

Sygn. akt: KIO 1422/17

WYROK
z dnia 25 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2017 r. przez wykonawcę: **GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o., ul. Fabryczna 13, (65-410 Zielona Góra)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Agencja Żeglugi Powietrznej ul. Wieżowa 8 (02-147 Warszawa)**,

przy udziale wykonawcy: **Madax Plus Sp. z o.o., ul. Karczewska 12, (04-112 Warszawa)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o., ul. Fabryczna 13, (65-410 Zielona Góra) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o., ul. Fabryczna 13, (65-410 Zielona Góra)**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy: **GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o., ul. Fabryczna 13, (65-410 Zielona Góra)** na rzecz zamawiającego: **Polska Agencja Żeglugi Powietrznej ul. Wieżowa 8 (02-147 Warszawa)** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) 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

Odwołanie zostały wniesione przez wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne sp. z o.o. z Zielonej Góry (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 ze zm.), (dalej: ustawa Pzp) przez zamawiającego: Polska Agencja Żeglugi Powietrznej z Warszawy. Przedmiotem zamówienia jest: „Dostawa i wdrożenie systemu zarządzania wydrukiem”. Numer ogłoszenia: 2017/S 070-132015 Dz. Urz. UE. Odwołujący zarzuty skierował do oferty uznanej za najkorzystniejszą wykonawcy: MADAX Plus sp. z o.o. Warszawy [wykonawca Madax] i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty spółki MADAX, pomimo że treść złożonych ofert nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
2. art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp poprzez niedopuszczalne poprawienie treści oferty spółki MADAX, co spowodowało istotne zmiany w treści oferty,
3. art. 90 ust 1 i ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki MADAX, pomimo tego, iż istotna części składowa oferty, tj. lp. 3 i 4, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów,
4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia Odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert, 2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 3. odrzucenie oferty złożonej przez spółkę MADAX, 4. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów podał w szczególności, co następuje:

I. Powołując się na orzecznictwo i doktrynę podkreślił, że zgodnie z art. 29 ust 1 i 2 ustawy PZP Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Czynność opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez

zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Z tej przyczyny przepisy ustawy wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. „Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.”

II. Zamawiający zgodnie z SIWZ wymagał:

1. aby w ramach zamówienia została zaoferowana platforma sprzętowa wraz z licencjami (2 serwery wraz z licencjami). W taki sposób sformułowana jest tabela oferty - lp. 2. Spółka MADAX zaoferowała platformę sprzętową Fujitsu PY RX 2540M2 4x3,5 natomiast w ofercie brak jest jakichkolwiek zapisów dotyczących oferowania licencji na oprogramowanie. Dopiero na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2017 r. (które dotyczyło zresztą zupełnie innych kwestii) Wykonawca w sposób całkowicie dowolny i niedozwolony dokonał zmiany treści oferty poprzez wskazanie i określenie, jakie licencje oferuje i ile sztuk. Wykonawca w ofercie nie zaoferował serwera z systemem operacyjnym. Wykonawca nie zaoferował systemu (licencji), pomimo iż Załącznik nr 3 do SIWZ formularz ofertowy - zawierał wymaganie podania nazwy oferowanego produktu. Oferta spółki MADAX, co do zakresu nie odpowiada więc zapisom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

2. w odniesieniu do platformy sprzętowej wraz z licencjami (2 serwery z licencjami) - zgodnie z załącznikiem nr 2 do OPZ - dostarczenia 2 serwerów wyposażonych w podsystem dyskowy (zintegrowany) składający się z 8 dysków twardych.

