

Sygn. akt: KIO/UZP 132/08

WYROK
z dnia 4 marca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29.02.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Advatech Sp. z o.o., 54-424 Wrocław, ul. Muchoborska 18** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski, Departament Informatyki i Telekomunikacji, 00-919 Warszawa, ul. Świętokrzyska 11/21** protestu z dnia 30.01.2008r.

przy udziale **Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., 85-321 Bydgoszcz, ul. Kasprzaka 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Advatech Sp. z o.o., 54-424 Wrocław, ul. Muchoborska 18** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Advatech Sp. z o.o., 54-424 Wrocław, ul. Muchoborska 18,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Advatech Sp. z o.o., 54-424 Wrocław, ul. Muchoborska 18.**

Uzasadnienie

W dniu 23 stycznia 2008 roku Zamawiający - Narodowy Bank Polski Departament Informatyki i Telekomunikacji dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zakup dwóch macierzy Symmetrix DMX-3. Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. Jednocześnie poinformował wykonawcę Advatech Sp. z o.o. o wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu złożonej przez niego oferty .

Na obie te czynności został złożony protest. Powołując się na uszczerbek w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia (złożył ofertę z najniższą ceną) oraz odnosząc się do wykluczenia go z postępowania Advatech Sp. z o.o. (ADVATECH albo Protestujący) zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223, poz. 1655 - ustawa) przez nieuzasadnione stwierdzenie niezgodności treści jego oferty z SIWZ;

2. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania go do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, skutkujące naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy) oraz naruszeniem prowadzenia postępowania z zachowaniem należytej staranności, wynikającej z art. 355 k.c w związku z art. 14 ustawy. Naruszenie ww. przepisów miało wpływ na wynik postępowania, co wobec treści art. 93 ust 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy stanowi podstawę do unieważnienia postępowania;
3. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 przez nieuzasadnione wykluczenie ADVATECH.

Naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy ADVATECH uzasadniał w ten sposób, że:

Ad.1 zarzut Zamawiającego, iż zaoferował on rozwiązanie polegające na użyciu dwóch kart FC 16 – portowych (niezgodnie z Załącznikiem nr 2A do SIWZ w części „Formularz ofertowy – Specyfikacja asortymentowo-cenowa” pkt 9 jest bezzasadny, gdyż zaproponował on rozwiązanie polegające na zaoferowaniu 2 x 2 opcje TDKC-F610I-16FS, z których każda zawiera 2 karty 8 portowe pracujące niezależnie. Oznacza to, że spełnione zostało wymaganie SIWZ polegające na zaoferowaniu 8 kart ośmioportowych (po 4 na każdą z macierzy)

Bezpodstawny jest również zarzut, iż złożona przez niego oferta nie spełnia wymogu SIWZ w zakresie zaoferowania 2 szaf dyskowych „DMX3 DRV BAY DCON 3Y”. posiadających możliwość instalacji 240 dysków każda lub równoważnych - załącznik nr 2A do SIWZ w części „Formularz ofertowy – Specyfikacja asortymentowo-cenowa” pkt 15”. Protestujący wywiódł, iż Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na macierz równoważną, gdyż tylko jeden produkt spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, co do ilości dysków, zdolności skalowania dysków oraz ilości szaf. Ponadto zacytował treść rozstrzygnięcia protestu z dnia 14.11. 2007 roku, gdzie Zamawiający wskazał, iż posiadane przez niego oprogramowanie EMC jest w stanie współpracować z rozwiązaniami sprzętowo-programowymi innych czołowych producentów macierzy klasy enterprise np. IBM, Hewlett packard, HDS. Z powyższych stwierdzeń Zamawiającego oraz dokonanego przez niego opisu parametrów macierzy równoważnej należy wyciągnąć wniosek, że Zamawiający jako równoważne traktował wymienione technologie.

Powołując się na powyższe ADVATECH stwierdził, że dokonany w SIWZ opis rozwiązania równoważnego nie zawiera wymogu dostarczenia tej samej liczby szaf, co macierzy DMX-3 (czyli dwóch). SIWZ zawiera natomiast wymagania dotyczące ilości zaoferowanych dysków oraz skalowalności macierzy. Wymagania te zostały spełnione przez ADVATECH zgodnie z opisem rozwiązania równoważnego. Dodatkowo ADVATECH podniósł, że zaproponowana

przez niego konfiguracja przewyższa wymogi SIWZ, gdyż reprezentuje większy stopień upakowania.

Protestujący polemizował również z zarzutem, że jego oferta nie spełnia wymogu SIWZ, by serwer ECC występował w matrycy zgodności „EMC Suport Matrix” - załącznik nr 2A do SIWZ w części „Formularz ofertowy – Specyfikacja asortymentowo-cenowa” pkt 18. Oferowany przez ADVATECH serwer X4200 z oprogramowaniem Windows 2003 występuje w matrycy zgodności EMC (liście kompatybilności produktów z EMC) zgodnie z SIWZ. Oznaczenie „M2” dotyczy modyfikacji drugiej kształtu oferty, nie odnosi się do nazwy serwera X4200 i nie wpływa na zaproponowaną cenę tej części oferty.

