

Sygn. akt: KIO 883/14

KIO 900/14

KIO 904/14

KIO 905/14

WYROK

z dnia 26 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Emil Kawa
Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 i 20 maja 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2014 r. przez:

- A. wykonawcę **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7** (sygn. akt KIO 883/14),
- B. wykonawcę **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (31-864), przy al. Jana Pawła II 39a** (sygn. akt KIO 900/14),
- C. wykonawcę **Comp S.A. z siedzibą w Warszawie (02-230), przy ul. Jutrzenki 116** (sygn. akt KIO 904/14),
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Maxto sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (31-421), przy ul. Reduta 5, Cezar sp. z o.o.**

z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (05-825), przy ul. Jaśminowej 1a (sygn. akt KIO 905/14),

w postępowaniu prowadzonym przez **Prokuraturę Generalną, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (31-864), przy al. Jana Pawła II 39a** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt: KIO 883/14 i KIO 905/14 po stronie Zamawiającego, a w sprawie o sygn. akt KIO 904/14 po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy **Comp S.A. z siedzibą w Warszawie (02-230), przy ul. Jutrzenki 116** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt: KIO 883/14, KIO 900/14 i KIO 905/14 po stronie Zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Computex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (03-654), przy ul. Mroźnej 27, Techsource sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie (05-120), przy ul. Józefa Piłsudskiego 13**, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt: KIO 883/14, KIO 900/14, KIO 904/14 i KIO 905/14 po stronie Zamawiającego
- D. wykonawcy **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt: KIO 900/14, KIO 904/14 i KIO 905/14 po stronie odwołujących,
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Maxto sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (31-421), przy ul. Reduta 5, Cezar sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (05-825), przy ul. Jaśminowej 1a** zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt: KIO 900/14 i KIO 904/14 po stronie odwołujących,

orzeka:

- 1A. oddala odwołanie wykonawcy **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7,**
- 1B. oddala odwołanie wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (31-864), przy al. Jana Pawła II 39a,**
- 1C. oddala odwołanie wykonawcy **Comp S.A. z siedzibą w Warszawie (02-230), przy ul. Jutrzenki 116,**
- 1D. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Maxto sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (31-421), przy ul. Reduta 5, Cezar sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (05-825), przy ul. Jaśminowej 1a** i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Computex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (03-654), przy ul. Mroźnej 27, Techsource sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie (05-120), przy ul. Józefa Piłsudskiego 13,
- odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Computex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (03-654), przy ul. Mroźnej 27, Techsource sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie (05-120), przy ul. Józefa Piłsudskiego 13 z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- poprawienie omyłki w treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Maxto sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (31-421), przy ul. Reduta 5, Cezar sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (05-825), przy ul. Jaśminowej 1a, polegającej na niewskazaniu w załączniku nr 7 do SIWZ nazwy producenta i modelu szafy teletechnicznej typu rack, w sposób wynikający z uzasadnienia niniejszego orzeczenia,

- dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Maxto sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (31-421), przy ul. Reduta 5, Cezar sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (05-825), przy ul. Jaśminowej 1a.

2. kosztami postępowania obciąża:

- **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7,**
- **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (31-864), przy al. Jana Pawła II 39a,**
- **Comp S.A. z siedzibą w Warszawie (02-230), przy ul. Jutrzenki 116,**
- **Prokuraturę Generalną, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa.**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowań odwoławczych kwotę **60.000,00 zł** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołujących – **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7, Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (31-864), przy al. Jana Pawła II 39a, Comp S.A. z siedzibą w Warszawie (02-230), przy ul. Jutrzenki 116** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Maxto sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (31-421), przy ul. Reduta 5, Cezar sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (05-825), przy ul. Jaśminowej 1a** tytułem wpisów od odwołań.

2.2. zasądza od wykonawcy **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7** na rzecz Zamawiającego – **Prokuratury Generalnej, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa** kwotę **3.600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3. zasądza od wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (31-864), przy al. Jana Pawła II 39a** na rzecz Zamawiającego – **Prokuratury Generalnej, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa** kwotę **3.600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.4. zasądza od wykonawcy **Comp S.A. z siedzibą w Warszawie (02-230), przy ul. Jutrzenki 116** na rzecz Zamawiającego – **Prokuratury Generalnej, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa** kwotę **3.600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.5. zasądza od Zamawiającego – **Prokuratury Generalnej, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Maxto sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (31-421), przy ul. Reduta 5, Cezar sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (05-825), przy ul. Jaśminowej 1a** kwotę **18.600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 883/14

KIO 900/14

KIO 904/14

KIO 905/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Prokuratura Generalna, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę, montaż w szafie rack i uruchomienie serwerów, sprzętu komputerowego, skanerów i urządzeń sieciowych w ramach realizacji projektu *Wdrożenie systemu digitalizacji akt postępowań przygotowawczych oraz utworzenie lokalnych i centralnego repozytorium akt w postaci cyfrowej w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury*” (znak sprawy: PG XF 292/44/13), zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2013 r. pod numerem 2013/S 249-434872.

W dniu 25 kwietnia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu m.in. o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Computex sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (03-654), przy ul. Mrożnej 27, Techsource sp. z o.o. z siedzibą w Legionowie (05-120), przy ul. Józefa Piłsudskiego 13 (dalej: „Konsorcjum Computex”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – MAXTO sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (31-421), przy ul. Reduta 5, Cezar sp. z o.o., z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (05-825), przy ul. Jaśminowej 1a.

Powyższe czynności zostały zaskarżone odwołaniami wniesionymi w dniu 5 maja 2014 r. przez:

1. wykonawcę Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (01-217), przy ul. Kolejowej 5/7, zwanego dalej „Decsoft S.A.”, a w sprawie o sygn. akt KIO 883/14, „Odwołującym”,
2. wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (31-864), przy al. Jana Pawła II 41g, zwanego dalej „Comarch Polska S.A.”, a w sprawie o sygn. akt KIO 900/14, „Odwołującym”,
3. wykonawcę Comp S.A. z siedzibą w Warszawie (02-230), przy ul. Jutrzenki 116,

- zwanego dalej „Comp S.A.”, a w sprawie o sygn. akt KIO 904/14, „Odwołującym”,
4. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – MAXTO sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (31-421), przy ul. Reduta 5, Cezar sp. z o.o., z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (05-825), przy ul. Jaśminowej 1a, zwanych dalej „Konsorcjum Maxto”, a w sprawie o sygn. akt KIO 905/14, „Odwołującym”.

Sygn. akt: KIO 883/14

Odwołujący sformułował następujące zarzuty:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że oferty złożone przez:
 - a) Konsorcjum Computex,
 - b) Comp S.A.,
 - c) Comarch Polska S.A.,nie podlegają odrzuceniu z Postępowania pomimo niezałączenia wraz z ofertą przez każdego z ww. szczegółowej specyfikacji technicznej oferowanych serwerów (dalej: „SST oferowanego serwera”),
2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że oferty złożone przez Konsorcjum Computex i Comarch Polska S.A. nie podlegają odrzuceniu z Postępowania pomimo oferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
3. naruszenie przepisu art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez uznanie za ofertę najkorzystniejszą oferty€ złożonej przez Konsorcjum Computex, która jednak – z uwagi na niezałączenie do niej SST serwera – powinna zostać odrzucona z Postępowania,
4. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum Computex w zakresie wymiarów zaoferowanej obudowy,
5. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie w stosunku do oferty złożonej przez Comarch Polska S.A. w zakresie oferowanego oprogramowania,
6. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. potraktowanie w ten sam sposób Odwołującego, którego oferta jest zgodna z SIWZ oraz Konsorcjum Computex, Comp S.A. i Comarch Polska S.A., których oferty nie są zgodne z SIWZ.

Wobec tak sformułowanych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności poprawiania omyłek w ofertach złożonych przez Konsorcjum Computex i Comarch Polska S.A.,
3. dokonanie powtórnej oceny ofert,
4. odrzucenie z Postępowania ofert złożonych przez Konsorcjum Computex, Comp S.A. i Comarch Polska S.A., zgodnie z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu,
5. uznanie za najkorzystniejszą – w wyniku powtórnej procedury badania i oceny ofert – oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że spełnia wymagania uprawniające go do wniesienia środka ochrony prawnej, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych powyżej przepisów Pzp Odwołujący poniósł szkodę w postaci niezyskania zamówienia publicznego. W przypadku gdyby Zamawiający działał zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych w Postępowaniu. Jednocześnie brak wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 182 Pzp skutkuje – w ocenie Odwołującego – niemożnością podnoszenia zastrzeżeń zgłaszanych w niniejszym odwołaniu na późniejszym etapie Postępowania. Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego w wyniku rażącego naruszenia Pzp, które może skutkować unieważnieniem Postępowania, uchylając jednocześnie zasadzie równego traktowania wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie oraz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Odwołujący przytoczył postanowienie pkt 1 ppkt 20 załącznika nr 7 do SIWZ (dalej: „OPZ”), zgodnie z którym obowiązkiem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia było załączenie do oferty SST serwera. Tymczasem, jak to wynika z treści oferty Konsorcjum Computex zaoferowało ono Zamawiającemu dostawę serwera ESPRIMO E720E85f, nie załączając do oferty wymaganego dokumentu. W odniesieniu do ofert Comp i Comarch Odwołujący wskazał, że są one wprawdzie utajnione w części dotyczącej OPZ, tym niemniej z jawnych fragmentów ofert ww. wykonawców oraz z adresowanej do nich korespondencji Zamawiającego, w której powoływał się na wykaz złożonych przez nich dokumentów wynika, że także oni nie załączyli do ofert SST serwera.

Z uwagi na objęcie istotnej w tym zakresie części ofert Comp S.A. i Comarch Polska S.A. tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący wniósł o zweryfikowanie jego twierdzeń przez Izbę. Podkreślił przy tym, że SST jest elementem treści oferty, nie zaś oświadczeniem, czy dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp. SST jest bowiem dokumentem określającym parametry techniczne zaoferowanego Zamawiającemu sprzętu, czyli opisującym przedmiot oferty wykonawcy. Tym samym nie jest dokumentem, który wypełniałby dyspozycję przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Istotne jest bowiem, w ocenie Odwołującego, odróżnienie dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie przez określone dostawy wymagań SIWZ od treści samej oferty, w której wykonawcy wskazują m.in. jej przedmiot, sposób realizacji zamówienia, terminy i cenę. Tym samym Zamawiający – dokonując ewentualnego wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp – dopuściłby się nie tylko naruszenia tego przepisu, ale również zasad udzielania zamówień publicznych wynikających z treści art. 7 Pzp. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający, na etapie oceny ofert, związany jest postanowieniami SIWZ i nie może pomijać sprecyzowanych w niej wymogów, czy też dokonywać ich wykładni niezgodnej z jej treścią. Tym samym, po stwierdzeniu, że oferty Konsorcjum Computex, Comp S.A. i Comarch Polska S.A. nie zawierają SST, Zamawiający – z pominięciem procedury wskazanej w art. 26 ust. 3 Pzp – powinien uznać, że treść ofert ww. wykonawców nie odpowiada treści SIWZ i w konsekwencji – dokonać ich odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wsparł prezentowane stanowisko przeglądem orzecznictwa KIO.

Uzasadnienie zarzutu nr 2 i 4

Odwołujący powołał się na brzmienie pkt 2 ppkt 13 i 3 ppkt 13 OPZ, zgodnie z którymi wykonawcy zobowiązani byli do zaoferowania komputerów stacjonarnych typ I i II, których obudowa charakteryzować miała się m.in. wymiarami nieprzekraczającymi łącznie 82 cm. Wykonawcy zobligowani byli do wypełnienia OPZ w części dotyczącej wymiarów obudowy. Konsorcjum Computex zaoferowało komputer stacjonarny typ I i typ II Fujitsu ESPRIMO E720 E85+, dla którego w odpowiednich miejscach OPZ podało następujące wymiary: długość – 419 mm, szerokość – 175 mm, wysokość – 395 mm. Oznacza to, że po przeliczeniu na cm suma długości wszystkich boków obudowy wynosi 98,9 cm, nie zaś wymagane przez Zamawiającego maksymalnie 82 cm. Wobec powyższego Odwołujący skonstatował, że oferta Konsorcjum Computex winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślił, że ww. sprzeczność nie podlega poprawieniu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem ewentualne poprawienie oferty w tym zakresie musiałoby zostać poprzedzone niedopuszczalnymi negocjacjami z Konsorcjum Computex, które sprowadzałyby się *de facto* do złożenia przez nie nowego

opisu zawierającego nowe wymiary boków obudowy. Tymczasem OPZ, jako stanowiący treść, oferty nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wykonawca składając ofertę, nie może pomijać żadnego z wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ. W przypadku braku spełnienia wymagań określonych w SIWZ Zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie KIO i poglądach doktryny prawa zamówień publicznych. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wprawdzie potraktował opisaną niezgodność, jako tzw. inną omyłkę i poprawił ją w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zastępując wymiary podane przez Konsorcjum Computex wymiarami: 34 cm x 38,2 cm x 9,8 cm, o czym poinformował je pismem z dnia 7 marca 2014 r., tym niemniej uczynił to bezprawnie, wobec czego czynność ta winna zostać unieważniona. Podkreślił przy tym, że zarówno w orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się zgodnie, iż tzw. inne omyłki zamawiający powinien poprawiać samodzielnie (bez udziału wykonawcy), w oparciu o treść oferty. Tymczasem wymiary zaoferowanej obudowy, które zostały poprawione przez Zamawiającego nie zostały wskazane w żadnej innej części oferty Konsorcjum Computex. Dodał, że zaistniałe niezgodności nie są oczywiste i nie jest też możliwe ich poprawienie bez dodatkowego oświadczenia Konsorcjum Computex, które *nota bene* zostało Zamawiającemu złożone. Powyższe potwierdza z kolei, że Zamawiający przeprowadził z Konsorcjum Computex niedozwolone, w świetle art. 87 ust. 1 Pzp, negocjacje w zakresie parametrów zaoferowanych urządzeń, dokonując zmiany przemyślanego oświadczenia woli, którego wyraz stanowi wypełniony OPZ.