Wykonawca zaoferował serwer Fujitsu PY RX2540 M2 - przy określeniu producenta i nazwy urządzenia zastosowano zapis „4 x 3,5” - zapis ten definiuje ilość oferowanych dysków. Na platformie nie ma więc możliwości instalacji (wyposażenia) 8 dysków, posiada bowiem tylko 4 zatoki dyskowe. Powyższe można potwierdzić w karcie katalogowej (<https://sp.ts.fujitsu.com/dmsp/Publications/public/ds-py-rx2540-m2.pdf>) oraz na stronach producenta. Zamawiający w sposób niedopuszczalny wzywając do wyjaśnień doprowadził w istocie to modyfikacji oferty również w tym miejscu. Finalnie spółka MADAX zaoferowała urządzenie PY RX2540 M2 4x3.5' expandable z upgrade kit from 4 x to 8x 3.5' HDD.

3. W odniesieniu do urządzeń wielofunkcyjnych typ A: zgodnie z załącznikiem nr 1 do OPZ - dostarczenia urządzeń wyposażonych w finisz ze zszywaczem 50 ark., z możliwością tworzenia broszur, z tacą wyjścia o pojemności min. 1500 arkuszy oraz dziurkaczem 2/4

otwory, a także w min. 3 kasety, z czego jedna na papier o formacie A3 o pojemności min. 500 arkuszy, a pozostałe na papier o formacie od A3 do A5, przy czym łączna pojemność kaset min. 2000 arkuszy. Wykonawca zaoferował urządzenie Konica Minolta Bizhub C 558, które bez prawidłowo dobranego wyposażenia opcjonalnego nie spełnia powyższych wymagań. Wykonawca nie potwierdził w złożonej ofercie konfiguracji oferowanego urządzenia, w związku z czym Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy oferta spełnia wymagania minimalne określone w załączniku nr 1 do OPZ.

4. W odniesieniu do urządzenia wielofunkcyjnego typ B - zgodnie z załącznikiem nr 1 do OPZ - dostarczenia urządzeń wyposażonych w automatyczny podajnik dokumentów min. 80 oryginałów; A6-A3 Dualscan ADF (skaner jednoprzebiegowy), a także w min. 3 kasety, z czego jedna na papier o formacie A3 o pojemności min. 500 arkuszy, a pozostałe na papier o formacie od A3 do A5, przy czym łączna pojemność kaset min. 2000 arkuszy. Wykonawca zaoferował urządzenie Konica Minolta Bizhub C 308, które bez prawidłowo dobranego wyposażenia opcjonalnego nie spełnia powyższych wymagań. Wykonawca nie potwierdził w złożonej ofercie konfiguracji oferowanego urządzenia, w związku z czym Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy oferta spełnia wymagania minimalne określone w załączniku nr 1 do OPZ.

Odwołujący wskazał na tezy z orzecznictwa:

- ✓ „Zamawiający, po wpisaniu do specyfikacji wymogu wykazania przez wykonawcę szczegółowych cech oferowanego przedmiotu, jest obowiązany sprawdzić spełnienie szczegółowych wymagań przez wykonawcę. Zamawiający podczas badania nie może poprzestać na ogólnym stwierdzeniu wykonawcy zawartym w formularzu oferty (...)
- ✓ Zamawiający jest obowiązany do zbadania oferty z należytą starannością, zwłaszcza, gdy inny wykonawca zarzuca, że czynność ta została dokonana bez zareagowania na choćby najmniejsze odstępstwa oferty od specyfikacji”, (wyrok w sprawie o sygn. akt. KIO/UZP 907/09; KIO/UZP 915/09);
- ✓ „Zamawiający badając ofertę ma obowiązek stosować się do przepisów Prawa zamówień publicznych i nie może nie reagować na jakiegokolwiek odstępstwa poczynione przez wykonawcę od swoich postanowień postawionych w specyfikacji”.