Protestujący polemizował również z zarzutem, że brak jest równoważności złożonej przez niego oferty w zakresie kompatybilności zaoferowanego sprzętu i oprogramowania z posiadanym przez Zamawiającego sprzętem i oprogramowaniem firmy Microsoft, gdyż posiada on dwuwęzłowe (dwunodowe instalacje klastrowe). W oparciu o stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie informującym go o wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty wywiódł, że Zamawiający dokonuje rozszerzenia wymagań SIWZ ze względu na preferowaną konfigurację klastra. ADVATECH zarzucił ponadto Zamawiającemu, iż gdyby umieścił on precyzyjne dane w SIWZ, co do wymaganej konfiguracji klastrowej to umożliwiłby mu przedstawienie mniej zaawansowanej technologicznie i tańszej technologii. ADVATECH stwierdził, że brak doprecyzowania SIWZ w powyższym zakresie nie może stanowić podstawy do zarzucenia braku równorzędności rozwiązań. Protestujący zaoferował mechanizm Majoraty Node Set (MNS) stosowany w klastrze dwuwęzłowym z arbitrem, gdzie jeden arbiter może być skonfigurowany dla większej liczby klastrów dwuwęzłowych. Jego oferta spełnia wymogi SIWZ i zapewnia możliwość ochrony danych klienta na najlepszym dostępnym poziomie w odniesieniu zarówno do technologii macierzowych, jak i technologii oferowanych przez Microsoft Cluster.

Ad. 2 Protestujący podniósł, że udowodnienie bezzasadności odrzucenia jego oferty skutkuje stwierdzeniem naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie Zamawiającego dokonania wezwania go do uzupełnienia dokumentów. Wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jest obowiązkiem Zamawiającego. Odebranie Protestującemu możliwości uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz świadczy niezachowaniu przez Zamawiającego należytej staranności, która powinna wyrażać się w wykorzystaniu przez Zamawiającego wszelkich obowiązków i uprawnień wynikających z przepisów ustawy w celu wyjaśnienia wątpliwości wynikających z treści oferty bądź załączonych do niej dokumentów, co jest aktualne zwłaszcza w odniesieniu do oferty zawierającej najniższą cenę.

Ad. 3. Protestujący podniósł, że wadliwa decyzja Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania jest konsekwencją zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy. ADVATECH gdyby został wezwany uzupełnićby brakujące dokumenty.

Na poparcie swego twierdzenia Protestujący załączył Informację Bankową wystawioną w dniu 28.01. 2008 roku przez Bank Pekao S.A. potwierdzającą spełnienie przez niego warunku określonego w Rozdziale V, ust. 1 pkt 1.3 SIWZ oraz opinię wystawioną przez WBK Bank Zachodni z dnia 25.01. 2008 roku potwierdzającą należyte wykonanie łącznie dostawy, instalacji oraz wdrożenia projektu obejmującego przedmiot postępowania, stosownie do warunku postawionego w Rozdziale V ust. 1 pkt 1.2. lit a SIWZ.

Wobec wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. (BSB) Protestujący podniósł zarzuty:

1. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty BSB jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów;
2. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty BSB, której treść nie odpowiadała SIWZ;
3. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia BSB z powodu nie wniesienia wadium.

Ww. naruszenia przepisów ustawy ADVATECH uzasadniał w ten sposób, że:

Ad.1 treść pełnomocnictwa z dnia 30 listopada 2007 roku udzielonego Panu Michałowi Abramiukowi, który podpisał ofertę upoważnia go do „podpisania i złożenia (....) oferty o treści zaakceptowanej przez Zarząd, wraz załącznikami, w tym również wszystkich dokumentów związanych ze złożeniem oferty.” Do oferty złożonej przez pełnomocnika nie został załączony dokument potwierdzający akceptację treści oferty przez Zarząd.

Protestujący wskazując na fakt, iż oferta stanowi jednostronną czynność prawną wywiódł, że oferta BSB powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8, gdyż jest nieważna na pdst. art. 104 k.c. w związku art. 14 ustawy.

Zaniechanie odrzucenia oferty BSB przez Zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania i skutkuje koniecznością jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Ad. 2 Protestujący wskazał, że Załącznik Nr 2 do SIWZ – Formularz ofertowy – specyfikacja asortymentowo-cenowa pkt 18 nie zawiera opisu produktu objętego dostawą, brak dotyczy: numeru katalogowego, wskazania producenta lub pochodzenia podzespołów serwera.

Zamawiający zwrócił się do BSB z prośbą o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 oraz wezwał go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do dnia 14.01. 2008 roku.

Powyższe braki oferty BSB wskazują zdaniem ADVATECH na niezgodność oferty BSB z wymaganiami SIWZ i skutkują koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 2 ustawy.

Ad.3 Zdaniem Protestującego wadium wniesione przez BSB nie gwarantuje Zamawiającemu zabezpieczenia oferty na warunkach określonych w art. 46 ust. 1 i 2 ustawy.

Jego zdaniem treść gwarancji bankowej udzielonej przez Powszechną Kasę Oszczędności BP S.A. w dniu 13.12. 2007 roku nie odpowiada treści SIWZ. W Rozdziale VIII pkt 6 SIWZ Zamawiający poinformował wykonawców, że zwróci wadium na warunkach określonych w ustawie. To wymaganie Zamawiającego nie zostało uwzględnione w treści gwarancji, co wskazuje, iż nie zostało ono skutecznie wniesione.