Uzasadnienie zarzutu nr 2 i 5

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem pkt 2 ppkt 15 i pkt 3 ppkt 15 OPZ, wymogiem nałożonym na wykonawców była dostawa komputerów stacjonarnych typ I i II wyposażonych m.in. w oprogramowanie Microsoft Office 2013 Home&Business, wersja językowa PL 64 bit lub równoważny, preinstalowany fabrycznie przez producenta. Wykonawcy mieli wskazać oferowane rozwiązanie.

W świetle powyższego Odwołujący stwierdził, że Comarch Polska S.A. w złożonym wraz z ofertą wypełnionym OPZ nie wskazał, że zaoferował oprogramowanie Microsoft Office 2013 Standard wersja językowa PL 64 bit. Wniosek taki Odwołujący wysnuł na podstawie treści pisma Zamawiającego z dnia 7 marca 2014 r., w którym powołana została ta okoliczność, bowiem nie mógł zweryfikować tej części oferty Comarch Polska S.A. z uwagi na objęcie jej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący dokonał egzegezy użytego w treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zwrotu „nie odpowiada” i stwierdził, że – wobec nie wskazania w danym fragmencie oferty

rozwiązania wymaganego przez Zamawiającego – w przedmiotowej sprawie zachodzi niezgodność treści ofert z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty w oparciu o powołany przepis. Odwołujący stwierdził również, że ww. sprzeczność nie może zostać poprawiona w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na ustawowy zakaz negocjowania treści oferty, płynący z art. 87 ust. 1 Pzp. Podkreślenia wymaga, że wykonawcy, poza oprogramowaniem Microsoft Office 2013 Standard wersja językowa PL 64 bit, mogli zaoferować Zamawiającemu oprogramowanie równoważne do tegoż oprogramowania. Tym samym Zamawiający nie mógł na podstawie treści oferty złożonej przez Comarch uznać, że niezaoferowanie żadnego oprogramowania w tych pozycjach OPZ oznacza, że wykonawca ten zaoferował oprogramowanie Microsoft Office 2013 Standard wersja językowa PL 64 bit. Wiedzę taką nabył Zamawiający po przeprowadzeniu niedopuszczalnej w ocenie Odwołującego procedury wyjaśnień, w ramach której wykonawca Comarch Polska S.A. stwierdził, że przez pomyłkę nie podał jakie oprogramowanie oferuje. Opisany sposób procedowania potwierdza, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający nie mógł poprawić samodzielnie treści oferty w tym zakresie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W konsekwencji doszło do niedopuszczalnego uzupełnienia przedmiotu oferty na etapie jej badania. Tym samym czynność Zamawiającego z dnia 7 marca 2014 r. polegająca na poprawieniu treści oferty złożonej przez Comarch Polska S.A. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie oferowanego oprogramowania, podlega unieważnieniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wskazał w pierwszej kolejności na niespełnienie przez Odwołującego przesłanek materialnoprawnych z art. 179 ust. 1 Pzp, z uwagi na nieprzedłużenie terminu związania ofertą, który upłynął w dniu 29 kwietnia 2014 r. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący miał możliwość przedłużenia terminu związania ofertą nawet po dokonaniu przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W zakresie zarzutu nr 1 wyjaśnił, że dane techniczne oferowanego przez Konsorcjum Computex serwera zawarte są nie tyle w odrębnym – jak chce tego Odwołujący – dokumencie, a w kol. 4 OPZ. Z kolei w przypadku ofert Comp S.A. i Comarch Polska S.A. przedmiotowe informacje zawierają się nie tylko w OPZ, ale również w dołączonych do oferty SST oferowanych serwerów, tym niemniej podkreślił, że nie wymagał od wykonawców załączania odrębnego dokumentu dotyczącego tych danych. Zaznaczył, że preferowaną formą wskazania parametrów technicznych oferowanego serwera było szczegółowe wypełnienie kol. 4 OPZ.

Na odparcie opisanego powyżej zarzutu nr 2 i 4 Zamawiający wskazał, że miał możliwość samodzielnego poprawienia omyłki w zakresie wymiarów obudowy oferowanego

przez Konsorcjum Computex komputera, od czego uzależniał on zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP. Źródłem wiedzy o tym była – zdaniem Zamawiającego – specyfikacja techniczna sprzętu dostępna na stronie internetowej jego producenta (Fujitsu). To z kolei skutkowało wezwaniem Konsorcjum Computex do złożenia wyjaśnień treści oferty w tym zakresie i „[...]potwierdzenia woli złożenia oferty dostawy komputera o parametrach, wynikających ze specyfikacji technicznej sprzętu dostępnej na stronie internetowej producenta[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 8), które to Zamawiający otrzymał. Podkreślił, że posiadana przez niego wiedza odnośnie sposobu poprawienia omyłki wyklucza uznanie wzmiankowanej powyżej korespondencji za niedozwolone negocjacje dotyczące treści złożonej przez wykonawców oferty.

W kwestii zarzutu opisanego pod nr 2 i 5 powyżej Zamawiający oświadczył, że także w tym przypadku mógł ustalić sposób poprawienia omyłki polegającej na niewskazaniu w OPZ przez Comarch Polska S.A. rodzaju oferowanego wraz z komputerami oprogramowania biurowego. Podkreślił, że z oferty ww. wykonawcy wynikała wola dostawy sprzętu wraz z niezbędnym oprogramowaniem biurowym, przy jednoczesnym braku w tym zakresie w jego ofercie treści świadczących o zaoferowaniu rozwiązań równoważnych do oczekiwanych przez Zamawiającego. Tu wskazał na postanowienie Rozdziału III pkt 11 SIWZ, zgodnie z którym tylko w przypadku powoływania się na rozwiązania równoważne obowiązkiem wykonawców było załączenie do ofert parafowanych lub podpisanych przez Wykonawcę specyfikacji technicznych dla oferowanych produktów równoważnych. *A contrario* Zamawiający wywiódł, że zamiarem Comarch Polska S.A. było zaoferowanie wskazanego w OPZ oprogramowania w postaci Microsoft Office 2013 Home&Business wersja językowa PL 64 bit. Powołał się dodatkowo na konstrukcję formularza OPZ, która mogła powodować mylne wyobrażenie co do sposobu wypełnienia omawianej pozycji. W pozycjach tabeli, w których wymagane było określenie nazwy oferowanego oprogramowania biurowego (pkt 2.15 i 3.15 OPZ) Zamawiający wymagał odniesienia się do dwóch niezależnych wymagań a w pozostałych przypadkach umieszczanie pojedynczych wymagań następowało wg zasady: jedno wymaganie w wierszu - na jeden opis oferowanych parametrów. Powyższe wskazywało, w ocenie Zamawiającego, na uzasadnioną możliwość omyłkowego przeoczenia konieczności odniesienia się do dwóch wymagań w jednym wierszu formularza.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przystąpienia zgłosili Konsorcjum Computex, Comp S.A. i Comarch Polska S.A. Zgłoszenia przystąpienia nastąpiły z zachowaniem wymogów, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania podkreślając prawidłowość postępowania Zamawiającego.

W toku posiedzenia Odwołujący – wobec wniosku formalnego Comp S.A. o sprecyzowanie zarzutu dotyczącego niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ, opartego na braku dokumentu w postaci SST oferowanego serwera i dokonaniu przez Izbę sprawdzenia niejawniej części ofert zarówno Comp S.A., jak i Comarch Polska S.A., w wyniku którego potwierdziło się, że dokumenty takie zostały przez ww. złożone wraz z ofertą – cofnął odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 w stosunku do Comp S.A. i Comarch Polska S.A.

Na rozprawie strony i uczestnicy podtrzymali wyrażone uprzednio na piśmie stanowiska, z zastrzeżeniem Odwołującego, o czym mowa była w poprzednim akapicie uzasadnienia.

W odniesieniu do twierdzenia Zamawiającego o braku interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na nieprzedłużenie terminu związania ofertą wskazał, że w Pzp brak jest przepisu nakładającego na wykonawcę obowiązek przedłużania terminu związania ofertą po wyborze oferty najkorzystniejszej. Stwierdził również, że wolę dalszego uczestnictwa w Postępowaniu i zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego wyraził wniesieniem odwołania i potwierdzi ją poprzez wniesienie wadium, zgodnie z przepisem art. 46 ust. 3 Pzp, w sytuacji, gdy jego odwołanie zostanie uwzględnione. Podkreślił, że brak związania ofertą nie stanowi przeszkody do zawarcia z nim niepodlegającej unieważnieniu umowy. Z kolei, na uzasadnienie zarzutu nr 1, argumentował uzupełniająco, że SST oferowanego serwera była Zamawiającemu niezbędna także z tego względu, że w kol. 4 OPZ wykonawcy w ogóle nie musieli podawać parametrów technicznych oferowanych urządzeń i w takim wypadku nie byłoby wiadome, co jest przedmiotem oferty danego wykonawcy.

Zamawiający, w zakresie braku interesu odwołującego we wniesieniu odwołania, wywodził natomiast, że woli uzyskania zamówienia i zawarcia umowy, na którą to powołuje się Odwołujący, nie można w żadnym wypadku domniemywać. Podkreślił, że samo wniesienie odwołania świadczyć może nie tyle o zamiarze uzyskania zamówienia, ale przykładowo o dążeniu do unieważnienia Postępowania. Ponadto, w odniesieniu do zarzutu nr 1 argumentował, że pozostawił wykonawcom dowolność w podaniu parametrów technicznych oferowanych urządzeń – możliwe było albo szczegółowe wypełnienie kol. 4 OPZ, albo ogólne zadeklarowanie w niej spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ, z jednoczesnym załączeniem odpowiednich specyfikacji technicznych.

Comarch Polska S.A. – na odparcie zarzutu nr 2 i 5 – wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści pisma producenta zaoferowanego sprzętu, z którego wynika, że jest on wyposażony w oprogramowanie zgodne z wymaganiami zamawiającego.

Podkreślił również, że oprogramowanie którego nazwy omyłkowo nie podał miało być, zgodnie z wymogami OPZ (pkt 2 ppkt 15 i pkt 3 ppkt 15) preinstalowane fabrycznie przez producenta na zaoferowanych komputerach, co wyklucza dowolność w jego wyborze.

Comp S.A. – wobec cofnięcia przez Odwołującego jedynego zarzutu dotyczącego jego oferty – jedynie z ostrożności zaprzeczył wszelkim twierdzeniom Odwołującego odnoszącym się do jego oferty.

Konsorcjum Computex, w zakresie zarzutu nr 1 z odwołania wskazało, że zgodnie z Rozdziałem III SIWZ obowiązek załączenia do oferty szczegółowych specyfikacji technicznych ograniczał się do sytuacji oferowania rozwiązań równoważnych, o czym – w przypadku oferowanego przez nie serwera – nie mogło być mowy. Podkreśliło, że żądanie dodatkowego dokumentu w postaci SST oferowanego serwera, przy jednoczesnym dysponowaniu przez Zamawiającego szczegółowo wypełnionym OPZ, byłoby zbędnym powielaniem tych samych informacji. Wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści pisma producenta oferowanego sprzętu na okoliczność spełniania przez zaoferowany komputer wymagania w zakresie wymiarów jego obudowy.

Sygn. akt: KIO 900/14

W odwołaniu sformułowano następujące zarzuty:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Computex z Postępowania pomimo, iż nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,
3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Computex, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
4. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Comp S.A. z przedmiotowego postępowania pomimo, iż nie wykazała ona spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,
5. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comp S.A., pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
6. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażające się dokonaniem wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Computex jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy Konsorcjum Computex powinno

zostać wykluczone z Postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona, a także zaniechaniem wyboru oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na fakt, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, z Postępowania, jego oferta nie podlega odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza,

7. z ostrożności – naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Computex do uzupełnienia oferty o prawidłową polisę lub inny dokument określony w Rozdziale X ust. 5 lit. a) SIWZ potwierdzający, że jest ono ubezpieczone od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 10.000.000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100), który to dokument miał potwierdzać spełnienie warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale IX ust. 7 lit. a) SIWZ,
8. z ostrożności – naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Comp S.A. do uzupełnienia oferty o prawidłową polisę lub inny dokument określony w rozdziale X ust. 5 lit. a) SIWZ potwierdzający, że jest ona ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 10.000.000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100), który to dokument miał potwierdzać spełnienie warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale IX ust. 7 lit. a) SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum Computex jako oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczenia Konsorcjum Computex na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z uwagi na to, że nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,
4. odrzucenia oferty Konsorcjum Computex na podstawie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ,
5. wykluczenia Comp S.A. na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z uwagi na to, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,
6. odrzucenia oferty Comp S.A. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ,
7. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
9. z ostrożności – wezwania Konsorcjum Computex do uzupełnienia oferty o prawidłową polisę lub inny dokument określony w Rozdziale X ust. 5) lit. a) SIWZ

potwierdzający, że jest ono ubezpieczone od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 10.000.000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100), który to dokument miał potwierdzać spełnienie warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale IX ust. 7 lit. a) SIWZ,

10. z ostrożności – wezwania Comp S.A. do uzupełnienia oferty o prawidłową polisę lub inny dokument określony w Rozdziale X ust. 5) lit. a) SIWZ potwierdzający, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 10.000.000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100), który to dokument miał potwierdzać spełnienie warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale IX ust. 7 lit. a) SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że jest legitymowany do wniesienia środka ochrony prawnej (art. 179 ust. 1 Pzp), złożył bowiem ofertę i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący poniósł szkodę, gdyż jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza – pomimo iż jest taką ofertą. W konsekwencji Odwołujący poniósł szkodę polegającą na nie osiągnięciu korzyści wynikających z realizacji zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu nr 2 i 7

Odwołujący powołał się na brzmienie postanowienia zawartego w Rozdziale IX pkt 7 lit. a) SIWZ, zgodnie z którym:

„[...]7. W zakresie warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej (...) Zamawiający wymaga wykazania się przez Wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj.:

- a) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 10.000.000,00 zł (dziesięć milionów złotych)[...]”

