

Sygn. akt KIO 1568/18

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Marzena Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 sierpnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę

S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Emerytalno-Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym poprawienie omyłki w ofercie wykonawcy S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w zakresie systemu operacyjnego Serwerów Rack Typ 1 i Typ 3 na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
- 2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, a dotyczących oferty wykonawcy Andra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

3. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego.**
4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zakład Emerytalno-Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie i:**
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od zamawiającego **Zakładu Emerytalno-Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. 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

Zakład Emerytalno-Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa serwerów, elementów i urządzeń do rozbudowy infrastruktury HP BladeSystem c7000, zakup usług serwisu posprzedażnego oraz zakup usług wsparcia technicznego dla posiadanych serwerów*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 072-159039.

W dniu 6 sierpnia 2018 r. wykonawca S&T Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący” lub „S&T”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu z przedmiotowego postępowania, pomimo że po ewentualnym zastosowaniu procedury poprawienia omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może być zgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”;
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania S&T do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
3. art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie złożonej przez Odwołującego omyłki w zakresie systemu operacyjnego Serwerów Rack Typ 1 i 2, w sytuacji gdy Zamawiający powinien dążyć do wyczerpania procedur naprawczych, w tym określonej w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp i uprzednio ustalić podstawy do zastosowania z wykorzystaniem instytucji wyjaśnień treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Andra”, pomimo jej niezgodności z SIWZ;
5. art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp poprzez prowadzenie negocjacji z Andra w zakresie treści złożonej oferty;
6. art. 84 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedopuszczalną zmianę treści oferty przez spółkę Andra po upływie terminu do składania ofert;
7. art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp poprzez niezasadne wezwanie do wyjaśnień oferty Adnra;

8. art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie przez Zamawiającego treści oferty Andra, pomimo, że omyłki w ofercie tego Wykonawcy nie były oczywiste;
9. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp;
10. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez S&T.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu; odrzucenie oferty Andra; wezwanie Odwołującego do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie wymagania dla Serwerów Rack Typ 1 i Typ 3 w części dotyczącej systemu operacyjnego; przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert w postępowaniu; wybór oferty S&T jako oferty najkorzystniejszej postępowania.

Odwołujący wskazywał, że nie zaktualizowały się przesłanki do odrzucenia jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wypełniał formularz ofertowy w formie elektronicznej i jedynie omyłkowo wpisał, że w przypadku Serweru Rack Typ 1 i Typ 3 oferuje Windows 2012. Nie było to działanie zamierzone, a jedynie nieumyślna omyłka techniczna, która wynikała z obszerności oferty oraz wielości pozycji do wypełnienia. W jego ocenie nieracjonalnym działaniem byłoby zaoferowanie Windows 2012 w przypadku Serwerów Rack Typ 1 i 3, w sytuacji gdy w celu jego dostarczenia w pierwszej kolejności należałoby zainstalować wymagany przez Zamawiającego Windows 2016, a następnie zrobić downgrade do wersji 2012. W dalszej kolejności Odwołujący podnosił, iż Zamawiający zaniechał wezwania S&T do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie wymaganego systemu operacyjnego Serwerów Rack Typ 1 i 2, co skutkuje naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W jego opinii Zamawiający winien nabrać wątpliwości co do tego, czy S&T faktycznie oferuje w zakresie Serwerów Rack Typ 1 i 3 Windows 2012. Wątpliwości takie powinien wzbudzić przede wszystkim fakt, że oferowanie starszej wersji oprogramowania jest możliwe jedynie przy dokonaniu downgrade'u. Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu, że pomimo niezgodności oferty Andra z SIWZ, oferta ta nie została odrzucona. Podczas gdy Andra w formularzu ofertowym w zakresie Serwera Rack Typ 2 zaoferowała system operacyjny Windows Server Core 2016 Government Open 16 Licenses No Level CoreLic a nie wymagany Windows Server Standard 2012 R2 Government Open License No Level 2 Proc.

Dalej stwierdzał, że wezwanie spółki Andra do wyjaśnienia 14 omyłek (w tym pozycji dotyczącej wolnych slotów, portów, kart sieciowych, dodatkowych wkładek oraz modułów

dystrybucji zasilania PDU) polegających na niezgodności oferty z SIWZ stanowi naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Według Odwołującego Zamawiający w sposób uprzywilejowany potraktował spółkę Andra. Po pierwsze Odwołujący dopuścił się podobnej kategorii błędu w zakresie wymaganego systemu operacyjnego, przy czym jego oferta została odrzucona jako niezgodna z SIWZ, zaś oferta spółki Andra podlegała dalszej ocenie. Dodatkowo Zamawiający poprawił wiele omyłek w ofercie spółki Andra, które miały charakter istotny, jak również wezwał ją do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji gdy okoliczności te nie wzbudzały wątpliwości, a jedynie świadczyły o tym, że oferta jest niezgodna z SIWZ.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w ustawowym terminie żaden wykonawca.