Wskazując na ww. naruszenia ADVATECH wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenie BSB i odrzucenie złożonej przez niego oferty;
2. unieważnienie czynności wykluczenia ADVATECH i odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz przeprowadzenia ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty ADVATECH;
3. oraz na wypadek nieuwzględnienia niniejszego wniosku o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Zamawiający w dniu 8 lutego 2008 roku oddalił protest.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia stwierdził, że czynność wykluczenia Protestującego była prawidłowa, gdyż wzywaniem Protestującego do uzupełnienia dokumentów było zbędne, bowiem złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu, co uzasadnił następująco powołując się na treść oferty ADVATECH:

1. ADVATECH zaferował 2x2 (dwie) karty 16-portowe (TV9DKC-F6101-16FS), które opisuje jako Fibre 16 - port Adapter tzn. 4 karty 16-portowe. Jest to rozwiązanie niezgodne z wymaganiami Zamawiającego z SIWZ, mniej wydajne i odporne na awarie;
2. w Formularzu ofertowym – Specyfikacja asortymentowo-cenowa ADVATECH wpisał pod nazwą produkt równoważny, że szafa kontrolera TV9DKC6101-5 mieści 128 dysków, dlatego nie ma potrzeby dostarczania dodatkowej pustej szafy dyskowej, a w wartości brutto

wykonawca wpisał N/D (nie dotyczy). Proponowane rozwiązanie nie jest rozwiązaniem równoważnym i nie odpowiada pkt 15 Załącznika 2A do SIWZ.

3. ADVATECH zaoferował serwer Sun Fire X4200 z systemem Windows Serwer 2003, który nie występuje w matrycy zgodności „EMC Support Matrix”.

Zamawiający wyjaśnił, że w ofercie producenta serwerów SUN występują serwery; Sun Fire X4200 z systemem Windows Serwer 2003 oraz Sun Fire X4200 M2 z systemem Sun Solaris. Jedynie pierwszy z nich występuje we wskazanej Matrycy zgodności. Zamawiający nie dał wiary twierdzeniom zawartym w proteście, iż oznaczenie „M2” jest oczywistą omyłką, gdyż odnosi się ono do konkretnej pozycji katalogowej producenta.

4. w Załączniku Nr 1 do SIWZ w pkt 4 Zamawiający przedstawił specyfikacje licencji oprogramowania, które posiada i które jest niezbędne do realizacji zamówienia. Informacja, że oprogramowanie EMC/SRDF/CE (zarządzanie zdalną replikacją synchroniczną pomiędzy macierzami dla systemów pracujących w klastrze MS Cluster) wskazywała, że Zamawiający posiada dwunodowe instalacje klastrowe. Oferowane przez ADVATECH rozwiązanie nie może być zaimplementowane na dwóch nodach klastra i wymusza ich rozbudowę o dodatkowy serwer (węzeł), czego nie uwzględnia oferta Protestującego. W opinii Zamawiającego przesądza to, że zaoferowane rozwiązania nie są równoważne.

Zamawiający ze wskazanych zarzutów wywodzi konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

O prawidłowości decyzji o wykluczeniu Protestującego z postępowania świadczy fakt, iż w złożonych wraz z ofertą dokumentach nie wykazał posiadania środków lub zdolności kredytowej w kwocie wymaganej w SIWZ oraz nie załączył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie łącznie dostawy, instalacji oraz wdrożenia obejmującego przedmiot zamówienia. Brak wezwania ADVATECH do ich uzupełnienia jest skutkiem przyjęcia, że mimo dokonania tej czynności oferta ADVATECH zostałaby odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy.

Zamawiający nie podzielił również zarzutów w stosunku do oferty BSB. Wskazał, iż pełnomocnictwo dla Michała Abramiuka, który podpisał i złożył ofertę zostało udzielone przez Zarząd BSB i czynność złożenia oferty nie była przez Zarząd kwestionowana. Prawidłowość działania pełnomocnika wynika również z treści przyłączenia BSB do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że wraz z wezwaniem o uzupełnienia dokumentów zwrócił się do BSB z wnioskiem o wyjaśnienie, czy oferowany serwer skomponowany jest z podzespołów różnych producentów, czy też jest to serwer konkretnego producenta

i określonego typu. Żądane wyjaśnienia i dokumenty wpłynęły do zamawiającego w wyznaczonym terminie.

Za nieuzasadniony uznał również Zamawiający zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Wadium zostało wniesione prawidłowo, zaś ADVATECH nie wskazał, na czym miałyby polegać jego niezgodność z wymaganiami SIWZ.

W dniu 13 lutego 2007 roku ADVATECH wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (kopię jednocześnie przekazując Zamawiającemu), w którym podtrzymał zarzuty i żądania protestu oraz rozwijał argumentację w odniesieniu do zarzutów wskazanych w proteście. ADVATECH w odwołaniu wywodził dodatkowo, że uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego wskazuje, że Zamawiający technologie równoważne dopuścił jedynie pozornie a złożona przez niego ofertę ocenił w oparciu o dokonany opis głównego przedmiotu zamówienia oraz wskazywał, iż rozwiązanie równoważne dopuszczone przez Zamawiającego zostało opisane wadliwie.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oryginałów ofert złożonych w postępowaniu, oświadczeń Sun Microsystems z dnia 12 lutego 2008 roku, Hitachi Data Systems GmbH z 12 lutego 2008 roku oraz wysłuchała stanowisk stron i pełnomocników złożonych na rozprawie. W wyniku postępowania dowodowego zważyła i ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 października 2007 roku pod numerem 2007/S 205-249150. SIWZ dostępna była na stronie internetowej Zamawiającego. W ogłoszeniu i SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert zawierających rozwiązanie równoważne t.j. „równoważne macierze dyskowe o identycznej funkcjonalności” (pkt. II.1.5 Ogłoszenia). Zamawiający w Rozdziale III pkt 3.1. SIWZ zdefiniował „produkt równoważny” – jako produkt, który w sposób poprawny, bezawaryjny i nieprzerwany współpracuje z dedykowanymi aplikacjami i programami Zamawiającego, a jego zastosowanie nie wymaga, ze strony Zamawiającego, żadnych nakładów związanych z dostosowaniem aplikacji Zamawiającego oraz posiada wszystkie funkcjonalności zamawianego sprzętu lub oprogramowania. Załącznik nr 1 do SIWZ w części Opisu rozwiązania równoważnego zawierał:

1. Warunki, jakie musi zapewniać oprogramowanie o identycznej funkcjonalności;
2. Parametry jakie musi zapewniać sprzęt o identycznej funkcjonalności oraz wskazywał zakres współpracy ze środowiskiem informatycznym posiadanym przez Zamawiającego, jakie ma zapewniać rozwiązanie równoważne;

3. Szczegółowy opis sprzętu,
4. Oryginalne produkty EMC współpracujące z aktualnie wykorzystanym oprogramowaniem firmy EMC;
5. Szkolenia dla minimum 6 osób Zamawiającego w przypadku zaproponowania rozwiązania równoważnego.

W dniu 28 listopada 2007 roku Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ zmieniając Załącznik nr 1 do SIWZ w części dotyczącej rozwiązania równoważnego (pkt 1 i 2) oraz przedłużając w związku z dokonaną modyfikacją termin składania ofert.

Odwołujący zaoferował rozwiązanie równoważne.

Istotą sporu w niniejszym postępowaniu jest ustalenie, czy oferta złożona przez Odwołującego spełnia wymogi SIWZ. Z faktu jej niezgodności z postawionymi przez siebie wymaganiami wywodzi bowiem Zamawiający skutek prawny w postaci odstąpienia od zastosowania trybu opisanego w art. 26 ust. 3 ustawy. Brak dopuszczenia możliwości uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego skutkowało koniecznością wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 29 ust. 3 ustawy stanowi, że Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Z dyrektyw unijnych wynika obowiązek zamawiającego otwierania się na konkurencję przez umożliwienie składanie ofert prezentujących różnorodne rozwiązania techniczne a co za tym idzie branie pod uwagę ofert opartych na równoważnych ustaleniach (oferty równoważne). W takim przypadku na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania dowodami przedstawionymi w dowolnej formie „równoważności”. W przypadku braku równoważności, co skutkuje odrzuceniem oferty równoważnej, zamawiający są obowiązani uzasadnić swoje stanowisko.

Prowadząc postępowanie dowodowe Izba przeprowadziła analizę zarzutów stawianych ofercie Odwołującego na podstawie dokonanego przez Zamawiającego opisu. Badając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Izba kolejno analizowała przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego.

Oferta Odwołującego zawiera w pkt 9 Formularza ofertowego oznaczenie produktu równoważnego (numer katalogowy i nazwa) TV9DKC-F7610I-16 FS w ilości 2x2.

Wskazując w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający nie odniósł się wprost do opisanych przez siebie wymogów w zakresie równoważności. Na rozprawie jako

uzasadnienie stanowiska wskazał brzmienie pkt 2.11 załącznika nr 1 do SIWZ, który zawiera wymóg braku pojedynczego punktu awarii kontrolerów nie przedstawiając dowodów na poparcie swoich twierdzeń, mimo iż to z nich wywodził skutek prawny w postaci odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Izby na uznanie zasługują twierdzenia Odwołującego, iż jego oferta w pkt 9 odpowiada zapisom SIWZ. Odwołujący zaoferował 8 kart ośmioportowych (po 4 na każdą z macierzy, 2 opcje z których każda zawiera 2 płyty po 8 portów FC). Izba uznała jako dowód na okoliczność spełniania wymogów w SIWZ tej części oferty oświadczenie firmy Sun Microsystems, iż zaoferowane karty nie posiadają pojedynczego punktu awarii oraz oświadczenie firmy Hitachi z dnia 12.02.2008r., które odnosząc się do numeru katalogowego kart potwierdza zgodność z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Izba nie uznała za dowód złożonego przez przystępującego do postępowania odwoławczego oświadczenia firmy EMC (bez daty). Oświadczenie to dotyczyło produktu zaoferowanego przez konkurentów na rynku oraz nie było poparte dowodami.

Wobec braku przedstawienia dowodu przez Zamawiającego na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że Odwołujący wykazał równoważność oferowanego przez siebie rozwiązania w tym zakresie.

Izba stwierdza, że zarówno w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ, jak i w jego szczegółowym opisie (Załącznik Nr 1 do SIWZ) oraz w formularzu ofertowym nie zamieszczono wprost wymagania Zamawiającego, aby każda z szaf dyskowych dawała możliwość instalacji min. 240 dysków oraz, by rozwiązaniem równoważnym były wyłącznie dwie szafy. Nie została również opisana w SIWZ podnoszona na rozprawie okoliczność, iż zawarte w pkt 3 SIWZ szczegółowe opisy wymaganego sprzętu, gdzie zastrzeżone jest, że poszczególne elementy mają być dostarczone w ilości „co najmniej” oraz pkt 2.1 opisu rozwiązania równoważnego zawierający analogiczne stwierdzenie wskazują na możliwość rozbudowy oferowanego systemu, co skutkuje niezgodnością oferty Odwołującego z SIWZ. Zamawiający nie poparł swoich twierdzeń dowodem.