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku – zgodnie z Rozdziałem X ust. 5 lit. a) SIWZ – wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty „[...]OPŁACONĄ POLISĘ, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.[...]”.

Z przytoczonych powyżej zapisów SIWZ Odwołujący wywiódł, że Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania takiego ubezpieczenia, „[...]aby zakres ochrony ubezpieczeniowej dotyczył przedmiotu zamówienia (definiowanego przez Odwołującego,

jako dostawa sprzętu, oprogramowania, instalacja, uruchomienie, świadczenie usług serwisu – przyp. Izby) i był objęty kwotą nie mniejszą niż 10.000.000,00 zł[...]” (odwołanie, str. 5), co miało zapobiegać przedstawianiu dokumentów gwarantujących tylko pozorną ochronę ubezpieczeniową.

Tymczasem Konsorcjum Computex załączyło do oferty 3 polisy z różnym zakresem ochrony ubezpieczeniowej, przez co – zdaniem Odwołującego – zasadny jest wniosek, że zostały one złożone wyłącznie w celu zsumowania kwot stanowiących sumy ubezpieczenia. Polisy te nie obejmują bowiem działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W szczególności wyłączone są spod ochrony ubezpieczeniowej takie szkody, które mogłyby wyniknąć w przypadku realizacji przedmiotowego zamówienia.

W polisie nr 014315 wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. (str. 85 oferty Konsorcjum Computex) wskazano: „[...]Podstawowy zakres ubezpieczenia w wariantie II (delikt + kontrakt)[...]”, natomiast w § 5 Ogólnych warunków ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zatwierdzonych uchwałą nr 98/2012 Zarządu InterRisk S.A. Vienna Insurance Group z dnia 9 października 2012 r. (dalej: „OWU InterRisk”) wskazano, że: „[...]Dodatkowe wyłączenia mające zastosowanie w Wariantie II (odpowiedzialność za produkt). Ubezpieczyciel nie ponosi odpowiedzialności za szkody: (...) 2) powstałe w wyniku nieterminowego dostarczenia produktów.[...]”. Ponadto do tego ubezpieczenia nie włącza się klauzul dodatkowych, w tym np.: klauzuli „Ubezpieczenie OC za podwykonawców”, a Konsorcjum Computex będzie z nich korzystał. Co równie istotne, zgodnie z § 4 OWU InterRisk umowa ubezpieczenia nie obejmuje i w związku z tym ubezpieczyciel nie ponosi odpowiedzialności za szkody:

„[...]”

1. wynikłe z naruszenia dóbr osobistych (z wyjątkiem zdrowia, za szkody za które Ubezpieczyciel odpowiada w ramach odpowiedzialności cywilnej za szkodę osobową), praw własności intelektualnej, praw autorskich, patentów, znaków towarowych lub nazw fabrycznych, czy innych praw własności przemysłowej,
2. w programach komputerowych i danych informatycznych oraz związane z tworzeniem, dostarczaniem lub wdrażaniem oprogramowania komputerowego, a także wyrządzone przez wszelkiego rodzaju wirusy komputerowe zakłócające prace systemu komputerowego lub sieci teleinformatycznej,

[...]”.

Dodatkowo Konsorcjum Computex załączyło do oferty dwie polisy posiadane przez członka konsorcjum (Techsource sp. z o.o.) wystawione przez PZU S.A. obejmujące swym zakresem ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej. Z analizy tych dwóch dokumentów

przeprowadzonej przez Odwołującego wynika jednak, iż obie polisy obejmują swym zakresem jedynie podstawowe zakresy ubezpieczenia wynikające z właściwych im ogólnych warunków ubezpieczenia (dalej: „OWU PZU”). Z analizy tychże wynika z kolei, iż polisy przedstawione w ofercie przez Konsorcjum Computex nie potwierdzają spełniania postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu, ponieważ nie obejmują one elementów związanych z przedmiotem zamówienia. I tak, z § 9 pkt 11 OWU PZU wynika, iż ubezpieczyciel nie odpowiada za szkody związane z naruszeniem praw własności intelektualnej. Z § 9 pkt 4 OWU PZU wynika ponadto, iż ubezpieczyciel nie odpowiada także za szkody powstałe w mieniu powierzonym, które stanowiło przedmiot obróbki, naprawy, czyszczenia lub innych czynności w ramach usług o podobnym charakterze wykonywanych przez ubezpieczonego.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że polisy wystawione przez PZU S.A. nie obejmują dodatkowych klauzul wynikających z OWU PZU, a mających zastosowanie do przedmiotowego zamówienia: klauzuli 13 („Rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody wyrządzone przez podwykonawców bez prawa do regresu”), klauzuli 19 („Rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody poniesione przez producenta produktu finalnego wskutek wadliwości produktów dostarczonych przez ubezpieczonego”), klauzuli 20 („Rozszerzenie zakresu odpowiedzialności o szkody wyrządzone osobie trzeciej polegające na poniesieniu kosztów zlokalizowania, usunięcia, demontażu lub odstonięcia wadliwych, produktów oraz na montaż, umocowanie lub położenie produktu bez wad”).

Wobec powyższego Odwołujący skonstatował, że nie są spełnione wymagania Zamawiającego postawione w warunku udziału w Postępowaniu, zaś na poparcie takiego wniosku odwołał się do opinii UZP oraz orzecznictwa KIO. W konsekwencji, Odwołujący stwierdził, że naruszony został przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, bowiem Konsorcjum Computex – pomimo niewykazania, z wyżej wskazanych przyczyn, spełniania warunków udziału w Postępowaniu – nie zostało wykluczone.

Jedynie z ostrożności, pomimo zakwestionowania przez Odwołującego możliwości zastosowania *ad casum* przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, zarzucił on Zamawiającemu naruszenie tej regulacji. Wyraża się ono – zdaniem Odwołującego – zaniechaniem wezwania Konsorcjum Computex do uzupełnienia oferty o prawidłową polisę lub inny dokument określony w Rozdziale X ust. 5 lit. a) SIWZ, potwierdzający spełnianie omawianego warunku udziału w Postępowaniu.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Odwołujący oświadczył, że Konsorcjum Computex zaoferowało w ofercie jako „Komputer stacjonarny typ I wyposażony w dwa monitory” urządzenia Fujitsu Esprimo E720

E85+, które są niezgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Zgodnie bowiem z pkt 2 ppkt 14 OPZ, odnoszącym się do tej kategorii sprzętu wymóg miał brzmienie: „[...]Zasilacz o mocy nie większej niż 250 W, wydajności minimum 85% (przy 50% obciążenia). Oferowany zasilacz musi spełniać wymogi specyfikacji technicznej normy Energy Star lub równoważne (**) – wystarczającym jest wypełnienie przez Wykonawcę pola w kolumnie obok, poprzez np. „tak” lub „spełnia”.[...]”. Tymczasem – w opinii Odwołującego – z załączonych do oferty Konsorcjum Computex dokumentów (str. 36 oferty) wynika, że wskazany powyżej model komputera oferowany jest wyłącznie z zasilaczem 280W, co ujawnia niezgodność z cytowanym powyżej wymogiem OPZ, w zakresie mocy tego urządzenia. Podobnie rzecz ma się z komputerem stacjonarnym typ II, gdyż postanowienie w odnoszącym się do niego pkt 3 ppkt 14 OPZ ma brzmienie identyczne, jak cytowany powyżej pkt 2 ppkt 14 OPZ.

Powyższe znajduje, zdaniem Odwołującego, potwierdzenie również w treści pisma producenta sprzętu z dnia 18 kwietnia 2014 r. (załącznik do pisma Konsorcjum Computex z dnia 18 kwietnia 2014 r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty), przedłożonego przez Konsorcjum Computex, w którym stwierdzono, że maksymalna, ciągła moc zasilacza wynosi 250W, natomiast wartość 280W to moc chwilowa (przebieciowa), którą można utrzymać zaledwie przez 20 sekund. Tym samym stwierdzone zostało, że maksymalna moc zasilacza wynosi 280W, nie zaś 250W. Tożsamy wniosek płynie również, w przekonaniu Odwołującego, z oficjalnej karty produktowej ww. urządzeń (str. 5 karty), której fragment został przytoczony przez niego w treści odwołania.

Następnie Odwołujący wskazał na treść pkt 11 ppkt 1 i OPZ zawierającego opis minimalnych wymagań konsoli TFT. Zaoferowane przez Konsorcjum Computex urządzenie (KSR-11708-LED-CF marki Broadrack) jest niezgodne z SIWZ, bowiem nie spełnia wymagania posiadania klawiatury 87-92 klawiszy oraz 2-przyciskowego touchpada z przewijaniem. Jest ono bowiem – zgodnie z kartą produktową – wyposażone w klawiaturę ze złączem PS/2 ze 106 przyciskami i touchpadem.

Finalnie, w zakresie uzasadnienia omawianego zarzutu, Odwołujący stwierdził, że według jego najlepszej wiedzy Konsorcjum Computex – wbrew zobowiązaniu wynikającemu z pkt 1 ppkt 20 OPZ – dokumentu SST oferowanego serwera. Podkreślił przy tym, że wymaganie przedłożenia w ofercie tego dokumentu jest niezależne od wymagania załączenia do oferty wypełnionego OPZ. Treść oferty, rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (art. 66 § 1 K.c.), miała obejmować zarówno wypełniony OPZ, jak i SST oferowanego serwera. Odwołujący zaznaczył jednocześnie, że SST nie jest dokumentem, o którym mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, a swoje stanowisko wsparł

orzecnictwem Izby. Stwierdził ponadto, że według jego najlepszej wiedzy Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Computex do uzupełnienia oferty w tym zakresie. Nawet gdyby jednak tak uczynił, to takie uzupełnienie byłoby bezskuteczne, naruszałoby bowiem art. 26 ust. 3 Pzp i nie mogłoby być brane pod uwagę przy ocenie oferty. Oferta bez przedłożonej pierwotnie w jej treści SST oferowanego serwera powinna, w ocenie Odwołującego, zostać odrzucona. Zaniechanie przez Zamawiającego tej czynności jest niezrozumiałe tym bardziej, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu odrzucił ofertę innego wykonawcy opierając się na braku możliwości uzupełnienia treści oferty i wskazując w uzasadnieniu na wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt 1266/13, którego argumentacja potwierdza w istocie również konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum Computex.

Odwołujący podsumował, że powyższe okoliczności uzasadniają zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 4 i 8

Zdaniem Odwołującego także Comp S.A. nie wykazała spełnienia przytoczonych w niniejszym odwołaniu wymagań dotyczących ubezpieczenia (Rozdział IX pkt 7 lit. a) SIWZ, Rozdział X pkt 5 lit. a) SIWZ). Zwrócił uwagę na nie spełnianie ww. warunku w dwóch płaszczyznach. Z przedłożonych przez Comp S.A. dokumentów dotyczących ubezpieczenia wynika, iż ubezpieczenie:

- nie obejmuje działalności związanej z przedmiotem zamówienia;
- mimo, iż zamawiający określił wartość ubezpieczenia na poziomie nie mniejszym niż 10.000.000,00 zł, to polisa przedstawiona przez Comp S.A. posiada podlimity ograniczające wysokość ubezpieczenia, a odnoszą się one do podstawowej działalności i związanej ściśle z przedmiotem zamówienia.

Na uzasadnienie pierwszej z ww. okoliczności Odwołujący podał, że zgodnie z § 4 Ogólnych warunków ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zatwierdzonych uchwałą Zarządu Allianz nr 86/2010 z (dalej: „OWU Allianz”) zakres ubezpieczenia nie obejmuje i ubezpieczyciel nie odpowiada za szkody:

„[...]”

17. wyrządzone przez wszelkiego rodzaju wirusy komputerowe lub innego rodzaju programy zakłócające pracę jakiegokolwiek programu, komputera, sieci, telefonu, niezależnie od przyczyn ich pojawienia się, w tym związanych z Internetem lub korzystaniem z Internetu;
18. bezpośrednie lub pośrednie, będące następstwem niemożności odczytania lub nieprawidłowego odczytania daty, wynikające z faktu, że w komputerach, systemach komputerowych, oprogramowaniu komputerowym, procesorach komputerowych,

sprzęcie elektronicznym pola przechowujące liczbę roku są odtwarzane z niewystarczającą liczbą znaków, co prowadzi do braku możliwości znalezienia, zapamiętania, zapisywania lub przetwarzania jakichkolwiek danych będących następstwem przetwarzania daty; niniejsze wyłączenie dotyczy również produktów i usług, które mają na celu rozpoznawanie, usuwanie lub sprawdzanie potencjalnych i aktualnych zagrożeń mogących wystąpić w związku z opisanymi w tym punkcie problemami;

[...].”

W związku z drugą z okoliczności Odwołujący podał, że, co prawda, polisa Comp S.A. rozszerza zakres ubezpieczenia o dodatkowe klauzule względem wariantu podstawowego, określonego przez polisę oraz OWU Allianz, niemniej jednak, dla tych klauzul określone są podlimity niezgodne sumą ubezpieczenia określoną w SIWZ (nie mniej niż 10.000.000,00 zł). Powołał się na brzmienie klauzuli 4 („Włączenie odpowiedzialności za szkody w rzeczach stanowiących przedmiot obróbki, czyszczenia, naprawy, serwisu, pakowania lub innych czynności wykonywanych w ramach usług prowadzonych przez Ubezpieczonego”) z podlimitem 3.000.000,00 zł za jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia, klauzuli 11 („Włączenie odpowiedzialności za szkody poniesione przez osoby trzecie na dalsze przetworzenie lub dalszą obróbkę wadliwych produktów dostarczonych przez Ubezpieczonego bez ich łączenia lub mieszania z innymi wyrobami, jeżeli produkt końcowy powstający w wyniku przetworzenia lub dalszej obróbki nie może być sprzedany”) z podlimitem 3.000.000,00 zł za jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia i klauzuli nr 7 („Włączenie odpowiedzialności za czyste szkody majątkowe”) z podlimitem 200.000,00 zł za jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że w omawianej polisie ustalono również podlimit 300.000,00 zł za jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia z tytułu naruszenia praw autorskich, licencji, znaków towarowych, nazw fabrycznych oraz danych osobowych. Zauważył ponadto, że dodatkowa klauzula rozszerzająca zakres ochrony ubezpieczeniowej o odpowiedzialność cywilną projektanta lub wykonawcę systemów komputerowych ograniczona jest o wyłączenia:

„[...]”