Reasumując stwierdził, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odnosnie drugiego z zarzutów naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp wskazał: Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) 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". Przepis art. 87 ust, 2 pkt 3 jest wyjątkiem od zasady, że złożona oferta musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i został wprowadzony w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek. Wskazał na orzecznictwo KIO podkreślając, że: „Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert. (...) Zakaz prowadzenia negocjacji poszerza więc katalog czynności zabronionych w ten sposób, że nie tylko dokonywanie zmian w ofercie, ale również samo podjęcie próby wprowadzenia takich zmian jest naruszeniem przepisów ustawy. Zakazu negocjacji nie można utożsamiać z zakazem posłużenia się wyjaśnieniami dokonywanymi w trybie art. 87 ust. 1 jako źródłem wiedzy zamawiającego niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2 Pzp. Podkreślił ponadto, że „Wymagania zawarte w SIWZ jasno określały wymagania Zamawiającego - oferta MADAX po pierwsze w ogóle nie zawierała żadnych danych dot. licencji, trudno więc przyjąć, że zostały one w ogóle zaoferowane, po drugie oferta wskazywała na cechę oferowanej platformy sprzętowej - 4x3,5. Zapis ten dotyczy architektury napędów pamięci masowej, która jest niezgodna z wymaganiami SIWZ 8x3,5. Dopuszczając do dokonania w ofercie zmian, co do oferowania licencji, a także architektury napędu zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp zmiany nie mają charakteru omyłek i w sposób istotny wpływają na treść oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp wskazał: (...) zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu”. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. MADAX w swojej ofercie w zakresie ceny istotnych części składowanych jakimi są instalacja i wdrożenie systemu oraz szkolenie określił swoje wynagrodzenie na poziomie „0,00 zł”. Dodatkowo w porcjach tych zawarł zapis „nie dotyczy”. Na pytanie Zamawiającego zaś padła lakoniczna odpowiedź, iż koszty te zostały w kalkulowane w cenę oferty. Dalej podał, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ceny poszczególnych elementów oferty muszą odzwierciedlać

realne dla nich koszty, przynajmniej do poziomu, który pozwala na taką ocenę. Mając na uwadze treść pisma Zamawiającego skoro Wykonawca na jego żądanie w piśmie z dnia 06.06.2017 r. nie podał nawet, nie mówiąc o udowodnieniu, podstawowych danych dot. kosztów cenotwórczych oferty oczywistym jest, że wybierając ofertę najkorzystniejszą Zamawiający naruszył art. 90 ust 2 Pzp w związku z art. 7 ust 1. Można bowiem odnieść wrażenie, że próbując zastosować również w sposób nieprawidłowy art. 87 ust 2 Pzp Zamawiający „ratuje” ofertę MADAX. Zamawiający w ten sposób rażąco narusza podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał na orzeczenia KIO podkreślając:

✓ „Zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 p.z.p., Zamawiający jest zobowiązany wymagać wyjaśnień pełnych i obiektywnych, potwierdzonych dowodami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny oferty w równym stopniu od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie może opierać się w tym zakresie wyłącznie na własnej wiedzy lub informacjach ogólnodostępnych (np. składanych przez wykonawcę w innym postępowaniu). Zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Zamawiający nie może zwolnić wykonawcy z tego obowiązku (...).”

✓ „Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowanie poprawności kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia powinny być konkretne, wyczerpujące i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze (np. poprzez złożenie szczegółowych wyliczeń i wyjaśnień). Przykład nie może polegać na wskazaniu niskich cen, ale na wyjaśnieniu dlaczego ten konkretny wykonawca ma możliwość zaoferowania właśnie takich cen. Istotne jest aby wykonawca wykazał, że właśnie dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym te akurat czynniki nie są dostępne. Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, to nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny. Zwłaszcza wobec jednoznacznego żądania zamawiającego, skarżący powinien swoimi wyjaśnieniami i dołączonymi dowodami dowieść, że zaoferowane przez niego ceny materiałów są rynkowe i realne, podobnie oferty podwykonawców.” Odwołujący podkreślił, że dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, albowiem Wykonawca formalnie odpowiedział, natomiast odpowiedź sprowadziła się do wskazania, iż cena za instalację i wdrożenie systemu oraz szkolenia została ujęta w cenie całkowitej. W podsumowaniu stwierdził, że postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się pewnym formalizmem, a decyzje podejmowane przez zamawiającego muszą być transparentne. Ponowne wzywanie do złożenia wyjaśnień oraz dowodów budzi uzasadnione wątpliwości, a

"Fakt wystosowania przez zamawiającego ogólnego wezwania (...) nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego opisanie czynników, które zadecydowały o wysokości ceny".