Wobec powyższego przy ocenie zarzutu postawionego ofercie Odwołującego co do parametrów szaf dyskowych Izba oparła się na treści oferty i wymaganiach Zamawiającego opisanych w SIWZ. W pkt 15 formularza ofertowego Odwołującego zawarte jest stwierdzenie „pod nazwą produkt równoważny, że szafa kontrolera TV9DKC6101-5 mieści 128 dysków, dlatego nie ma potrzeby dostarczania dodatkowej pustej szafy dyskowej, a w wartości brutto wykonawca wpisał N/D (nie dotyczy)”.

W ocenie Izby przy wyjaśnieniu treści oferty należało wziąć pod uwagę również załączony przez Odwołującego opis spełnienia wymagań szczegółowych SIWZ – Wymagania techniczne (str. 54 i nast. oferty), w którym wskazał on, że „oferowana macierz skaluje się do

1152 dysków” (str. 54 oferty) oraz, że ofercie ujęta jest „szafa kontrolera zawierająca do 128 dysków + do 4 obudów na dyski, max 252 dyski w każdej” (str 59 oferty). Nie można zatem przyjąć, że brak jest równoważności oferowanego przez Odwołującego rozwiązania w zakresie szaf dyskowych.

W takim stanie rzeczy zarzut uczyniony przez Zamawiającego odnośnie ilości dysków oparty jedynie na literalnym brzmieniu pkt 9 formularza ofertowego Odwołującego nie poparty dodatkowymi argumentami ani dowodami nie może się ostać.

Zamawiający w SIWZ postawił wymóg, aby by serwer ECC występował w matrycy zgodności „EMC Suport Matrix” formularz ofertowy – Specyfikacja asortymentowo-cenowa” pkt 18. Wymaganie to nie podległo dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ w związku z dopuszczeniem możliwości składania ofert zawierających rozwiązanie równoważne.

Odwołujący zaproponował serwer Sun Fire X4200 M2 z systemem Windows Serwer 2003. Okolicznościami bezspornymi i potwierdzonymi przez strony jest, że w ofercie producenta serwerów SUN występują serwery Sun Fire X4200 M2 z systemem Windows Serwer 2003 oraz Sun Fire X4200 z systemem Sun Solaris. Jedynie serwer X4200 z oprogramowaniem Windows Serwer 2003 występuje w matrycy zgodności EMC (liście kompatybilności produktów z EMC).

Powyższe ustalenia Izby wskazują, że nietrafne jest twierdzenie Odwołującego, że treść jego oferty stanowi serwer Sun Fire X4200 z systemem Windows Serwer 2003, zaś oznaczenie „M2” nie odnosi się do zaoferowanego przez niego świadczenia. Przeciwnie, wobec przyznania, że oznaczenie „M2” wskazuje na serwer znajdujący się w ofercie handlowej, nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia Odwołującego, iż dopisek „M2” jest wynikiem omyłki dokonanej przy sformułowaniu treści oferty, polegającym na błędnym przeniesieniu oznaczenia wynikającego z procedur wewnętrznych. Żadne inne elementy oferty Odwołującego oznaczenia „M2” nie zawierają.

Ujęty w pkt 18 oferty Odwołującego serwer posiada swój desygnat w rzeczywistości. Odwołujący nie podnosił zarzutu nieuwzględnienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej w tym zakresie. Jednakże nawet w razie podniesienia tegoż zarzutu zaoferowanie produktu o cechach nie spełniających wymagań Zamawiającego w sposób wyraźny wyartykułowanych w SIWZ nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej.

”Istotą uznania omyłki za oczywistą jest możliwość jej stwierdzenia bez specjalistycznej wiedzy oraz bezsporność. Oczywistość omyłki powoduje, że natychmiast niewątpliwe jest, jaka powinna być treść konkretnego zapisu” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7 kwietnia 2005 roku, sygn. akt. UZP/ZO/0-611/05)

Zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego, w złożonej przez niego ofercie wskazany został serwer wraz z systemem nie spełniający wymagań postawionych przez Zamawiającego, co

do ich występowania w matrycy zgodności EMC. Powoduje to niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ i stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.

Nie zasługuje na poparcie pogląd Odwołującego, że okoliczność oznaczenia serwera powinna stać się przedmiotem wyjaśnień udzielanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Treść przepisu wskazuje na możliwość daną zamawiającemu przez ustawodawcę, nie ustanawia obowiązku zamawiającego. Ponadto w celu uzyskania skutku w postaci doprowadzenia treści oferty do zgodności z wymaganiami Zamawiającego, Odwołujący w istocie musiałaby zmienić jej treść (wykreślenie oznaczenia „M2” albo uznanie je za nienapisane). Taka czynność uchybiałaby art. 81 ust. 1 oraz 84 ust. 1 ustawy. Okoliczność, iż oferta Odwołującego się zawierała najniższą cenę nie ma wpływu na jej ocenę formalną.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności oferty Odwołującego z konfiguracją klastrową Zamawiającego, Izba po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, nie może uznać za udowodnione twierdzenia Zamawiającego, że przedstawione w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 4 „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” oprogramowanie EMC SDRF/CE jednoznacznie i w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, że Zamawiający aktualnie użytkuje dwunodowe instalacje klastrowe. Odwołujący temu twierdzeniu zaprzeczył. Ani Odwołujący ani Zamawiający nie przedstawili dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Zamawiający nie wykazał, aby informację tę można było wywieść z innych zapisów SIWZ.