1. wynikłe z przekroczenia harmonogramu prac i kosztorysów wszelkiego rodzaju,

(...)

4. wynikłe z niewykonywania właściwych testów lub prób oprogramowania,

(...)

6. wynikłe z utraty danych lub informacji wskutek przypadkowego lub przedwczesnego ich usunięcia albo wysłania pod niewłaściwy adres w czasie ich wymiany;

7. wynikłe z wprowadzenia do systemu wirusów lub zmodyfikowanych programów przez osoby nieposiadających odpowiednich uprawnień, [...]”.

Odwołujący podsumował, że polisa przedstawiona przez Comp S.A. ma – z uwagi na omówione ograniczenia – pozorny charakter i nie potwierdza spełniania warunku udziału w Postępowaniu, co skutować winno wykluczeniem tego wykonawcy. Generalnie zaprzeczył przy tym możliwości zastosowania do niej procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, wskazując – jedynie z ostrożności – na naruszenie tego przepisu, wyrażające się zaniechaniem wezwania Comp S.A. do uzupełnienia oferty o prawidłową polisę lub inny dokument, które zgodne byłyby z wymogami SIWZ i potwierdzałyby spełnianie warunku udziału w Postępowaniu.

Uzasadnienie zarzutu nr 5:

Odwołujący podkreślił, że obowiązkiem wykonawców było nie tylko złożenie wypełnionego OPZ (na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymogi SIWZ), ale również – na podstawie pkt 1 ppkt 20 OPZ – SST oferowanych serwerów. Stwierdził, że wymaganie jej przedłożenia jest niezależne od konieczności wypełnienia i złożenia wraz z ofertą OPZ. Treść oferty miała bowiem obejmować oba te dokumenty. Tymczasem, według najlepszej wiedzy Odwołującego, Comp S.A. nie przedłożył do oferty ww. dokumentu, a nie może być on uzupełniany w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp z przyczyn, o których mowa była powyżej (zob. uzasadnienie zarzutu nr 3).

Zamawiający – ustosunkowując się na piśmie do zarzutów odwołania – wniósł o jego oddalenie w oparciu o niżej wskazaną argumentację.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 i 9 dotyczącego polis przedłożonych przez Konsorcjum Computex wskazał na cel żądania tych dokumentów. Jest nim bowiem ocena, czy wykonawcę stać na ubezpieczenie działalności gospodarczej, nie zaś zapewnienie zamawiającemu ubezpieczenia kontraktu, o którego zawarcie ubiegają się wykonawcy. Wobec powyższego podkreślił, że przedmiotem jego badania były dwie kwestie: (1) czy wykonawca posiada ubezpieczenie obejmujące określony zakres działalności – czy zakres przedmiotowy ochrony ubezpieczeniowej obejmuje zakres prowadzonej działalności oraz (2) czy zakres działalności objęty ubezpieczeniem jest związany z przedmiotem zamówienia. Podkreślił, że skoro przedmiotem zamówienia jest dostawa i instalacja sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem, Konsorcjum Computex taką działalnością się trudni i przedstawiło polisy dotyczące prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę łączną określoną w postanowieniach SIWZ, to warunek udziału w postępowaniu spełniło. Zamawiający w dalszej kolejności odniósł się do wyłączeń odpowiedzialności

ubezpieczyciela opisanych szczegółowo w treści odwołania oceniając je, jako niestanowiące ograniczenia przedmiotowego zakresu ubezpieczenia (wyłączenia określonej części działalności ubezpieczonego spod zakresu ubezpieczenia). Dodał, że wymienione przez odwołującego wyłączenia ochrony ubezpieczeniowej mogłyby być ewentualnie rozpatrywane w kontekście braku dostatecznego ubezpieczenia kontraktu, a więc już na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na odparcie zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, że powziąwszy wątpliwość dotyczącą mocy zasilacza w oferowanych przez Konsorcjum Computex komputerach zwrócił się do niego z wnioskiem o wyjaśnienie tego aspektu treści oferty. W odpowiedzi uzyskał od ww. oświadczenie o zgodności oferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ oraz wyjaśnienie, że wskazana w ulotce producenta wartość 280W mocy zasilacza odnosi się do tzw. „mocy chwilowej (przebieciowej)”, która pojawia się na krótko, np. w momencie włączania komputera, natomiast moc maksymalna tego komponentu komputera wynosi 250W. Zamawiający podkreślił, że dokonując interpretacji postanowienia zawartego w pkt 2 ppkt 14 i pkt 3 ppkt 14 OPZ kierował się względami wykładni funkcjonalnej oraz koniecznością równego traktowania wykonawców przyjmując ostatecznie, że odnoszą się one do tzw. „mocy ciągłej”, na której pracuje zasilane urządzenie. Podkreślił, że taki sposób rozumowania uwzględnia również osiągnięcie przez niego założonego celu w postaci ograniczenia energochłonności przez zakupywane urządzenia. Powołał się również na brak standaryzacji w oznaczaniu przez producentów zasilaczy ich mocy co powoduje, że niektóre modele oznaczane są poprzez wskazanie w specyfikacji i na tabliczce znamionowej zarówno mocy przebieciowej jak również mocy ciągłej, niektóre przez wskazanie wyłącznie mocy przebieciowej a jeszcze inne poprzez podanie wyłącznie mocy ciągłej. Powoduje to niemożliwość ustalenia czy parametr określony przez producenta w specyfikacji technicznej komputera jako maksymalna moc zasilacza (ang. *maximum power supply wattage*) jest parametrem mocy chwilowej (przebieciowej) czy mocy ciągłej. Tak więc w celu zapewnienia równego traktowania wykonawców, biorąc pod uwagę wpływ spełnienia danego wymagania na realizację uzasadnionych potrzeb Zamawiającego poprawnym jest przyjęcie, że warunek ten należy rozumieć jako maksymalną moc (ciągłą) zasilacza.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferowanej konsoli TFT z wymogami SIWZ Zamawiający nie zakwestionował okoliczności, że oferta Konsorcjum Computex dotyczy urządzenia z klawiaturą wyposażoną w 106 przycisków. Podkreślił jednak, że postanowienie pkt 11 ppkt 1 OPZ miało charakter wymagania minimalnego, wobec czego – biorąc pod uwagę chociażby preferencje przeciętnego użytkownika takiego urządzenia – większą funkcjonalność zapewnia klawiatura wyposażona w większą liczbę klawiszy (wynika ona najczęściej z wyposażenia klawiatury w część numeryczną).

Odnosząc się do kwestii niezłączenia SST oferowanego serwera Zamawiający zasadniczo powielił argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 883/14 (podobnie w przypadku zarzutu nr 5 dotyczącego Comp S.A.).

Tytułem repliki na zarzuty nr 4 i 8 Zamawiający ponownie podkreślił, że wymienione w treści odwołania ograniczenia zakresu ubezpieczenia i podlimity na poszczególne rodzaje wypadków ubezpieczeniowych w polisie przedstawionej przez Comp S.A. nie stanowią ograniczenia przedmiotowego zakresu ubezpieczenia (wyłączenia określonej części działalności ubezpieczonego spod zakresu ubezpieczenia). Zaznaczył, że Odwołujący błędnie utożsamia wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu z ubezpieczeniem realizacji zobowiązań wykonawcy wynikających z zawartej umowy.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przystąpienia zgłosili Konsorcjum Computex i Comp S.A., natomiast po stronie Odwołującego – Decsoft S.A. i Konsorcjum Maxto. Zgłoszenia przystąpienia nastąpiły z zachowaniem wymogów, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp. Przystępujący poparli stanowisko strony, do której zgłosili przystąpienia.

W toku posiedzenia Odwołujący – wobec wniosku formalnego Comp S.A. o sprecyzowanie zarzutu dotyczącego niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ, opartego na braku dokumentu w postaci SST oferowanego serwera i dokonaniu przez Izbę sprawdzenia niejawną część oferty Comp S.A., w wyniku którego potwierdziło się, że dokumenty takie zostały przez ww. złożone wraz z ofertą – cofnął opisany powyżej zarzut nr 5.

Na rozprawie Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści OWU InterRisk (dot. Konsorcjum Computex) i OWU Allianz (dot. Comp S.A.) argumentując, że wskazane w ich treści wyłączenia i ograniczenia odpowiedzialności (w szczególności określone w § 4 pkt 21 i 22 oraz § 5 pkt 2 OWU InterRisk oraz § 4 ust. 1 pkt 17 i 18 OWU Allianz) czynią ochronę ubezpieczeniową, a w konsekwencji także spełnianie warunku udziału w postępowaniu, iluzorycznymi, jako że odnoszą się do zdarzeń, które związane są ściśle z przedmiotem zamówienia.

W kwestii konsoli TFT Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wydruku dokumentacji technicznej urządzenia zaoferowanego przez Konsorcjum Computex potwierdzającego, że jest ona wyposażona w klawiaturę ze 106 przyciskami. Zaakcentował również, że wymóg ten był przedmiotem pytań wykonawców, a Zamawiający konsekwentnie go podtrzymywał, o czym świadczy odpowiedź na pytanie 15 (pismo z dnia 15 stycznia 2014 r.) i na pytanie 2 (pismo z dnia 24 stycznia 2014 r.).

Zamawiający podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu klawiatury konsoli TFT podkreślił dodatkowo, że wskazana w treści OPZ ilość klawiszy określona w przedziale 87-92 charakteryzuje standardową klawiaturę komputerową. Zamawiający w ten sposób interpretuje ten wymóg SIWZ, że każda klawiatura posiadająca więcej niż 92 przyciski jest lepsza o tyle, że staje się bardziej funkcjonalna dla jej użytkownika. Wskazał również, że urządzenie owo występuje w dwóch wersjach, różniących się właśnie ilością przycisków na klawiaturze, tym niemniej Konsorcjum Computex zaoferowało mu tą wersję, która spełnia sporny wymóg wynikający z OPZ.

Decsoft S.A. ograniczył się na rozprawie do poparcia argumentacji Odwołującego.

Konsorcjum Maxto – uzupełniając niejako stanowisko Odwołującego – zasygnalizowało, że skoro zakwestionowane przez niego polisy ubezpieczeniowe miały potwierdzać spełnianie wymagania dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, to należałoby przyjąć, że zapewnienie sobie ochrony ubezpieczeniowej z licznymi ograniczeniami i podlimitami, na które w treści odwołania wskazał Odwołujący, nie potwierdza spełniania warunku udziału w Postępowaniu, chociażby z uwagi na niższą składkę ubezpieczeniową należną od takich umów. W zakresie konsoli TFT podkreśliło dodatkowo, że zgodnie z treścią OPZ ilość klawiszy klawiatury została określona w przedziale, którego wartości graniczne były sztywne.

Comp S.A. wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że rozpoznanie stawianego mu zarzutu winno sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy posiada on polisę w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej i związaną z przedmiotem zamówienia. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczenia TUiR Allianz Polska S.A. z dnia 16 maja 2014 r. na okoliczność wysokości sumy gwarancyjnej i brak zgłoszonych szkód w dacie wystawienia tego dokumentu.

Konsorcjum Computex także wniosło o oddalenie odwołania. Odnosząc się do kwestii ubezpieczenia stwierdziło, że nie było intencją ustawodawcy formułowanie na etapie składania ofert wymogu posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia kontraktu. Wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczenia InterRisk Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. na okoliczność zakresu ochrony ubezpieczeniowej wynikającej z przedłożonej Zamawiającemu polisy.

Odpierając zarzut dotyczący niewłaściwej mocy zasilacza zgłosiło wnioski dowodowe w postaci ekspertyzy Stowarzyszenia Elektryków Polskich z dnia 15 maja 2014 r. oraz Stowarzyszenia HL7 Polska na okoliczność posługiwania się przez producenta zaoferowanych przez Konsorcjum Computex komputerów dwoma wartościami w odniesieniu do mocy zasilacza oraz że moc ciągła zasilacza, o którą chodziło Zamawiającemu wynosi

250W. Ponadto, na potwierdzenie spełniania przez zaoferowaną konsolę TFT wymagań technicznych z OPZ wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczenia producenta konsoli datowanego na 14 maja 2014 r., na okoliczność stwierdzenia, że na potrzeby Postępowania wyprodukuje on konsolę zaopatrzoną w 88-klawiszową klawiaturę.

Sygn. akt: KIO 904/14

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Computex do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Computex z Postępowania;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Computex do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Computex z Postępowania;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Computex pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
4. art. 92 ust 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Techelon sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Cube.ITG S.A. z siedzibą we Wrocławiu (zwanym dalej „Konsorcjum Techelon”) i tym samym zaniechanie wskazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, na podstawie których ww. wykonawca powinien zostać wykluczony, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona;
5. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Techelon na podstawie innych okoliczności faktycznych niż wskazane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym zaniechanie wskazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, na podstawie których ww. oferta powinna zostać odrzucona;
6. art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów Pzp) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy

wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp,
a także innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

W świetle powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Techelon;
4. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Computex;
ewentualnie, w przypadku nie podzielenia argumentacji dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Computex,
5. wezwania Konsorcjum Computex do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a w przypadku ich nieuzupełnienia – wykluczenia Konsorcjum Computex z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
6. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem jest wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta została zakwalifikowana na piątym miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wytkniętych w *petitum* odwołania przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta złożona przez Konsorcjum Computex zostałaby odrzucona, a oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Computex – pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ – naruszył interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Tym samym, Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą i może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z sekcją III.2.1) pkt 5 ogłoszenia o zamówieniu „[...]w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (ust. 2 pkt. 2) powyżej), Zamawiający wymaga wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) następujących głównych dostaw sprzętu, odpowiadającego przedmiotowi zamówienia:

- 1) wykonanie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanie, co najmniej 2 (dwóch) dostaw sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem serwisowym i biurowym o wartości minimum 2.000.000,00 zł (dwóch milionów złotych) netto (bez VAT) każda, przy czym:
 - a) każda dostawa musi obejmować co najmniej dostarczenie i instalację w siedzibie Zamawiającego serwerów;
 - b) przynajmniej jedna z dostaw obejmowała dostawę i instalację serwerów oraz dostawę sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem w co najmniej 20 lokalizacjach. Pod pojęciem 20 różnych lokalizacji Zamawiający rozumie 20 różnych miejscowości;
 - c) w ramach każdej z dostaw wskazanych powyżej, Wykonawca zobowiązany był do świadczenia usług serwisu gwarancyjnego przez okres co najmniej jednego roku (wymaganie będzie uznane za spełnione również w przypadku gdy usługi serwisu gwarancyjnego świadczone były przez producenta sprzętu).[...].”