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: Madax Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności:

Odnośnie pierwszego zarzutu – naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp - wskazując na orzecznictwo stwierdził, że (...) niezgodność z SIWZ polega co do zasady na oferowaniu innego niż wymagany przedmiotu zamówienia lub na innym wykonaniu świadczenia. Taka niezgodność treści oferty powinna mieć charakter zasadniczy i być nieusuwalna. Inaczej mówiąc, powinna polegać na niezgodności zobowiązania zamawiającego opisanego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, lub też na sporządzeniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (sposób wyrażania, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego). Należy również pamiętać o odróżnieniu zgodności z treścią od zgodności z formą, z których ta ostatnia nie jest objęta ww. przepisem". Dalej podał, że (...) zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu. Wobec tego odrzucenie oferty na podstawie analizowanego przepisu może nastąpić, gdy nie ma wątpliwości co do niezgodności treści oferty z SIWZ". Dalej podał, że (...) w SIWZ wskazał, że powyższa część zamówienia powinna obejmować „Instalacja i uruchomienie platformy sprzętowej, urządzeń wielofunkcyjnych oraz Systemu Zarządzania Wydrukiem wraz z niezbędnymi do prawidłowego działania Systemu licencjami systemów operacyjnych i bazodanowych (załącznik nr 1 do SIWZ, pkt 1 ppkt 2; pkt 5 ppkt 1). Jednakże w żadnym z dokumentów SIWZ nie określono, że w tabeli oferty należy wpisywać całą specyfikację oferowanego urządzenia, w tym wyszczególnienie licencji. Zatem w danej rubryce należało jedynie wpisać nazwę oferowanego sprzętu, a zapewnienie licencji wchodziło w zakres oświadczenia, że urządzenie to będzie spełniać wymogi Zamawiającego". Stwierdził, że podczas badania oferty zauważył brak kart katalogowych platformy sprzętowej w ofercie MADAX i za pismem z dnia 29 maja 2017 roku wezwał tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p. do jej złożenia. MADAX przedłożył stosowny dokument, lecz Zamawiający w związku z powstałymi wątpliwościami, stosując tym razem art. 87 ust. 1 p.z.p., pismem z dnia 5 czerwca 2017 roku zwrócił się o przedłożenie wyjaśnień treści dokumentu, tj. karty katalogowej platformy

sprzętowej. Przesłana karta opisywała serwer w różnych konfiguracjach (z różnym "wyposażeniem) co utrudniało prawidłową weryfikację czy oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego postawione w SIWZ. MADAX przedłożył stosowne wystarczające wyjaśnienia. MADAX przedstawił także wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego, który zwrócił się [pismo z 5.06.2017 r.] o wyjaśnienia treści dokumentu, tj. karty katalogowej platformy sprzętowej. W odpowiedzi na to wezwanie MADAX przedstawił pełną konfigurację oferowanego serwera. Proponowane urządzenie się nie zmieniło, a jedynie doszło do wyszczególnienia (sprecyzowania) co wchodzi w zakres oferowanej platformy sprzętowej. W ramach uszczegółowienia zostały wskazane również licencje. Oferowana cena nie uległa zmianie. Wobec tego należy stwierdzić, że nie doszło do zmiany oferty. Drugą kwestią poruszoną przez Odwołującego w tym zakresie to ilość oferowanych dysków twardych. Odwołujący twierdzi, że początkowo MADAX oferował sprzęt z 4 zatokami dyskowymi, a następnie po zapytaniu zamawiającego zmienił rodzaj sprzętu przez rozszerzenie nazwy o słowo „expandable”. W ocenie Zamawiającego nie doszło do zmiany urządzenia. Wyjaśnienia MADAX cały czas dotyczą tego samego urządzenia (o tej samej nazwie i oznaczeniu), które dostarczane jest w odpowiedniej konfiguracji. W związku z brakiem precyzyjnego przedstawienia w ramach oferty, na skutek wniosku o wyjaśnienie, Zamawiający otrzymał informacje, które potwierdziły, iż MADAX zaoferował i dostarczy sprzęt o właściwościach wymaganych przez SIWZ. Zaznaczył, że skorzystanie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wymagałoby wykazania, że niezgodność jest „niewątpliwa” i nieusuwalna. Rzekoma niezgodność jest niewątpliwa, a ponadto wszelkie wątpliwości zostały wyjaśnione przez wykonawcę i uznane przez Zamawiającego.