Odwołujący przyznał jednak na rozprawie, że ujęte w złożonej przez niego ofercie oprogramowanie Hitachi Storage Cluster dla platformy Windows Serwer 2003 wymaga dodatkowego elementu umożliwiającego pracę na instalacjach dwunodowych oraz, że nie jest w stanie stwierdzić, czy prawidłowa implementacja programu Hitachi Storage Cluster jest możliwa bez konieczności poniesienia dodatkowych kosztów.

Izba stwierdza, powyższe twierdzenia uzasadniają niezgodność oferty Odwołującego z pkt 3.1. SIWZ. Zamawiający jednoznacznie wykluczył w SIWZ możliwość ponoszenia dodatkowych kosztów w związku z dostosowaniem użytkowanego systemu informatycznego do warunków rozwiązania równoważnego i potwierdził to na rozprawie.

Ponadto jeśliby Odwołujący z zapisów SIWZ nie mógł uzyskać informacji na temat rodzaju instalacji Zamawiającego, to wykazując należyłą staranność przy sporządzaniu oferty, winien skorzystać z trybu określonego w art. 38 ustawy.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że w tym aspekcie oferta Odwołującego nie może być uznana za zgodną z treścią SIWZ.

Wobec powyższych ustaleń wskazujących na niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ Izba stwierdza, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przy dokonywaniu oceny oferty Odwołującego nie potwierdził się.

Konsekwencją dokonania przez Izbę w toku postępowania dowodowego ustalenia, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, jest uznanie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy za chybiony. Wskazany przepis stanowi, że Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów chyba, że zaistnieje jedna z dwóch przesłanek: oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub postępowanie podlega unieważnieniu. Zatem Zamawiający nie był zobowiązany do wystosowania wezwania do Odwołującego. Okoliczność, że Odwołujący byłby w stanie skutecznie uzupełnić dokumenty potwierdzające spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu nie ma wpływu na prawidłowość postępowania Zamawiającego, gdyż oferta Odwołującego nie mogłaby być poddana ocenie merytorycznej.

Uzupełnienie przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w tym postępowaniu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie narusza zasad określonych w art. 7 ustawy, skoro brak było podstaw do odrzucenia złożonych przez nich ofert. Nie potwierdził się zarzut niedołożenia przez Zamawiającego należytej staranności (art. 355 k.c. w związku z art. 14 ustawy).

W postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zamawiający w SIWZ wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonali co najmniej jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi postępowania obejmujące łącznie dostawę, instalację i wdrożenie w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie o wartości co najmniej 2.000.000 PLN oraz posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową łącznie w wysokości, co najmniej 2.000.000 PLN.

W dniu 14 grudnia 2007 roku Odwołujący złożył ofertę, do której załączył opinię banku BPH z dnia 22 października 2007 roku, która nie potwierdzała wysokości posiadanych środków finansowych ani zdolności kredytowej. Zawierała natomiast informację o miesięcznych obrotach w niepodanej, co do wysokości, kwocie siedmiocyfrowej. Wraz z ofertą Odwołujący złożył również wykaz wykonanych dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Jednak z załączonych dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie (List referencyjny wystawiony przez Kompanię Piwowarską w dniu 15 stycznia 2007 roku oraz Referencje wystawione w dniu 20 marca 2007 roku przez Bank Zachodni WBK S.A.) nie wynikało, iż czynności ADVATECH obejmowały łącznie dostawy, instalacje i wdrożenia.

Zamawiający prawidłowo dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jak wskazano wyżej z przyczyn, iż oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, Zamawiający nie miał możliwości wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonych dokumentów.

Również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 przy dokonywaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Izba uznała za chybiony.

Fakt umocowania Pana Michała Abramiuka do podpisania i złożenia w imieniu BSB oferty na podstawie złożonego wraz ofertą pełnomocnictwa z dnia 30 listopada 2007 roku, nie jest sporny między stronami. Sporna jest okoliczność, czy skoro w treści udzielonego pełnomocnictwa zawarte było stwierdzenie „o treści zaakceptowanej przez Zarząd” dokonując wymienionych czynności pełnomocnik działał w granicach umocowania.

Izba stwierdza, że Zamawiający w treści SIWZ nie postawił wymogu dołączenia do treści oferty dokumentów, które potwierdzałyby brak ograniczeń osób składających ofertę do dokonania tej czynności. Zamawiający zatem nie był uprawniony do ich żądania od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego brak jest podstaw do przyjęcia, że akceptacja treści oferty mogłaby udzielona jedynie na piśmie. Przeciwnie, Izba uznaje, że zastosowanie w pełni znajduje tu art. 60 k.c. Oświadczenie Zarządu BSB w tym zakresie mogłoby być nie tylko stwierdzone pismem ale też złożone w formie elektronicznej, ustnej a nawet w sposób dorozumiany. Nietrafnie przywołuje Odwołujący zasadę pisemności postępowania i art. 27 ust. 3 ustawy skutkujące w kontaktach zamawiający-wykonawcy. Wobec braku wymagań w SIWZ nie ma podstaw do przyjęcia, że akceptacja treści oferty jest dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie zasługuje na uznanie pogląd Odwołującego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajdzie zastosowanie art. 104 zd. 1 k.c. a możliwość zastosowania zdania 2 tego przepisu jest wyłączona. Art. 14 ustawy nakazuje stosowanie przepisów kodeksu cywilnego wprost a nie odpowiednio, z zastrzeżeniem, że następuje to w sprawach w ustawie nie uregulowanych.