Następnie wskazał, że do oferty złożonej przez Konsorcjum Computex załączony został wykaz wykonanych dostaw, który nie potwierdza cytowanego powyżej warunku udziału w Postępowaniu, bowiem:

1. poz. nr 1 wykazu (dostawa zrealizowana dla One System sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie): Zamawiający wymagał, aby w ramach każdej z dostaw wskazanych w wykazie, wykonawca zobowiązany był do świadczenia usług serwisu gwarancyjnego przez okres co najmniej jednego roku. W kolumnie 3 wykazu, jako dzień zakończenia dostawy, wskazano 31 grudnia 2013 r. Dokument potwierdzający należyte wykonanie tej usługi został wystawiony w dniu 23 stycznia 2014 r., a zatem po upływie 23 dni od dnia zakończenia dostawy. Data zakończenia dostawy (31 grudnia 2013 r.) wskazuje, że do upływu terminu składania ofert tj. do dnia 30 stycznia 2014. usługa serwis gwarancyjnego była świadczona przez okres krótszy niż jeden rok (pomiędzy datą zakończenia dostawy, a datą składania ofert upłynęło jedynie 30 dni). Załączony do wykazu list referencyjny nie potwierdza należytego świadczenia serwis gwarancyjnego przez okres co najmniej jednego roku.
2. poz. nr 2 wykazu (dostawa zrealizowana dla Konsorcjum: Maxto M..... S..... T..... W..... sp. j. i Asseco Poland sp. z o.o.) – z wykazu nie wynika, że w ramach dostawy Wykonawca zobowiązany był do świadczenia usług serwisu gwarancyjnego przez okres co najmniej jednego roku. Dostawa została wykonana 13 stycznia 2012 r., natomiast list referencyjny został wystawiony w dniu 30 stycznia 2012 r. co oznacza, że potwierdza on

jedynie należyte wykonanie dostawy (nie obejmuje co najmniej rocznego serwisu gwarancyjnego).

Odwołujący dodał, że z wykazu nie wynika ponadto, która z ww. dostaw obejmowała dostawę i instalację serwerów oraz dostawę sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem serwisowym i biurowym w co najmniej 20 lokalizacjach.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Zgodnie z sekcją III.2.1) pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu: „[...]W zakresie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (ust. 2 pkt. 3) powyżej), Zamawiający wymaga wykazania się przez Wykonawcę dysponowaniem w czasie realizacji zamówienia:

- 1) zespołem osób zdolnych do wykonania prac montażowych, instalacyjnych oraz uruchomienia dostarczonego sprzętu i oprogramowania, w tym co najmniej trzema specjalistami, z których każdy spełnia łącznie następujące wymagania (pracownicy kluczowi):
 - a) posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie w zakresie montażu i instalacji serwerów, routerów, przełączników, urządzeń bezpieczeństwa;
 - b) posiada wiedzę i kwalifikacje potwierdzone uzyskanymi certyfikatami lub zaświadczeniami o zdanym egzaminie, lub oświadczeniem producenta sprzętu - w zakresie sprzętu oferowanego przez Wykonawcę.

Ocena spełnienia powyższego warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w Rozdziale X ust. 4 SIWZ.[...].

Odwołujący zauważył przy tym, że we wzorze wykazu (pkt 1 pod tabelą) Zamawiający zastrzegł, że w kolumnie 3 wykazu („Doświadczenie/kwalifikacje zawodowe/wykształcenie”) wykonawca powinien zamieścić „[...]Wskazanie usług, w realizacji których uczestniczyła dana osoba, w tym w szczególności wskazanie podmiotu, na rzecz którego świadczona była dana usługa, wartości przedmiotu usługi (w przypadku usług dotyczących doradztwa prawnego w zakresie zamówień publicznych przez wartość przedmiotu usługi rozumie się wartość zamówienia publicznego ustaloną przez Zamawiającego na podstawie art. 35 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w przypadku doradztwa prawnego, których przedmiotem było przygotowanie projektu umowy dotyczącej stworzenia i/lub wdrożenia programu komputerowego i/lub systemu informatycznego przez wartość przedmiotu usługi rozumie się wartość przedmiotu umowy oraz zakres czynności, jakie dokonywała wskazana osoba w ramach realizacji danej usługi.[...]”. Tymczasem, w stosunku do osób wskazanych w załączonym do oferty Konsorcjum Computex wykazie osób, w poz. 2 i poz. od 7-11, nie wskazano – w opinii

Odwołującego – podmiotu, na rzecz którego świadczona była usługa, w realizacji której uczestniczyła dana osoba. Ponadto, w stosunku do żadnej ze wskazanych w wykazie osób nie podano przedmiotu usług, w realizacji których uczestniczyła dana osoba, wartości przedmiotu usługi oraz zakresu czynności, jakie dokonywała wskazana osoba w ramach realizacji danej usługi. Odwołujący podniósł, że tym samym Konsorcjum Computex nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.1) pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu, tj. dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Odwołujący podniósł, że Zamawiający – pismem z dnia 16 kwietnia 2014 r. – wezwał Konsorcjum Computex, na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że w załączonym do niej OPZ (pkt 2 oraz pkt 3 – odpowiednio: komputer stacjonarny typ I i II), Konsorcjum Computex zaoferowało urządzenie Fujitsu Esprimo E720 E85+. W OPZ (pkt 2 ppkt 14, pkt 3 ppkt 14) Zamawiający określił maksymalną moc dla zasilacza oferowanych urządzeń na nie większą niż 250W. W dostępnej na stronach internetowych producenta zaoferowanych komputerów specyfikacji technicznej określono wartość tego parametru zasilacza na 280W, podczas gdy Konsorcjum Computex oświadczyło w odpowiednich pozycjach OPZ, że spełnia wymóg dotyczący maksymalnej mocy zasilacza. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 18 kwietnia 2014 r., Konsorcjum Computex poinformowało, że „[...]zaoferowany model komputera Fujitsu Esprimo E720 E85+ zostanie dostarczony z zasilaczem spełniającym wymagania SIWZ, tj. o mocy nie większej niż 250W[...]”, na dowód czego do korespondencji załączono oświadczenie producenta wraz ze zdjęciem oferowanego zasilacza. We wspomnianym oświadczeniu producenta – Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wskazano, że „[...]zaoferowany przez konsorcjum firm Computex Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum) Techsource Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) w ww. postępowaniu model komputera Fujitsu Esprimo E720 E85+ spełnia wymagania SIWZ, ponieważ maksymalna moc zasilacza wynosi 250W. W załączeniu przedstawiamy zdjęcie zasilacza wraz z tabliczką znamionową, z której wynika jednoznacznie, że maksymalna ciągła moc zasilacza wynosi 250W („MAX CONTINUOUS OUTPUT POWER...”), a wartość 280W („MAX SURGE OUTPUT POWER...”) to moc chwilowa (przeciążeniowa), którą można utrzymać zaledwie przez 20 sekund. Chodzi głównie o chwilowe przeciążenie powstałe np. w momencie uruchomienia komputera.[...]”. Odwołujący skonstatował, że z przedłożonego przez Konsorcjum Computex oświadczenia producenta Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jednoznacznie wynika, że maksymalna moc dla zasilacza oferowanych urządzeń jest większa niż 250W, gdyż może wynosić maksymalnie 280W. W konsekwencji oferta

Konsorcjum Computex winna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, a skoro tak się nie stało, to zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 4 i 5

Odwołujący podniósł, że Zamawiający – odrzucając ofertę złożoną przez Konsorcjum Techelon – nie wskazał wszystkich uchybień, które w niej występują, a ewentualna ponowna ocena ofert może uniemożliwić Odwołującemu ich wskazanie ze względu na uchybienie terminowi. Brak możliwości wskazania uchybień w ww. ofercie na późniejszym etapie Postępowania spowoduje, w przekonaniu Odwołującego, powstanie szkody po jego stronie, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Odwołujący wskazał, że przedstawiona koncepcja znajduje wyraz w orzecznictwie Izby, w którym akcentuje się konieczność odrzucania odwołań wykonawców pierwotnie wybranych z dalszych miejsc niż pierwsze (oferty wykonawców z wcześniejszych miejsc pierwotnie były odrzucone) na czynność wyboru ofert „wykonawcy przywróconego do postępowania”, wskazujących na inne uchybienia, niż w pierwotnej decyzji o odrzuceniu takiej oferty.

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał, że odrzucił ofertę Konsorcjum Techelon na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ wykonawca ów nie załączył uzupełnionej tabeli parametrów środowiskowych wymaganej postanowieniami OPZ. Powyższy brak nie jest jednak jedynym uchybieniem występującym w ofercie Konsorcjum Techelon. Zaoferowało ono bowiem komputer Fujitsu Esprimo E720 E85+, czyli ten sam komputer, co Konsorcjum Computex. Zatem, tak jak w przypadku Konsorcjum Computex, zaoferowany przez Konsorcjum Techelon zasilacz ma moc większą niż 250W (jego maksymalna moc to w rzeczywistości 280W), a zatem nie odpowiada określonym przez Zamawiającego wymaganiom, co winno skutkować odrzuceniem złożonej przez niego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Ponadto, do oferty złożonej przez Konsorcjum Techelon załączony został wykaz wykonanych dostaw, który nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, z przyczyn wskazanych poniżej:

1. poz. nr 1 wykazu (dostawa zrealizowana dla Warmińsko-Mazurskiego Związku Pracodawców Prywatnych w Olsztynie): Zamawiający wymagał, aby w ramach w ramach każdej z dostaw wskazanych w wykazie, wykonawca zobowiązany był do świadczenia usług serwisu gwarancyjnego przez okres co najmniej jednego roku. Jako datę wykonania dostawy wskazano 10 maja 2011 r. – 20 czerwca 2011 r. Załączony do wykazu list referencyjny został wystawiony w dniu 28 czerwca 2011 r., czyli po upływie 8 dni od daty wykonania dostawy. List ten nie

potwierdza zatem należytego świadczenia serwis gwarancyjny przez okres co najmniej jednego roku.

2. poz. nr 2 wykazu (dostawa zrealizowana dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego): Zamawiający wymagał, aby w ramach w ramach każdej z dostaw wskazanych w wykazie, wykonawca zobowiązany był do świadczenia usług serwisu gwarancyjnego przez okres co najmniej jednego roku. Jako datę wykonania dostawy wskazano 20 sierpnia 2012 r. – 19 marca 2013 r. Data zakończenia dostawy (19 marca 2013 r.) wskazuje, że do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 30 stycznia 2014 r. usługa serwisu gwarancyjnego była świadczona przez okres krótszy niż jeden rok, gdyż była ona świadczona jedynie przez 10 miesięcy. Ponadto, załączone do wykazu referencje zostały wystawione w dniu 20 maja 2013 r., czyli po upływie 2 miesięcy od daty wykonania dostawy. Referencje te nie potwierdzają zatem należytego świadczenia serwisu gwarancyjnego przez okres co najmniej jednego roku.

Zamawiający – wnosząc o oddalenie odwołania w całości – argumentował w następujący sposób.

Kwestionując zasadność zarzutu nr 1 wskazał, że zgodnie z literalną wykładnią cytowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ wymagane było, żeby wykonawca wykazał, że w ramach każdej z dostaw wskazanych w załączonym do oferty wykazie zobowiązany był do świadczenia usług serwisu gwarancyjnego przez okres co najmniej jednego roku. Podkreślił, że Odwołujący błędnie utożsamia ten wymóg z koniecznością zakończenia świadczenia usług gwarancyjnych trwających przynajmniej przez okres jednego roku w ramach każdej z dostaw. Co więcej, zarzut, że z załączonego przez Konsorcjum Computex wykazu dostaw nie wynika, która z nich obejmowała dostarczenie i instalację serwerów oraz sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem serwisowym i biurowym w co najmniej 20 lokalizacjach stoi w sprzeczności z treścią informacji zawartej pod poz. 1 wykazu, z której wynika, że wskazane tam zamówienie zrealizowane zostało w 35 lokalizacjach na terenie całego kraju. Wobec tego nie zaistniała – w ocenie Zamawiającego – konieczność wzywania Konsorcjum Computex do uzupełniania dokumentów przedmiotowych.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do potencjału kadrowego przedstawionego przez Konsorcjum Computex Zamawiający stwierdził, że Odwołujący błędnie utożsamia opis tego warunku (Rozdział XI pkt 6 SIWZ) ze wskazaniem przykładowego sposobu wypełnienia załącznika zawierającego wzór wykazu osób (załącznik nr 4 do SIWZ). Zamawiający ocenił, że przedstawione przez Konsorcjum Computex w wykazie osób informacje były wystarczające do uznania jego wymagań za spełnione.

Argumentując z kolei bezzasadność zarzutu dotyczącego mocy zasilacza komputerowego powielił stanowisko zajęte w tej materii w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 900/14.