W dniu posiedzenia do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, tj. *w zakresie zarzutu nr 2 lit. d, częściowo lit. f, częściowo lit. h odwołania*, w zakresie pozostałych zarzutów wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy S&T.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego oraz wykonawcę Andra, wezwania do wyjaśnień wykonawcy Andra oraz odpowiedzi na nie, udzielonych pismem z dnia 22 czerwca 2018 r., informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 sierpnia 2018 r.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła i ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa serwerów, elementów i urządzeń do rozbudowy infrastruktury HP BladeSystem c7000, zakup usług serwisu posprzedażnego oraz zakup usług wsparcia technicznego dla posiadanych serwerów. Do upływu terminu składania ofert złożono trzy oferty następujących wykonawców: Andra Sp. z o.o., Betacom S.A. oraz S&T Poland Sp. z o.o. Pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Andra do wyjaśnienia 14 omyłek. Wykonawca złożył wyjaśnienia w wyznaczonym terminie.

W dniu 27 lipca 2018 r. Zamawiający przekazał informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy S&T. Opis wymagań technicznych Serwerów Rack został zawarty w tabelach w Załączniku nr 1 do SIWZ. Dla Serwera Rack Typ 1 oraz 3 Zamawiający wymagał systemu operacyjnego Windows Server Core 2016 Government Open 16 Licenses No Level CoreLic, zaś dla serwera Rack Typ 2 - Windows Server Standard 2012 R2 Government Open License No Level 2 Proc. Odwołujący w formularzu ofertowym wpisał, że w przypadku Serwera Rack Typ 1 i Typ 3 oferuje Windows 2012. Na tej podstawie oferta Odwołującego została odrzucona jako nieodpowiadająca treści SIWZ w zakresie opisu dotyczącego systemu operacyjnego.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp 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. Stosownie zaś do 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 Pzp. Zatem zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest poprawić omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić. Zdaniem składu orzekającego Izby wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i posiadający doświadczenie w tej dziedzinie oraz znający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zdaje sobie sprawę, że oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, podlega odrzuceniu, a zatem umyślne działanie polegające na przygotowaniu oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – ponosząc wysiłek i koszty sporządzenia tej oferty – jest nielogiczne i bezcelowe (vide: wyrok KIO z 6 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1476/08). Za takie można uznać niedokładność spowodowaną niezawinionym błędem osoby lub urzędnika technicznego i wypełnienie formularza ofertowego w formie elektronicznej przy kopiowaniu nazwy systemu operacyjnego. Zatem nieprawidłowe wpisanie „2012” zamiast „2016” w ofercie można uznać za omyłkę. Zdaniem składu orzekającego Izby poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty. Przede wszystkim system operacyjny stanowi tylko jeden z wielu elementów wymogów Zamawiającego dotyczących serwerów. Poza tym wykonawcy zobowiązani byli podać w ofercie koszt nabycia poszczególnych serwerów, bez rozbijania na elementy składowe. Zatem zmiana rodzaju systemu operacyjnego nie wpłynie na cenę serwerów, gdyż nie ma podstaw do dokonania takiej korekty. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż zgodnie z oświadczeniem Odwołującego i tak w pierwszej kolejności zainstalowałby wymagany przez Zamawiającego Windows 2016, a następnie zrobił downgrade do wersji 2012. Skoro zaś Zamawiający wymagał Windows 2016, to downgrade nie będzie konieczny.

W zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego, a dotyczących oferty wykonawcy Andra, Izba postanowiła oddalić je na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z Rozdziałem X ust. 7 SIWZ oferta winna zawierać m.in. formularz ofertowy (sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ) oraz dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań przedmiotowych – wypełniony załącznik do formularza ofertowego - Parametry oferowanych urządzeń. W formularzu ofertowym należało podać part number'y oferowanych urządzeń lub elementów. Natomiast w załączniku do oferty - Parametry oferowanych urządzeń (zawierającym 11 tabel) należało podać dokładne parametry oferowanych urządzeń lub elementów, w tym sloty rozszerzeń, porty oraz karty sieciowe.

Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. wezwał wykonawcę Andra, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w zakresie wskazanym w tabeli nr 2 - pozycja „Sloty rozszerzeń”, tabeli nr 3, 4, 5, 6 - pozycja „Porty” oraz tabeli nr 5 — pozycja „Karty sieciowe”, ze względu na rozbieżności pomiędzy treścią Formularza ofertowego (podane part number'y oferowanych urządzeń) a Załącznikiem do oferty - Parametry oferowanych urządzeń. Wykonawca z jednej strony wypełnił tabele w sposób, który nie potwierdzał spełniania wymagań Zamawiającego, bowiem w tabeli nr 2 - pozycja „Sloty rozszerzeń” nie było informacji potwierdzających liczbę slotów (Zamawiający wymagał trzech wolnych slotów). W tabeli nr 3, 4, 5, 6 - pozycja „Porty” wskazano jeden przedni port, podczas gdy Zamawiający wymagał minimum dwóch portów z przodu obudowy. W tabeli nr 5 — pozycja „Karty sieciowe” wykonawca nie zawarł informacji o liczbie portowych kart 8Gb

FC, w sytuacji gdy Zamawiający żądał dwóch jednoportowych kart 8 Gb FC. Z drugiej strony podane part numbers urządzeń i elementów potwierdzały, że ww. warunki Zamawiającego zostały spełnione.

Wykonawca Andra pismem z dnia 22 czerwca 2018 r. potwierdził, że zaoferowane urządzenia, które zostały wskazane poprzez podanie w Formularzu ofertowym part numberów spełniają wymagania Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 20 lipca 2018 r. poprawił, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w ww. zakresie treść załącznika do oferty wykonawcy Andra. W tym wypadku Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował procedurę z art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skierowane do wykonawcy pytania były wynikiem wiedzy, jaką posiadał dokonując badania oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści (vide: wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2300/16). Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów. Należy zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że poprawione omyłki wynikają wprost z rozbieżności pomiędzy treścią Formularza ofertowego a treścią załącznika do oferty - Parametry oferowanych urządzeń, zatem nie można mówić o braku dopuszczalności wyjaśnień treści oferty. Nadto, w ocenie Izby, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogło zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi art. 87 ust. 1, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści. Przede wszystkim też ustalenia czy deklaracja miała charakter celowy, czy też stanowiła omyłkę. W związku z powyższym zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Odwołujący zarzucał również zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Andra na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaoferowanie w formularzu ofertowym w zakresie Serwera Rack Typ 2 systemu operacyjnego Windows Server Core 2016 Government Open 16 Licenses zamiast Windows Server Standard 2012 R2 Government Open License No Level 2 Proc. Izba ustaliła, że opis wymagań technicznych Serwerów Rack został zawarty w tabelach w Załączniku nr 1 do SIWZ. Dla Serwera Rack Typ 1 oraz 3 wymagany był system operacyjny Windows Server Core 2016 Government Open 16Licenses No Level CoreLic, zaś dla serwera Rack Typ 2 - Windows Server Standard 2012 R2 Government Open License No Level 2 Proc. W ocenie Izby Zamawiający był

uprawniony do poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Rozważania dotyczące innej omyłki przedstawione powyżej, a dotyczące oferty wykonawcy S&T, odnoszą się również do niniejszego zarzutu.

W związku z powyższym zarzuty Odwołującego w zakresie oferty wykonawcy Andra nie potwierdziły się. Niemniej zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli stwierdzone zostanie naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, zdaniem składu orzekającego, skoro po wniesieniu odwołania Zamawiający uwzględnił w części zarzuty, a w konsekwencji odrzucił ofertę wykonawcy Andra, na moment orzekania nie istniały kwestionowane zaniechania Zamawiającego, nie było faktycznej podstawy sporu w tym zakresie, co należy zakwalifikować jako przypadek mieszczący się w dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny i odrzucenia oferty wykonawcy S&T, czym potwierdził, że nierówno traktuje wykonawców w postępowaniu (oferta wykonawcy Andra nie została odrzucona pomimo zaoferowania innego systemu operacyjnego). W zakresie zaś naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz racjonalność przepisów, zasada ta dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, a więc w niniejszym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanej zasady.

Następnie, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego. Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że uwzględnia odwołanie w części, tj. *w zakresie zarzutu nr 2 lit. d, częściowo lit. f, częściowo lit. h odwołania*. Stosownie do art. 186 ust. 4a ustawy Pzp w przypadku uwzględniania przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Art. 186 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego (w przypadku uwzględnienia zarzutów) do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zatem rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór

pomiędzy stronami, jest bezcelowe. Jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego winna znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....

.....