Przy przystąpieniu do postępowania protestacyjnego BSB przedłożyło dokument z dnia 13 grudnia 2007 roku potwierdzający akceptację oferty podpisanej i złożonej przez Pana Michała Abramiuka. Odwołujący nie podważył jego prawdziwości. Brak jest zatem również podstaw faktycznych do przyjęcia przez Izbę, że oferta złożona przez BSB nie wiąże BSB i jest nieważna. Oferta BSB została złożona przez pełnomocnika działającego w granicach udzielonego mu umocowania.

Badając zarzut w granicach określonych w proteście naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty złożonej przez BSB

Izba ustaliła, że Zamawiający opisał wymagania dot. sporządzenia oferty w Rozdziale X pkt 1 SIWZ. Zamawiający wskazał, że oferta ma być sporządzona w formie pisemnej i zgodnie z treścią formularza ofertowego, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 i 2a do SIWZ. Zamawiający wymagał w pkt 5.1 Rozdziału XII SIWZ odnoszącym się do sposobu obliczenia ceny podania ceny oferty na formularzu ofertowym. Wskazane postanowienia SIWZ zawierają wszystkie wymagania Zamawiającego.

Zatem stanowisko Zamawiającego, że kolumna 6 oznaczona gwiazdką powinna być wypełniona w przypadku produktu równoważnego znajduje potwierdzenie w treści SIWZ. Formularz ofertowy pkt 18 oferty złożonej przez Konsorcjum „Copi S.A.” i „CompFort Meridian Polska Sp. z o.o.”, które przedstawiło rozwiązanie objęte pierwotnym opisem przedmiotu zamówienia (nierównoważne) jest wypełniony analogicznie jak w formularzu złożonym przez BSB. Dowodzi to, iż wymagania Zamawiającego w tym zakresie były oczywiste i jednolicie rozumiane przez wykonawców. Zamawiający nie wymagał od wykonawców podawania w tym miejscu oferty szczegółów dot. wskazania producenta oferowanego sprzętu bądź oprogramowania. Wynika to z treści pkt 18 załącznika nr 1 do SIWZ oraz załącznika nr 1 do wzoru umowy (str 49 i 50 SIWZ). Treść SIWZ nie daje podstaw do wywodzenia z nich skutku prawnego w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, który oparł się na ich literalnym brzmieniu

W ocenie Izby wyjaśnienia BSB z dnia 11 stycznia 2008 roku nie odnosiły się do opisanych przez Zamawiającego wymagań dot. sporządzenia oferty. Nie mogą być zatem traktowane jako jej bezprawne uzupełnienie bądź zmiana. W związku z powyższym nie podlegały ocenie Zamawiającego i nie mogły skutkować odrzuceniem oferty. Nie stanowią zatem dowodu na niezgodność oferty BSB z treścią SIWZ. „Ponadto dla wykazania konieczności odrzucenia oferty BSB na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Odwołujący winien wykazać konkretną niezgodność oferowanego sprzętu z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ. W rozpatrywanym postępowaniu Odwołujący takiej niezgodności nie wykazał” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8 stycznia 2007 roku, sygn. akt UZP/Z0/0-3042/06).

Odwołujący podniósł również zarzut niewniesienia wadium przez BSB, gdyż przewidziany w jej treści obowiązek zwrotu gwarancji jest szerszy niż przewidziany w art. 46 ust. 1 i 2 ustawy. Z powyższego wywodził, iż nie zabezpiecza ono Zamawiającego zgodnie z ustawą i w konsekwencji nie zostało skutecznie wniesione.

W ofercie BSB znajduje się dokument ustanowienia gwarancji wadialnej Nr 125/GK/2007 wystawiony przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski SA (gwarant) w dniu 13 grudnia 2007 roku o treści odpowiadającej wymaganiom art. 45 ustawy. Okoliczność ta nie jest kwestionowana przez strony. Przedmiotem sporu jest okoliczność, czy treść gwarancji

umożliwia gwarantowi skuteczne żądanie jej zwrotu w okolicznościach nie przewidzianych w ustawie i czy wobec takich zapisów ustanowione wadium zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Oceniając ww. spór Izba zważyła, co następuje:

Przedłożona przez BSB gwarancja bankowa wystawiona przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski SA wyraźnie wskazuje rodzaj postępowania, którego dotyczy oraz warunki, odpowiadające treści art. 46 ust. 5 ustawy po których ziszczeniu się beneficjent uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta, opiewa również na wymaganą w SIWZ wysokość. Istotne jest również, że gwarancja bankowa udzielona na rzecz Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest gwarancją bezwarunkową, wskazującą wyraźnie, że wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze wezwanie beneficjenta oraz zabezpiecza interesy Zamawiającego na wypadek, gdyby wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdyby zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Gwarancja bankowa to instytucja przewidziana w art. 5 ust. 1 pkt 4) oraz art. 5 ust. 2 pkt. 8 Prawa bankowego, jako jedna z czynności bankowych. Istotą gwarancji jest przyjęcie przez gwaranta obowiązku zapłaty sumy określonej w dokumencie gwarancji, w sytuacji, gdy zaistnieją okoliczności określone w gwarancji, uzasadniające możliwość skutecznego wystąpienia z takim żądaniem przez beneficjenta (Zamawiającego). Zobowiązanie gwaranta wynikające z gwarancji ma charakter abstrakcyjny niezależny od leżących u podstaw udzielenia gwarancji stosunków prawnych łączących gwaranta ze zleceniodawcą gwarancji (stosunek pokrycia) i zleceniodawcy z beneficjentem (stosunek waluty). Między gwarantem (bankiem) a beneficjentem (Zamawiającym) nie istnieje żaden z wymienionych stosunków prawnych. Niezasadne zatem jest twierdzenie, że bank jest uprawniony do żądania zwrotu gwarancji od Zamawiającego. Norma art. 46 ust. 1 i 2 jest adresowana do zamawiającego, który zastosuje się do jej dyspozycji, nawet jeśli w treści przyjętego przez niego dokumentu gwarancyjnego treść tych przepisów nie jest w pełni odwzorowana. Istotne jest również stwierdzenie, że treść gwarancji nie przewiduje obowiązku zwrotu (używa stwierdzenia „powinna”) a treść postanowień gwarancji kontestowanych przez Odwołującego na rozprawie (pkt 2, 3 i 6) nie może być interpretowana w oderwaniu od uwzględnionej przez bank okoliczności, iż gwarancja ta jest udzielana w celu ubiegania się o zamówienie publiczne.

Istotną jest również okoliczność (z uwagi na zastrzeżenie w treści gwarancji, że wygasa ona z upływem czasu na jaki została udzielona), że Zamawiający wezwał BSB do przedłużenia ważności wadium i gwarant w dniu 6 lutego 2008 roku dokonał wymaganego przedłużenia do dnia 12 kwietnia 2008 roku (Gwarancja bankowa wadialna Nr 007/GK/2008). Protest Odwołującego dotyczący wyboru oferty BSB oraz wykluczenia go z postępowania

i odrzucenia złożonej przez niego oferty jest ostatecznie rozstrzygnięty w dniu dzisiejszym. – art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a) ustawy. W świetle powyższego zarzuty Odwołującego w odniesieniu do wadium są niezasadne. Nieprecyzyjne podanie w treści gwarancji bankowej treści przepisu art. 46 ust 1 i 2 ustawy nie ma podważyć należytego zabezpieczenia oferty złożonej w postępowaniu.

Skoro zatem wadium zostało wniesione, to nie istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy i Zamawiający nie dopuścił się w postępowaniu naruszenia tego przepisu.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdza, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał w odwołaniu i podtrzymał na rozprawie okoliczności dotyczące wcześniejszych etapów postępowania tj. modyfikacji SIWZ z dnia 28 listopada 2007 roku w części Opisu rozwiązania równoważnego oraz rozstrzygnięcia protestu z dnia 14 stycznia 2007 roku, które zdaniem Odwołującego dowodziły naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. Odwołanie zawiera również zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w zakresie rozwiązania równoważnego oraz przeprowadzenia przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego (rozwiązanie równoważne) w oparciu o postanowienia SIWZ dotyczące podstawowego przedmiotu zamówienia. Odwołujący sprecyzował na rozprawie, że powyższe oraz wymienione w odwołaniu dowody wskazują na okoliczność unieważnienia postępowania przez Izbę z urzędu. Wskazane jako dowody Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w DzOPWE, kopia pisma z dnia 11 listopada, 14 listopada oraz 28 listopada 2007 stanowią część dokumentacji postępowania. Izba stwierdza, że potwierdzają one dokonanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu i nie potwierdzają stawianych przez Odwołującego zarzutów.

Twierdzenie Odwołującego, że zmiany SIWZ mają charakter pozorny nie znalazło uzasadnienia w postępowaniu dowodowym. Podnoszenie zarzutów do treści SIWZ na tym etapie postępowania jest spóźnione. W ocenie Izby treść SIWZ nie uniemożliwiła Odwołującemu złożenia ważnej oferty. Przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego było zaoferowanie świadczenia nie spełniającego jednoznacznie sformułowanego wymogu SIWZ (w części dotyczącej serwera) oraz zaoferowanie instalacji klastrowej, co do której Odwołujący nie wykazał spełniania wymagań w zakresie równoważności, choć występując do Zamawiającego o wyjaśnienia treści SIWZ mógł uzyskać informacje umożliwiające mu sporządzenie oferty odpowiadającej potrzebom Zamawiającego. Fakt, że Odwołujący mógł zaoferować świadczenie (instalację klastrową) odpowiadające treści SIWZ jest okolicznością przyznaną w odwołaniu. Przekonanie Odwołującego, że oferuje technologię nowszą, bardziej

zaawansowaną, tańszą i efektywniejszą, nie może sanować niekompatybilności wskazanego przez niego rozwiązania równoważnego z potrzebami Zamawiającego, których opis w SIWZ nie został wzruszony poprzez wnoszenie środków ochrony prawnej a ich niezgodność z przepisami ustawy nie została wykazana w postępowaniu dowodowym.

W tym stanie sprawy Izba stwierdziła, że w postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy oraz brak jest podstaw do unieważnienia postępowania stosownie do dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, a wobec okoliczności, że nie potwierdziły się zarzuty w stosunku do oferty BSB również na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*