W odpowiedzi na zarzuty dotyczące Konsorcjum Techelon Zamawiający stwierdził, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp w sytuacji, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu nie ma on obowiązku badania istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z Postępowania. Dodał, że zarzuty Odwołującego podlegają oddaleniu z tych samych przyczyn, co omówione powyżej, w odniesieniu do zarzutów Konsorcjum Copmutex (spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia) oraz złożonej przez nie oferty (niezgodność mocy maksymalnej zasilacza z wymogiem wynikającym z treści OPZ).

Na rozprawie Zamawiający dodał, że Odwołujący nie był legitymowany do wniesienia odwołania, z uwagi na upływ terminu związania ofertą.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum Computex, natomiast po stronie Odwołującego – Comarch Polska S.A., Decsoft S.A. i Konsorcjum Maxto. Zgłoszenia przystąpień nastąpiły z zachowaniem wymogów, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp. Przystępujący poparli stanowisko strony, do której zgłosili przystąpienia.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał w całości argumentację zawartą w odwołaniu, a nadto stwierdził, co następuje.

W związku z zarzutem braku legitymacji oświadczył, że w przepisach Pzp brak jest podstaw do odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy, który nie przedłużył terminu związania ofertą. W odniesieniu do mocy zasilacza podkreślił, że dokumenty przedłożone przez Konsorcjum Computex do sprawy KIO 900/14 potwierdzają wniosek, że moc maksymalna zasilacza komputerowego Fujitsu przekracza maksymalną, określoną przez Zamawiającego, moc. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści pisma Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. z dnia 15 maja 2014 r. na okoliczność rozumienia postanowień SIWZ i konsekwencji posłużenia się w jej treści sformułowaniem „moc maksymalna”. Zaznaczył, że nie jest jego kompetencją analizowanie powodów zamieszczenia w treści SIWZ określonych wymogów, które – co ważne – znajdują racjonalne wytłumaczenie. Podkreślił, że gdyby SIWZ referowała do pojęć „mocy znamionowa”, „moc nominalna”, to przełożyłoby się to na ceny ofert.

Konsorcjum Maxto, wnosząc o uwzględnienie odwołania, podkreśliło, że zamawiający odstąpił od własnych wymagań dotyczących sposobu wypełnienia tabeli z wykazem osób. Wskazało, że wykonawcy mieli obowiązek zastosowania się do instrukcji zawartej pod

wzorem tabeli, nawet jeśli informacje tam wymienione nie dotyczyły spełniania warunku udziału w Postępowaniu, ponieważ służyły one uwiarygodnieniu wykonawcy w oczach Zamawiającego. W zakresie wykazu dostaw przedłożonego przez Konsorcjum Computex podkreśliło dodatkowo, że jeżeli przyjąć zapatrywanie Zamawiającego odnośnie braku konieczności wykonania usługi serwisowej w całości, to należało potraktować ją jak usługę ciągłą z konsekwencjami w kwestii terminu wystawienia poświadczenia jej należytego wykonywania, wynikającymi z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231).

Comarch Polska S.A. i Decsoft S.A. ograniczyli wsparcie stanowiska Odwołującego do podtrzymania wniosku o uwzględnienie odwołania.

Konsorcjum Computex – kwestionując zasadność zarzutów dotyczących przedłożonego wykazu dostaw stwierdziło, że wymóg dotyczący usług gwarancyjnych uważał za spełniony wyłącznie przez zawarcie samej umowy na świadczenie takich usług na okres 12 miesięcy. Wniosło o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczeń osoby reprezentującej Dell sp. z o.o. na okoliczność spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Co zaś dotyczy drugiego warunku podmiotowego (potencjał kadrowy) przedstawił szereg oświadczeń mających potwierdzać, że osoby wskazane w wykazie osób spełniają wymagania wyszczególnione w pouczeniu znajdującym się pod treścią wzoru wspomnianego wykazu.

Sygn. akt: KIO 905/14

W dowołaniu sformułowano następujące zarzuty względem czynności Zamawiającego:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a Odwołujący wykazał, iż oferowany przedmiot spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, ewentualnie – art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia wypełnionego i podpisanego przez Wykonawcę uzupełnionego OPZ, służącego potwierdzeniu zgodności oferowanych produktów (oprogramowania) z wymaganiami technicznymi określonymi przez Zamawiającego, zaś z ostrożności – art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, iż treść oferty

złożonej przez Konsorcjum Computex odpowiada treści SIWZ;

3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z odrzuceniem odwołania;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum Computex,
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący, w zakresie przesłanek wniesienia odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, stwierdził że złożył w Postępowaniu ofertę, która nie podlegała odrzuceniu. Mimo to, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Computex, pomimo, iż treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ. Na skutek wskazanych czynności podjętych przez Zamawiającego, Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty korzyści związanych z realizacją zamówienia publicznego. W interesie Odwołującego pozostaje uzyskanie zgodnego z prawem rozstrzygnięcia, które pozwoli mu uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Na wstępie Odwołujący powołał się na postanowienie Rozdziału III pkt 11 SIWZ, zgodnie z którym „[...]Na podstawie art 25 ust 1 pkt 2 Ustawy, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą wypełnionego i podpisanego przez Wykonawcę uzupełnionego Załącznika nr 7 do niniejszej SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, który ma służyć potwierdzeniu zgodności oferowanych produktów (oprogramowania) z wymaganiami technicznymi zawartymi w „Opisie przedmiotu zamówienia” lub podpisanego przez Wykonawcę formularza w innej formie, opisanej w pkt 9 lit d Rozdziału X SIWZ.[...]”. Zgodnie z powyższym wymaganiem, Odwołujący złożył wraz z ofertą wypełniony OPZ potwierdzający, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie techniczne wymagania Zamawiającego, w tym wymagania odnośnie szaf teletechnicznych typu rack (pkt 6 OPZ, str. 25 i nast. Oferty Odwołującego). W dokumencie tym Odwołujący rzeczywiście omyłkowo nie wskazał producenta i modelu ofertowanych szaf. Zamawiający, w dniu 18 lutego 2014 r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący – pismem z dnia 20 lutego 2014 r. – wyjaśnił, iż omyłkowo nie podał powyższych informacji, a także wskazał prawidłową nazwę

zarówno producenta, jak i modelu oferowanych szaf. Odwołujący podkreślił, że wypełniony OPZ, jak wskazał na to Zamawiający w Rozdziale III pkt 11 SIWZ, jest jednym z dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. dokumentem składanym celem potwierdzenia spełniania przez oferowany przedmiot wymagań Zamawiającego. Dokument ten nie stanowi więc *sensu stricto* treści oferty, a zatem wyjaśnienie jego treści powinno nastąpić, zdaniem Odwołującego, w oparciu o art. 26 ust. 4 Pzp, nie zaś – jak to uczynił Zamawiający – w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający, co prawda, w piśmie z dnia 25 kwietnia 2014 r. (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczonych wykonawcach i ofertach odrzuconych) zmienił stanowisko zawarte uprzednio w SIWZ, zaprezentowane przez niego argumenty są jednak całkowicie niezasadne. Dokument OPZ zawiera bowiem jedynie opis techniczny oferowanych urządzeń, stanowiący powtórzenie specyfikacji technicznych producentów sprzętu. Dokument ten nie zawiera zatem żadnego elementu właściwego dla oferty w rozumieniu K.c. Nie zawiera bowiem elementów o charakterze oświadczenia woli, czyli np. specjalnej, kreowanej na potrzeby oferty, konfiguracji, a jedynie deklaratoryjne powtórzenie elementów specyfikowanych przez producentów. Nie można również uznać, iż dokument ten zawiera zapisy dookreślające, czy uszczegóławiające zakres przyszłego zobowiązania Odwołującego czy też sposób wykonania zamówienia, a zawiera jedynie informacje potwierdzające spełnianie, szczegółowo opisanych przez Zamawiającego, parametrów. Ewidentnie zatem, OPZ należy do grupy dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, należało uznać jego wyjaśnienia w zakresie wskazania producenta i modelu oferowanych szaf za wystarczające, zaś dokumenty złożone wraz z ofertą – za potwierdzające zgodność oferowanych urządzeń z wymaganiami Zamawiającego. Istotą OPZ było bowiem wskazanie parametrów technicznych oferowanych urządzeń, natomiast sama nazwa producenta i modelu pozostaje informacją irrelevantną z punktu widzenia oceny zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami Zamawiającego, szczególnie, iż wskazanie tych nazw nie prowadzi do zmiany parametrów opisanego uprzednio modelu szafy. W przypadku uznania jednak, iż informacje dotyczące nazwy producenta i modelu oferowanych szaf, były niezbędne celem ustalenia czy oferta jest zgodna z SIWZ, należało wezwać Odwołującego do uzupełnienia kompletnego, zawierającego wszystkie niezbędne informacje, dokumentu OPZ.

Jedynie z ostrożności, w razie uznania, iż dokument OPZ stanowi element oferty, nie zaś dokument z katalogu określonego w art. 25 ust. 1 Pzp, Odwołujący stwierdził, iż – w takiej sytuacji, wbrew twierdzeniom Zamawiającego – należało zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawić brak nazwy producenta modelu zaofertowanych szaf, jako tzw. inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodującą istotnej zmiany

w treści oferty. Odwołujący zakwestionował przy tym twierdzenie, iż uzupełnienie ww. informacji stanowiłoby istotną zmianę treści oferty, bowiem wskazanie ww. nazw nie doprowadziło w żaden sposób do zmiany parametrów technicznych oferowanych urządzeń, a z punktu widzenia wymagań Zamawiającego istotne znaczenie mają właśnie parametry techniczne, nie zaś sama nazwa producenta i modelu, które mają w takiej sytuacji znaczenie jedynie wtórne. Poprawienie przedmiotowej omyłki, polegającej jedynie na braku podania nazw, przy jednoczesnym określeniu parametrów technicznych oferowanego urządzenia, nie prowadzi w żaden sposób do zmiany treści oferty. Przytaczając orzeczenie KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2707/12 (wyrok z dnia 8 stycznia 2013 r.) wskazał, że stwierdzenie istotnej zmiany treści oferty może bowiem nastąpić tylko w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że można byłoby mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy. Dodał również, że nie ma żadnych przeszkód, aby poprawienie takiej omyłki nastąpiło dopiero w następstwie uzyskania od wykonawcy informacji przez Zamawiającego, jako że taka praktyka znajduje akceptację w orzecznictwie KIO.

Z uwagi na powyższe Odwołujący stwierdził, że zarzut opisany w pkt 1 *petitum* odwołania był uzasadniony i konieczny.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Odwołujący przywołał wymóg zawarty w OPZ, zgodnie z którym moc zasilacza oferowanych komputerów (typ I i II) nie może przekraczać 250W (pkt 2 ppkt 14 i pkt 3 ppkt 14 OPZ). W złożonej ofercie Konsorcjum Computex podało, iż oferuje komputer Fujitsu Esprimo E720E85+. Jednocześnie, w kol. 4 OPZ („Parametry techniczne oferowanego sprzętu...”), w pkt 2 ppkt 14 (komputer stacjonarny typ I) i pkt 3 ppkt 14 (komputer stacjonarny typ II) wykonawca wpisał stwierdzenie „spełnia”. Deklaracja ta nie znajduje uzasadnienia w rzeczywistości, w szczególności nie pokrywa się z podawanymi do publicznej wiadomości informacjami producenta. Zamawiający – pismem z dnia 16 kwietnia 2014 r. – zwrócił się do Konsorcjum Computex o złożenie wyjaśnień w związku z rozbieżnością. Wykonawca ten, w piśmie z dnia 18 kwietnia 2014 r., wyjaśnił, że oferowane komputery spełniają wymagania Zamawiającego, jednocześnie załączając oświadczenie polskiego przedstawicielstwa producenta sprzętu, że oferowany przez Konsorcjum Computex model komputera jest wyposażony w zasilacz, którego moc maksymalna wynosi 250W, a wartość 280W to moc chwilowa (przebieciowa). Zdaniem Odwołującego jest to próba wytłumaczenia błędu wykonawcy, z powodu którego jego oferta powinna zostać odrzucona. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż w dostępnej na stronach internetowych producenta komputerów specyfikacji technicznej oferowanego

sprzętu, wszelkich dokumentach technicznych i deklaracjach producent – firma Fujitsu – dla parametru mocy zasilacza komputera Esprimo E720 E85+ podaje wartość 280W. Co więcej, w przygotowywanym przez Fujitsu konfiguratorze, umożliwiającym własne konfigurowanie produktów z udostępnianych przez producenta opcji, nie ma możliwości wyboru opcji zasilacza innego niż podawany 280W. Jeśli nawet Konsorcjum Computex jakimś sposobem chciało zainstalować inne niż podaje producent zasilacze, spełniające jakoby wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ, to wówczas jego oferta w dalszym ciągu podlega odrzuceniu. Zamontowanie zasilaczy innych niż dedykowanych i podawanych przez producenta powoduje bowiem, że komputery nie będą spełniać innych wymogów, mianowicie:

1. nie spełniony wymóg deklaracji CE dla komputera, zgodnie z danymi producenta (dane techniczne producenta, część „Compliances”) certyfikowany był komputer ze standardowym zasilaczem 280W,
2. nie spełniony wymóg certyfikatu Energy Star – na dołączonych w wyjaśnieniach zdjęciach zasilacza nie widać oznakowania Energy Star, testowany był komputer z zasilaczem 280W (stosowne odnośniki są w dokumentacji technicznej, np. Compliance link <http://globalsp.ts.fujitsu.com/sites/certificates>),
3. analogicznie nie spełniony wymóg poziomu głośności, gdyż producent podaje wartości dla konfiguracji ze standardowym zasilaczem, a nie zasilaczem oferowanym przez Computex.

