzut drugi naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy ProSystem**, pomimo niezgodności oferty **wykonawcy ProSystem** z treścią **specyfikacji** polegającej na zaoferowaniu przez **wykonawcę ProSystem** urządzenia niespełniającego wymogów określonych przez **zamawiającego** w **specyfikacji** oraz w **Specyfikacji Technicznej**, co powinno skutkować uznaniem oferty za niezgodną z treścią specyfikacji, a następnie odrzuceniem oferty oraz, zarzut trzeci naruszenia **art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** – przez dokonanie wyboru oferty **wykonawcy ProSystem** jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że oferta **wykonawcy ProSystem** podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – zasługuje na uwzględnienie.

W związku z brakiem podstaw do poprawy oferty **przystępującego** na podstawie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** i uznaniu, że oferta **przystępującego** nie podlega odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, **zamawiający** powinien odrzucić tę ofertę i nie mógł takiej oferty wybrać jako najkorzystniejszą na podstawie **art. 91 ust. 1 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Dodatkowo **Izba** wskazuje, że **zamawiający** może wybierać ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co wynika z kolejności czynności **zamawiającego** uregulowanej w szczególności w **art. 20 ust. 2 Pzp**, który to przepis brzmi »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do [1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do [2]

badania i [3] oceny ofert«. Pierwsza faza postępowania określona w **art. 20 ust. 1 Pzp** prowadzi do wyeliminowania **wykonawców** niespełniających warunków udziału w postępowaniu na podstawie **art. 24 ust. 1 lub 2 Pzp** – podczas oceny spełniania przez **wykonawców** warunków udziału w postępowaniu. Druga faza tego postępowania – badanie ofert – prowadzi podczas badania ofert do odrzucenia ofert na podstawie **art. 89 ust. 1 Pzp**, a w tym do odrzucenia ofert niespełniających wymogów **zamawiającego** opisanych w **specyfikacji** na podstawie **art. 89 ust. 1 Pzp**. Dopiero trzecią fazą jest ocena ofert, ale w stosunku do ofert niepodlegających odrzuceniu.

W związku z tym żądanie **odwołującego** unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert jest zdaniem **Izby** zasadne oraz wynika z zasadności zarzutów drugiego i trzeciego naruszenia przez **zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** i **art. 91 ust. 1 Pzp**.

Ponadto **Izba** stwierdza, że **odwoływający** nie dowiódł, że **zamawiający** naruszył **art. 91 ust. 2 Pzp** stosując podczas wyboru najkorzystniejszej oferty inne kryteria niż dozwolone w tym przepisie. Przepis **art. 91 ust. 2 Pzp** brzmi »Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji«.

**Zamawiający** podczas postępowania naruszył **art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp**.

**Izba** wzięła pod uwagę **dowód nr 2** w wersji znajdującej się w dokumentacji **zamawiającego** bez nieczytelnych notatek **odwołującego** oraz nie uwzględniła **dowodu nr 1** złożonego w języku obcym bez tłumaczenia na język polski.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....