W pozostałych kwestiach dotyczących urządzeń drukujących (urządzenie wielofunkcyjne typ A i B), w ocenie Zamawiającego zarzuty są chybione. Odwołujący nie wykazał, że zaproponowany sprzęt nie spełnia wymogów SIWZ, a jedynie, iż może nie spełniać takich wymagań.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest niezrozumiały. Odwołujący stawia zarzut naruszenia ww. przepisu, podczas gdy z dokumentów postępowania nie wynika by Zamawiający zastosował procedurę poprawienia w ofercie omyłek. Można domniemywać, że Odwołujący nawiązuje do okoliczności, które wskazał przy pierwszym zarzucie dotyczącym niezgodności z SIWZ, czyli uznaje, że Zamawiający z uwagi na zastosowanie art. 87 ust 1 Pzp dokonał poprawek w ofercie MADAX. Jego zdanie, aby uznać, że Zamawiający skorzystał z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i go naruszył należałoby wykazać, że doszło do wprowadzenia poprawek w ofercie, określenia jakie to są poprawki oraz przedłożenia zawiadomienia wykonawcy MADAX o ich wprowadzeniu. Odwołujący w swoich

twierdzeniach nie wskazuje na konkretne dokumenty, które miałyby takie fakty potwierdzać (pisma, protokoły). Można przypuszczać, że Odwołujący próbuje twierdzić, że takie działania nastąpiły w sposób domyślny, bez ujawniania ich w formie pisemnej. Jednakże w ocenie Zamawiającego sprawą istotną dla wykazania określonego działania jest wskazanie faktów na ich zaistnienie. W świetle dokumentów postępowania wszelkie działania Zamawiającego wskazują na wypełnienie dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, a nie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podjęte czynności w postaci wezwania do wyjaśnienia oraz działania MADAX w postaci złożenia wyjaśnień nie zawierają elementów, które mieszczą się w przesłankach art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zgodnie z tym ostatnim przepisem powinno dojść do jednostronnego działania Zamawiającego w postaci poprawienia omyłki oraz zawiadomienia o tym fakcie MADAX, W rzeczywistości doszło do żądania wyjaśnień (bez wprowadzania żadnej poprawy w ofercie) oraz po uzyskaniu wyjaśnień Zamawiający nie dokonywał żadnego zawiadomienia o wprowadzeniu poprawek w ofercie MADAX.