Brak jest również, w ocenie Odwołującego, jakiegokolwiek potwierdzenia dla zawartego w SIWZ wymaganego parametru, iż oferowany zasilacz wykazuje się sprawnością minimum 85% przy 50% obciążeniu – producent takich informacji nie podaje w dostępnej dokumentacji, zaś Konsorcjum Computex spełniania przez oferowany sprzęt tego wymogu również nie udowodniło. Odwołujący zaznaczył, że to producent deklaruje, jakie certyfikaty są wystawiane dla poszczególnych urządzeń, a według wszelkich danych, dostępnych nie tylko powszechnie, ale nawet dla zarejestrowanych partnerów Fujitsu, zarówno na stronach polskich, jak i międzynarodowych, certyfikowane urządzenie jest wyposażone w zasilacz 280W. Nie ma informacji o certyfikatach z innymi zasilaczami, przez co należy przyjąć, że Konsorcjum Computex zaofერowało sprzęt niespełniający wymagań SIWZ. Oferuje ono albo komputer Esprimo E720 85+ z zasilaczem 280W i spełnia wymogi odnośnie posiadanych certyfikatów, nie spełniając jednak wymogu poziomu mocy, albo komputer z innym zasilaczem, o zgodnej z SIWZ wartości mocy, ale, w takim przypadku, deklarowane certyfikaty nie odnoszą się do oferowanego komputera. Wspomniane powyżej oświadczenie producenta, przedłożone przez Konsorcjum Computex w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, odnosi się tylko i wyłącznie do mocy zasilacza,

nie potwierdza natomiast spełniania innych parametrów.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, uzasadniać miało postawienie omówionego zarzutu.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Odwołujący oświadczył, że w okolicznościach sprawy zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie dokonał właściwej oceny zarówno oferty Odwołującego jak i oferty Konsorcjum Computex, dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty ww. wykonawcy. Takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust. 1 Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie z następujących przyczyn.

W jego ocenie wypełniony OPZ stanowił element oświadczenia woli wykonawcy, bowiem zawierał opis konkretnych parametrów sprzętu i oferowanych modeli urządzeń. W związku z tym stwierdził, że dokumentów ów nie podlegał wyjaśnieniom (art. 26 ust. 4 Pzp), ani uzupełnieniom (art. 26 ust. 3 Pzp). Niedopuszczalność poprawienia omyłki oparł z kolei na braku podstaw do określenia sposobu dokonania tej czynności w innych elementach treści oferty Odwołującego. Odnosząc się do kwestii braku odrzucenia oferty Konsorcjum Computex powtórzył argumentację dotyczącą mocy zasilacza komputerowego ze sprawy o sygn. akt KIO 900/14 i KIO 904/14.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przystąpienia zgłosili: Konsorcjum Computex, Comp S.A., Comarch Polska S.A. i Decsoft S.A. Zgłoszenia przystąpienia nastąpiły z zachowaniem wymogów, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania podkreślając prawidłowość postępowania Zamawiającego.

Odwołujący podtrzymał na rozprawie zarzuty i wnioski zawarte w treści odwołania. Wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści specyfikacji technicznej komputera zaoferowanego przez Konsorcjum Computex komputera na okoliczność, że montowany w nim zasilacz ma wyższą moc maksymalną niż dopuszczona przez Zamawiającego. W odniesieniu do kwestii możliwości poprawienia omyłki w treści jego oferty wskazał, że Zamawiający dokonał takiego zabiegu w odniesieniu do oferty Comarch Polska S.A., pomimo tego, że także ona nie zawierała informacji, na podstawie której omyłka mogłaby zostać poprawiona.

Zamawiający podtrzymał zajęte w odpowiedzi na odwołanie stanowisko.

Podkreślił, że wyjaśnienia Odwołującego ze wskazaniem na konkretnego producenta i model szafy typu rack potraktował jako kreowanie treści oferty. Przyznał również, że wskazane w nich urządzenie spełnia wymagania określone w OPZ, zaznaczył jednakże, że na rynku jest dostępnych kilkanaście rodzajów szaf teletechnicznych, które spełniają wymagania opisane przez Odwołującego w OPZ.

Comp S.A., Comarch Polska S.A. i Konsorcjum Computex podtrzymali stanowiska zawarte w zgłoszonych przystąpieniach wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowań odwoławczych, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy (Izba uwzględniła wszystkie wymienione powyżej wnioski dowodowe stron i uczestników postępowań odwoławczych przeprowadzając dowody z treści dokumentów na okoliczności sprecyzowane w tezach dowodowych), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Comp S.A., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt: KIO 883/14

Odwołanie podlegało oddaleniu z uwagi na nieziszczenie się po stronie Odwołującego przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z jego treścią odwołanie przysługuje wykonawcy jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Wskazane przesłanki muszą zaistnieć kumulatywnie, a ich badanie jest dokonywane przez Izbę obligatoryjnie. Wobec powyższego, mając na względzie okoliczności stanu faktycznego niniejszej sprawy, Izba stwierdziła, że brak jest po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia z dwóch niżej opisanych przyczyn.

Po pierwsze – oferta Odwołującego, jak to wynika z dokumentacji Postępowania (*vide* Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty – pismo Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2014 r.), sklasyfikowana została na czwartej pozycji (za ofertą Konsorcjum Computex, która została uznana za najkorzystniejszą, a także ofertami Comp S.A. i Comarch Polska S.A.). Mając na względzie okoliczność, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej zmierzającym do umożliwienia wykonawcy korzystającemu z niego uzyskanie zamówienia publicznego, nie zaś stanowiącym li tylko przejaw jego niezadowolenia wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należało zauważyć, że w sytuacji Odwołującego wiązać musiało się to z obowiązkiem nie tylko zakwestionowania wyboru oferty Konsorcjum Computex, ale także oceny ofert

Comp S.A. i Comarch Polska S.A. Innymi słowy – aby Odwołujący zachował szansę na uzyskanie zamówienia, a tym samym wykazał posiadanie interesu, o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp – musiał podnieść skuteczne zarzuty względem wszystkich wyżej sklasyfikowanych ofert. Tymczasem pełnomocnik Odwołującego złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w części, tj. w zakresie zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty Comp S.A. i Comarch Polska S.A. z treścią SIWZ z uwagi na nieprzedłożenie przez ww. wykonawców dokumentów w postaci SST oferowanych serwerów, które to – w ocenie Odwołującego – były przez Zamawiającego wymagane na mocy postanowienia pkt 1 ppkt 20 OPZ. Pomijając na tym etapie ocenę prawną wzmiankowanej treści OPZ i związaną z nią kwestię istnienia po stronie wykonawców obowiązku załączenia do składanych ofert takich dokumentów oraz ich znaczenia w Postępowaniu Izba stwierdziła, że uważna lektura wniesionego odwołania prowadzi do wniosku, że był to jedyny zarzut w odniesieniu do oferty Comp S.A. (tiret pierwszy odwołania, str. 2). W *petitum* odwołania sformułowany został jeszcze wprawdzie zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, który dotyczył również ww. wykonawcy, tym niemniej samodzielne podnoszenie takiego zarzutu nie może wywoływać skutków prawnych. Należy mieć bowiem na względzie, że przepis art. 7 ust. 1 Pzp konstytuuje jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych, tym niemniej opieranie zasadności odwołania tylko na jej podstawie jest chybione. Reguły udzielania zamówień publicznych znajdują, co do zasady, konkretyzację w innych przepisach Pzp i obowiązkiem odwołującego się wykonawcy jest prawidłowe zidentyfikowanie tych regulacji i powiązanie ich z odpowiednią zasadą udzielania zamówień publicznych. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że cofnięcie jedynego – jak wskazano – zarzutu względem oferty Comp S.A. pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a zatem także interesu w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, że nawet gdyby wspomniany zarzut został przez Odwołującego podtrzymany, to i tak nie mógłby zostać uwzględniony, jako że, pomijając nawet ocenę dokumentu SST oferowanego serwera (o czym w dalszej części uzasadnienia), to – odnosząc się tylko do oferty Comp S.A. – dokument taki został przez tego wykonawcę załączony.

Braku spełnienia przesłanek, od których uzależnione jest uprawnienie wykonawcy do wniesienia odwołania należy również upatrywać, w ocenie Izby, w zarzuconym Odwołującemu w odpowiedzi na odwołanie braku przedłużenia terminu związania ofertą. Analiza dokumentacji Postępowania prowadzi do wniosku, że – biorąc pod uwagę termin otwarcia ofert (30 stycznia 2014 r.), długość terminu związania ofertą (60 dni – argument z pkt 1 w Rozdziale XV SIWZ) oraz jego zawieszenie – zgodnie z przepisem art. 182 ust. 6 Pzp – w okresie pomiędzy wniesieniem odwołania w sprawie, która toczyła się

pod sygn. akt KIO 518/14 (17 marca 2014 r.), a ogłoszeniem orzeczenia (15 kwietnia 2014 r.) – termin związania ofertą upłynął w dniu 29 kwietnia 2014 r., czemu Odwołujący nie zaprzeczył, natomiast odwołanie zostało wniesione w dniu 5 maja 2014 r. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wykonawca – nie będąc związany ofertą w dacie złożenia środka ochrony prawnej – nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazywanych w odwołaniu, bowiem w następstwie uwzględnienia odwołania i dokonania – zgodnie z jego żądaniami – powtórnej oceny ofert Zamawiający nie będzie miał możliwości wyboru oferty Odwołującego i zawarcia z nim niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje w tym miejscu na konieczność rozróżnienia dwóch kwestii – możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, który złożoną ofertą związany już nie jest (pod tym wszakże warunkiem, że jej wybór nastąpił przed upływem omawianego terminu) oraz możliwości wyboru jako oferty najkorzystniejszej takiej, dla której termin związania ofertą już upłynął. O pierwszym zagadnieniu pozytywnie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08 i w odniesieniu do niego orzecznictwo Izby zgodnie opowiada się za jego dopuszczalnością. Trzeba jednak zauważyć, że z taką sytuacją nie będziemy mieli *ad casum* do czynienia. Konstrukcja wniosków odwołania wskazuje, że w wyniku jego uwzględnienia Postępowanie wróciłoby do etapu przed wyborem oferty najkorzystniejszej, którego to Odwołujący domagał się unieważnienia, a zatem – zgodnie z oczekiwaniem Odwołującego – do fazy powtórnej oceny ofert. To zaś *de facto* postawiłoby Zamawiającego przed ewentualnością wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, co byłoby niedopuszczalne z poniższych względów.

Po pierwsze – poza wskazaną wcześniej odrębnością czynności zawarcia umowy i wyboru oferty najkorzystniejszej – należy powiedzieć, że skutki wygaśnięcia terminu związania ofertą trzeba rozpatrywać nie tylko przez pryzmat przepisów Pzp, które *de iure* nie wprowadzają wymogu ciągłego utrzymywania przez wykonawcę stanu związania ofertą (patrz przepis art. 85 Pzp), ale sięgnąć również – poprzez odesłanie zawarte w art. 14 Pzp – do przepisów K.c. Istotne znaczenie w tym zakresie ma przepis art. 66 K.c., w świetle którego stan związania ofertą jest konstruktywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Łączna interpretacja ww. przepisów prowadzi w konsekwencji do logicznego wniosku, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania ofertą.

Po drugie – konieczne jest odniesienie się do zmian legislacyjnych, jakie na przestrzeni lat zaszły w związku z omawianą kwestią. Do czasu nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. inicjatywa w zakresie przedłużania terminu związania ofertą należała

wyłącznie do zamawiających. Przepis ten uległ jednak zasadniczej zmianie, która należy ocenić, jako przesunięcie ciężaru dbałości o stan związania ofertą z zamawiającego na wykonawców. Zamawiającemu *de lege lata* przysługuje już tylko uprawnienie do jednokrotnego zwrócenia się, w określonym czasie, do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na czas oznaczony, nie dłuższy niż 60 dni, podczas gdy wykonawcy zyskali możliwość nieograniczonego czasem i ilością przedłużania omawianego terminu. Przyjęcie zatem zapatrywań, że ciężar dbałości o istnienie stanu związania ofertą spoczywa na zamawiającym, jako gospodarzu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz że możliwy jest wybór jako oferty najkorzystniejszej po wygaśnięciu terminu związania ofertą byłoby nie do pogodzenia nie tylko z dokonaną zmianą brzmienia przepisu art. 85 Pzp, ale w ogóle z sensem istnienia tej regulacji w przepisach Pzp.

Po trzecie – należy mieć na względzie także i ten skutek, że dopuszczenie do oceny zarówno ofert wykonawców, którzy nie są już nimi związani, jak i tych, którzy są nimi związani nie tylko sankcjonowałoby ich nierówne traktowanie, ale również doprowadziłoby w efekcie do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy, którego ofertę – pomimo wygaśnięcia terminu związania – wybrano, gdyż mógłby on, bez ujemnych konsekwencji, odmówić zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przeciwieństwie do wykonawcy, którego ofertę wybrano przed upływem ww. terminu. W jego bowiem przypadku niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego mogłoby wiązać się chociażby z dotkliwymi skutkami finansowymi w postaci zatrzymania wadium, które – *ad casum* – wynosiło 447.000,00 zł.

Izba uwzględniła przy tym argumentację Zamawiającego, że nie występował do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ponieważ – z uwagi na jego wcześniejsze zawieszenie na czas postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 518/14 – ocenił, że dokona wyboru oferty najkorzystniejszej przed upływem pierwotnego terminu. Stąd, zwrócił się do wykonawców jedynie o przedłużenie okresu ważności wadium, ten bowiem zawieszeniu nie ulega. Dostrzeżono również, że inni uczestnicy postępowań odwoławczych (Konsorcjum Computex, Konsorcjum Maxto i Comarch Polska S.A.) – jednocześnie z przedłużeniem okresu ważności wadium dokonali przedłużenia terminu związania ofertą. Nie sposób zgodzić się przy tym z przedstawioną na rozprawie argumentacją Odwołującego, że „[...]wyrażeniem woli związania ofertą będzie ponowne złożenie wadium na podstawie przepisu art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, co będzie miało miejsce w przypadku uwzględnienia jego odwołania.[...]” (protokół rozprawy z dnia 19 maja 2014 r., str. 10). Nie uwzględnia ona bowiem, że wola zawarcia umowy (czy szerzej – dalszego udziału w Postępowaniu) musi być wyraźna i nieprzerwana, wobec czego nie

powinno się jej ani domniemywać, ani wywodzić z innych czynności wykonawcy, czy to w ramach samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też postępowania odwoławczego. Trzeba mieć na uwadze, że prawnie doniosłe oświadczenia stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, choć podlegają wykładni oświadczeń woli zgodnie z przepisami K.c., powinny być, co do zasady, wyraźnie uzewnętrznione i stanowcze. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania stoi w sprzeczności z zasadą pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która jest jednym z gwarantów przejrzystości, jaka musi towarzyszyć wydatkowaniu środków publicznych.