Odnosnie naruszenia art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp podał, że Odwołujący niewłaściwie ocenił działanie Zamawiającego podjęte w postępowaniu. Oceniał, że pismem z dnia 5/06/2017 zwrócił się do MADAX z prośbą o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, podczas gdy Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie braku zawarcia określonych kwot we wskazanych rubrykach na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Zwrócenie się o wyjaśnienie w obu przypadkach dotyczy różnych kwestii, w jednej wątpliwości dotyczących treści oferty, a w drugiej wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Z opisu zarzutu w odwołaniu zdaje się wynikać, że Odwołujący nie rozróżnia tych dwóch wezwań i czyni zarzut Zamawiającemu niewłaściwego działania w trybie regulowanym w art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp. Biorąc pod uwagę art. 90 ust. 1 Pzp Odwołujący mógłby ewentualnie jedynie czynić zarzut, że Zamawiający nie podjął czynności wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jednakże i taki zarzut w ocenie Zamawiającego nie mógłby się spotkać z uznaniem. Należy bowiem zauważyć, że całkowita cena oferowana przez MADAX nie odbiega znacząco od następnej w kolejności oferty Odwołującego (o ok 6%) oraz średniej arytmetycznej złożonych ofert (o ok 7,5%), Trudno zatem dopatrywać się, iż cena MADAX może budzić wątpliwości co do jej rażąco niskiego poziomu i sugerować konieczność wzywania do jej wyjaśnienia.

Ostatni zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp można uznać za pochodną ww. zarzutów. Zatem ocena, iż w powyższym zakresie nie dochodzi do naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że i ten przepis nie został naruszony.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W odwołaniu podniesiono dwa kluczowe zarzuty skierowane do oferty spółki Madax Plus sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (spółka Madax) uznanej za najkorzystniejszą, a mianowicie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz jej art. 90 ust.1. Odwołujący zarzuty te oparł na twierdzeniu:

- ✓ Pierwszy z nich – naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp - że treść oferty spółki Madax nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi na oferowane przez wykonawcę urządzenia bez zaznaczenia opcji rozszerzenia konfiguracji, a możliwość upgrad - ów sprecyzowana została i ujawniona dopiero w wyjaśnieniach;
- ✓ Drugi z kolei – naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp - że cena jest ceną rażąco niską biorąc pod uwagę okoliczność, że część przedmiotu zamówienia: l.p. 3 — instalacja i wdrożenie" oraz ,lp. 4 — szkolenie" zostały zaoferowane za 0,00 zł z jednoczesną adnotacją „nie dotyczy” bez przedstawienia – pomimo wezwania - wymaganych ustawą Pzp wyjaśnień przez spółkę Madax.

Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 87 ust.1 Pzp, które to naruszenie, jak można domniemywać było skutkiem przyjęcia wyjaśnień spółki Madax udzielonych m.in. w piśmie z dnia 6.06.2017 r., w którym spółka potwierdziła i wyjaśniła parametry oferowanych produktów oraz zaoferowała, zdaniem Odwołującego, wbrew treści oferty wymagane licencje, a także zapewniła (niezgodnie z treścią oferty m.in. wbrew zastosowanym dla tych pozycji opisom) o uwzględnieniu kosztów za szkolenie i instalację wg poz. 3 i 4.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp – Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w żadnym z dokumentów SIWZ nie określono, że w tabeli oferty ujmować należało opis całej specyfikacji oferowanego urządzenia, w tym wyszczególnienie licencji. W formularzu oferty w jej części tabelarycznej Zamawiający w kolumnie 2 określił, czego dotyczy przedmiot zamówienia, a mianowicie: pozycje 1 i 2 oraz 5 i 6 - warstwy sprzętowej; pozycje 3 i 4 - instalacji i wdrożeń oraz szkolenia; pozycje 7 i 8 - wymagań w zakresie kopii wydruków. Z kolei w kolumnie 3 wymagał podania: „Nazwa oferowanego produktu model, typ urządzenia lub nazwa producenta”. Zatem, w świetle wymagań tego postępowania, wskazanie w danej rubryce tylko nazwy oferowanego produktu [sprzętu] dostarczanego finalnie w odpowiedniej konfiguracji było dostateczne, a zapewnienie licencji - tak jak podano w opisie kolumny drugiej - wchodziło w zakres oświadczenia, że urządzenie oferowane będzie spełniać wymogi Zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że w kolumnie 2 wymaganie dotyczy: „Platforma sprzętowa wraz z licencjami (2 serwery z licencjami). Te licencje zgodnie

z IPU (Istotne postanowienia umowy), w tym ich § 2 ust.2 pkt 2.1. w związku z załącznikiem nr 5 do IPU oraz załącznikiem 7, a także § 5 ust.1 pkt 1.2. IPU składają się na przedmiot zamówienia do wykonania którego będzie zobowiązany wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie.

Izba w związku z zarzutem naruszenia art. 87 ust.1 Pzp stwierdza, że niewątpliwie dopuszczalne było skierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy Madax żądania uzupełnienia zauważonego braku w ofercie kart katalogowych platformy sprzętowej, który to brak [za pismem z dnia 29.05.2017 r.] w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp został uzupełniony. Także skierowanie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp zapytania do spółki Madax, w związku z powstałymi wątpliwościami, co do treści dokumentu, także nie narusza przepisów ustawy Pzp. W tym przypadku, jak podał Zamawiający, karta katalogowa platformy sprzętowej opisywała serwer w różnych konfiguracjach (z różnym "wyposażeniem"), co mogło utrudniać, wobec żądania w formularzu oferty tylko informacji co do nazwy sprzętu, prawidłową weryfikację czy oferowany produkt spełnia wymagania. W odpowiedzi spółka Madax przedstawiła pełną konfigurację oferowanego serwera. Odwołujący przykładowo zastosował w opisie szerszy zakres informacji podając ogólnie w uzupełnieniu do wskazanego modelu: „w konfiguracji spełniającej wymagania (...). Inny wykonawca - Arcus S.A. - zastosował podobny opis jak spółka Madax. Tym samym chociażby te okoliczności wskazują, że dopuszczalne były zróżnicowane opisy dla platformy i tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, że udzielane wyjaśnienia przez spółkę prowadziły do zmiany oferty tego wykonawcy. Ustalenia w sprawie wskazują bowiem, że skutkiem wyjaśnień spółki Madax nie doszło do zmiany proponowanego urządzenia. W tym przypadku należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że te wyjaśnienia prowadziły jedynie do wyszczególnienia (sprecyzowania), co wchodzi w zakres oferowanej platformy sprzętowej. W ramach uszczegółowienia zostały wskazane również licencje, która to informacja może być traktowana, jako potwierdzenie danych z formularza oferty. Także oferowana cena nie uległa zmianie. Wobec tego należy stwierdzić, że w tym stanie faktycznym nie doszło do zmiany oferty. Drugą kwestią poruszoną przez Odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust.1 ustawy Pzp to ilość oferowanych dysków twardych. Odwołujący twierdzi, że początkowo spółka Madax oferowała sprzęt z 4 zatokami dyskowymi, a następnie po zapytaniu Zamawiającego zmieniła rodzaj sprzętu przez rozszerzenie nazwy o słowo „expandable”. W ocenie Izby nie doszło – jak już wskazano - do zmiany urządzenia. Wyjaśnienia spółki Madax dotyczyły oferowanego urządzenia (o tej samej nazwie i oznaczeniu), które dostarczane jest w odpowiedniej konfiguracji. W odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie, Zamawiający otrzymał od wykonawcy Madax informacje, które potwierdziły, że spółka zaoferowała sprzęt o właściwościach wymaganych w specyfikacji. Izba dodatkowo

zwraca uwagę, że wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona - na potwierdzenie, że oferowana dostawa spełnia wymagania - zobowiązany był – zgodnie z pkt VIII.3 specyfikacji - przeprowadzić testy potwierdzające funkcjonalność zaoferowanego systemu. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z § 1 ust.1.3 „System” oznacza System Zarządzania Wydrukami, obejmujący platformę sprzętową wraz z oprogramowaniem, a z kolei „Platforma Sprzętowa” – to urządzenia według szczegółowej specyfikacji – zał. 2 do Umowy, na której zostanie zainstalowane oprogramowanie. Nie można zatem zaakceptować twierdzeń Odwołującego, że testy mogły być przeprowadzone z zastosowaniem jakichkolwiek urządzeń, a nie tych których dotyczy dostawa w zakresie tego przedmiotu zamówienia.

Co do urządzeń drukujących (urządzenie wielofunkcyjne typ A i B) w pozycji 5 i 6 tabeli, Odwołujący nie wykazał, że zaproponowany sprzęt nie spełnia wymogów SIWZ, a jedynie wyrażał hipotetycznie obawy, co do możliwości jego nie spełnienia. W tym przypadku Izba również wskazuje na wymagany w kolumnie 3 tabeli zakres informacji, który pozwalał na podanie nazwy oferowanego produktu modelu, typu urządzenia lub nazwy producenta i tym samym sposób wypełnienia tych pozycji ze wskazaniem nazwy oferowanego sprzętu odpowiadał wymaganiom w tym postępowaniu. Dodatkowo Izba zauważa, że zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp ciężar wskazywania wszystkich okoliczności i dowodów na ich potwierdzenie, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania z reguły spoczywa na stronie odwołującej, albowiem to wnoszący odwołanie ze stwierdzonych faktów – tak jak w tej sprawie – wywodził ostatecznie skutki prawne. Przez fakt stwierdzony niewątpliwie należy rozumieć prawdziwość twierdzenia, które zdolne jest uzasadnić żądanie lub zarzut, w tym przypadku strony odwołującej.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp, Izba zgodziła się z Zamawiającym, że ten pismem z dnia 5/06/2017 zwrócił się do spółki Madax z prośbą o wyjaśnienie nie rażąco niskiej ceny oferty, ale o wyjaśnienie na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp dwóch kwestii: zaoferowanej w tabeli cenowej – ceny jednostkowej 0,00 zł, przy jednoczesnym zapisie w kolumnie nr 3 : „nie dotyczy” dla wskazanych w odwołaniu pozycji 3 i 4 tabeli. W odpowiedzi wykonawca podał, że cena dla tych pozycji została ujęta w cenie oferty, potwierdzając tym samym fakt realizacji tego zakresu. Na rozprawie wyjaśnił także, że użyte pojęcia „nie dotyczy” korespondują z opisem kolumny, albowiem szkolenia i instalacje nie mogły być opisywane z użyciem nazw oferowanego produktu, modelu, typu urządzenia lub nazwy producenta. W istocie Odwołujący formułując naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp mógłby ewentualnie taki zarzut opierać na twierdzeniu nie podjęcia przez Zamawiającego czynności wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jednakże nie można nie zauważyć, że całkowita cena oferowana przez spółkę Madax nie odbiega znacząco od ceny następnej - w kolejności

oferty Odwołującego (o ok 6%) oraz średniej arytmetycznej złożonych ofert (o ok 7,5%), Trudno zatem byłoby dowodzić, że cena w ofercie spółki Madax mogła budzić wątpliwości, co do jej rażąco niskiego poziomu i sugerować konieczność wezwania wykonawcy do jej wyjaśnienia. Ponadto poziom kosztów za sporne pozycje 3 i 4 na co zwracał uwagę Zamawiający wskazując na analizę cen wszystkich ofert, kształtuje się poniżej 1% w odniesieniu do całkowitej ceny oferty. Także postanowienie § 5 ust 3 IPU nie stoi na przeszkodzie takiemu rozumowaniu, albowiem podstawą płatności ma być – czemu Odwołujący nie przeczył na rozprawie - jedna faktura wystawiona na podstawie Protokołu Odbioru Systemu i Protokołu Przeprowadzenia Szkoleń.

Wobec powyższych ustaleń, także za niezasadny należało uznać podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, jako pochodnej zarzutów powyżej wskazanych, a uznanych za niezasadne.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy - Prawa zamówień publicznych oraz przepisów 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. ze zm.).

.....