Reasumując – Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, bowiem nie może skutecznie domagać się od Zamawiającego wyboru jego oferty i zawarcia z nim umowy. Trzeba ponownie podkreślić, że celu odwołania należy upatrywać w poprawieniu sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu, który z tego środka korzysta. W niniejszej sprawie taki efekt nie zostałby osiągnięty nie tylko z uwagi na przywrócenie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którego oferta jest korzystniejsza niż oferta Odwołującego, ale przede wszystkim ze względu na brak możliwości wyboru oferty Odwołującego, z uwagi na upływ terminu związania ofertą. W konsekwencji nie została również spełniona przesłanka dotycząca szkody, bowiem wykonawca, który nie może uzyskać zamówienia nie może tym samym ponieść uszczerbku majątkowego.

Z powyższych względów orzeczono, jak w pkt 1A sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238). Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

Sygn. akt: KIO 900/14

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutów podniesionych względem Konsorcjum Computex i Comp S.A., a dotyczących niewykazania spełniania przez ww. warunku w Postępowaniu, o którym mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, z uwagi na zakres ochrony ubezpieczeniowej wynikający z przedłożonych polis Izba stwierdziła, że sprowadzały się one w istocie do

błędno przypisywania ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej ww. wykonawców roli ubezpieczenia kontraktu. Odwołujący przedstawił bowiem szczegółową analizę wyłączeń i ograniczeń ochrony ubezpieczeniowej w oparciu o treść OWU stanowiących załącznik do umów ubezpieczenia każdego z wykonawców. Okoliczności te są jednak – zdaniem Izby – bez znaczenia w analizowanym stanie faktycznym. Trzeba bowiem zauważyć, że nie było celem ustawodawcy zabezpieczanie interesów Zamawiającego na etapie konstruowania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zapewnienie mu możliwości wyboru wykonawcy, który będzie już wówczas posiadał ubezpieczenie kontraktu. Zabezpieczeniu interesów zamawiającego w związku z realizowanym zamówieniem publicznym służą inne instytucje, jak chociażby zabezpieczenie należytego wykonania umowy (art. 147 i nast. Pzp), czy instytucje prawa obligacyjnego znajdujące zastosowanie – poprzez odesłanie zawarte w przepisie art. 139 ust. 3 Pzp – do umowy w sprawie zamówienia publicznego (kary umowne, możliwość odstąpienia od umowy wzajemnej, instytucja wykonania zastępczego i in.). Natomiast celu żądania od wykonawcy posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia należy upatrywać w możliwości zapewnienia zamawiającemu wyboru takiego wykonawcy, który znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej gwarantującej należyte wykonanie zamówienia publicznego, co ma tym większe znaczenie, że ich realizacja związana jest z wydatkowaniem środków publicznych. Nie sposób inaczej interpretować przepisu § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, który referuje do przepisu art. 22 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego i Comp S.A., że ocena spełniania tego warunku powinna zostać oparta na analizie dwóch kwestii: (1) posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia obejmującego określony zakres działalności, oraz (2) istnienia związku pomiędzy zakresem działalności objętej ubezpieczeniem, a przedmiotem zamówienia.

W odniesieniu do pierwszego z wyłaniających się na tle tego zarzutu zagadnień Izba stwierdziła – po analizie postanowień polis oraz OWU InterRisk i Allianz – że zarówno Konsorcjum Computex, jak i Comp S.A. posiadają ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie związanym m.in. ze sprzedażą sprzętu komputerowego i oprogramowania. Świadczy o tym – w przypadku Konsorcjum Computex – wskazany w treści polisy OC-E nr 014315 wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. jeden z rodzajów ubezpieczonej działalności (46.51 Z – Sprzedaż hurtowa komputerów,

urządzeń peryferyjnych i oprogramowania) oraz § 3 ust. 1 i 2 OWU InterRisk, zgodnie z którymi „[...]Przedmiotem ubezpieczenia jest odpowiedzialność cywilna osób objętych ubezpieczeniem za szkody osobowe i rzeczowe, wyrządzone Poszkodowanemu w związku z prowadzeniem działalności określonej w umowie ubezpieczenia lub posiadaniem i użytkowaniem mienia – Wariant I (delikt + kontrakt).[...]” oraz „[...]Ochrona ubezpieczeniowa może zostać rozszerzona o szkody powstałe w związku z wprowadzeniem produktu do obrotu (odpowiedzialność za produkt) – Wariant II (delikt + kontrakt + produkt). Z kolei w przypadku Comp S.A. na wniosek taki pozwala niezaprzeczony przez Odwołującego fakt prowadzenia przez ww. działalności w zakresie tożsamym ze wzmiankowaną powyżej działalnością Konsorcjum Computex, wzmocniony zakresem ubezpieczenia wskazanym w polisie nr 000-13-430-05894542 wystawionej przez TUiR Allianz Polska S.A. oraz § 1 ust. 1 OWU Allianz, które to referują do ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody związane z prowadzoną przez Comp S.A. działalnością i posiadaniem mieniem. Wskazane powyżej okoliczności zostały dodatkowo potwierdzone złożonymi na rozprawie oświadczeniami ubezpieczycieli ww. wykonawców, stwierdzającymi zakres ochrony ubezpieczeniowej.

W zakresie drugiego z analizowanych aspektów Izba stwierdziła natomiast, że przedmiotem zamówienia – zgodnie z Rozdziałem III pkt 4 SIWZ – jest dostawa sprzętu oraz oprogramowania wymienionego w OPZ, co odpowiada rodzajowi działalności prowadzonej przez Konsorcjum Computex i Comp S.A.

Z powyższych względów Izba doszła do wniosku, że zarzuty Odwołującego w tym zakresie są chybione. Podkreślenia wymaga przy tym, że ze względu na omówiony wcześniej cel żądania polisy OC wskazane powyżej kwestie należy rozpatrywać na pewnym poziomie ogólności – w przeciwnym wypadku należałoby dojść do wniosku, że ochrona ubezpieczeniowa powinna obejmować absolutnie wszystkie rodzaje wypadków ubezpieczeniowych mogących wydarzyć się w związku z prowadzoną przez dany podmiot działalnością (abstrahując nawet od kwestii możliwości stworzenia wyczerpującego katalogu takich zdarzeń), a nadto – nie tylko pokrywać się ściśle z przedmiotem zamówienia, lecz również obejmować swoim zakresem wszystkie zdarzenia związane z ryzykiem gospodarczym wynikającym z mającej dopiero zostać zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z tych względów odmówiono zasadności argumentom przedstawianym przez Odwołującego opartym na analizie ryzyk wyłączonych spod ochrony ubezpieczeniowej i przyjętych w ramach ogólnych sum gwarancyjnych podlimitów. Dopiero udowodnienie przez Odwołującego, że przedłożone polisy nie spełniają omówionych powyżej przesłanek wynikających z § 1 ust. 1 pkt 11 Rozporządzenia, z uwagi na, przykładowo, całkowicie różny zakres ubezpieczenia prowadzonej przez

Konsorcjum Computex i Comp S.A. działalności od przedmiotu zamówienia, co nie miało miejsca, mogłoby stanowić przesłankę do uwzględnienia sformułowanych zarzutów. Nie jest również tak, że wspomniane podlimity w ramach ogólnych sum gwarancyjnych świadczą o niespełnieniu warunku udziału w Postępowaniu, bowiem gdyby ograniczenia te dotyczyły wszystkich wypadków ubezpieczeniowych podlegających ochronie w ramach zawartych umów ubezpieczenia, to pozbawione sensu byłoby wystawianie polis z ogólną sumą ubezpieczenia wyższą od przyjętych podlimitów.

Nie sposób zgodzić się również z zapatrywaniem Konsorcjum Maxto, *+że „[...]skoro utrzymanie polis z ograniczeniami jest znacznie tańsze z uwagi na niższą składkę, to chociażby z tej przyczyny omawiany warunek udziału w postępowaniu nie został przez ww. wykonawców spełniony[...]” (protokół rozprawy z dnia 19 maja 2014 r., str. 12). Spełnianie tego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zależy bowiem od wysokości ponoszonej składki ubezpieczeniowej, a od wysokości posiadanej sumy ubezpieczenia i choć Izba dostrzega, że zachodzą między nimi określone relacje (niedające wszak sprowadzić się do prostego twierdzenia, że im mniejsza suma gwarancyjna, tym niższa składka ubezpieczeniowa, bowiem na jej wysokość wpływ mają również inne czynniki, jak chociażby stopień szkodowości w poprzednim okresie ubezpieczenia i związane z tym zniżki/zwyżki składki ubezpieczeniowej, ocena ryzyk związanych z rodzajem prowadzonej działalności i prawdopodobieństwa ich wystąpienia i in.), to w niniejszej sprawie ani Odwołujący, ani żaden z przystępujących po jego stronie nie kwestionowali, że Konsorcjum Computex i Comp S.A. posiadają ubezpieczenie w wysokości wymaganej przez Zamawiającego. Dodatkowo, w odniesieniu do polis posiadanych przez Techsource sp. z o.o. (członek Konsorcjum Computex), wystawionych przez PZU S.A., Odwołujący – poza odnoszącymi się do nich twierdzeniami zawartymi w treści odwołania – nie poparł swoich twierdzeń żadnymi dowodami, czym uchybił obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 190 ust. 1 Pzp.

Dokonane ustalenia doprowadziły Izbę do wniosku, że także podnoszone przez Odwołującego z ostrożności zarzuty dotyczące zaniechania wezwania Konsorcjum Computex i Comp S.A. do uzupełnienia, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentów potwierdzających posiadanie przez ww. ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej były bezpodstawne, skoro złożone przez wykonawców dokumenty potwierdzały – w ocenie Izby – spełnianie warunku udziału w Postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego konsoli TFT Izba ustaliła – w oparciu o treść pkt 11 ppkt 1 OPZ (kol. 2 – „Opis wymagań minimalnych”) – że wymóg sformułowany był w następujący sposób „Klawiatura 87-92 klawiszy oraz 2-przyciskowy touch-pad z przewijaniem” oraz że Konsorcjum Computex nie posłużyło się w treści złożonej oferty

informacją o ilości przycisków klawiatury, w którą wyposażony jest oferowany sprzęt. Spór powstał w następstwie skonfrontowania podanego przez ww. wykonawcę nazwy modelu i producenta konsoli ze specyfikacją techniczną dostępną na jego stronie internetowej.

Wobec powyższych faktów Izba stwierdziła, że nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że rozpatrywane wymaganie ma charakter minimalny, co wywiedzione zostało z nazwy kol. 2 OPZ, w którym zostało ono postawione. Należy bowiem zauważyć, że tam, gdzie Zamawiający rzeczywiście określił jakiś parametr na poziomie minimalnym posługiwał się zwrotem „min.”. W odniesieniu tylko do konsoli TFT taki charakter miał chociażby wymóg odnośnie jasności wyświetlacza, czy rozdzielczości. Rację miało zatem Konsorcjum Maxto podnosząc, że w odniesieniu do spornego wymagania Zamawiający posłużył się sztywnym przedziałem liczbowym zawierającym się w zakresie 87-92 klawiszy. Irrelevantna była zatem argumentacja Zamawiającego, jakoby klawiatura z większą ilością przycisków była bardziej funkcjonalna, a zatem w większym stopniu spełniała wymogi określone w OPZ. Izba stwierdziła jednak, że powyższe ustalenia nie stoją w sprzeczności z możliwością zaoferowania sprzętu, który w typowej konfiguracji nie spełnia wprawdzie oczekiwań Zamawiającego, co *de facto* zostało przez Odwołującego udowodnione poprzez przedstawienie specyfikacji technicznej konsoli TFT marki Broadrack, oferowanej Zamawiającemu przez Konsorcjum Computex, tym niemniej zostanie przez producenta zrekonfigurowany na potrzeby konkretnego zamówienia. Izba nie doszukała się w postanowieniach SIWZ zapisów świadczących o obowiązku zaoferowania urządzenia istniejącego (wyprodukowanego) w dacie składania ofert. Przeciwnie – chociażby z § 2 ust. 4 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ) – wynika jedynie, że sprzęt musi być fabrycznie nowy i wyprodukowany nie wcześniej niż w 2013 r. Przyjętego stanowiska nie mogą zmienić postanowienia SIWZ dotyczące procedury testowania sprzętu w przypadku wątpliwości Zamawiającego dotyczących spełniania przez nie wymagań SIWZ (Rozdział III pkt 9), bowiem zgodnie z przewidzianymi tam zasadami postępowania wykonawca ma jedynie określony termin na wypożyczenie sprzętu, wobec czego jeżeli nawet zaoferowałby urządzenie jeszcze nie wyprodukowane, to w takiej sytuacji musiałby liczyć się z ryzykiem niedostarczenia sprzętu Zamawiającemu na czas (czy to na etapie badania i oceny ofert, czy też realizacji umowy). W związku z tym Izba uznała za możliwe i udowodnione zaoferowanie przez Konsorcjum Computex konsoli TFT, która zostanie wyprodukowana zgodnie z wymogami Zamawiającego w Postępowaniu, co zostało potwierdzone treścią oświadczenia producenta sprzętu przedłożonego w toku rozprawy przez Konsorcjum Computex.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący niezłączenia przez Konsorcjum Computex SST oferowanego serwera (odwołanie w tym zakresie w stosunku do Comp S.A. zostało cofnięte na etapie posiedzenia niejawnego), który stanowiłby podstawę odrzucenia jego oferty. W powyższym zakresie Izba ustaliła, że specyfikacja techniczna oferowanego serwera została przez Konsorcjum Computex wskazana w kol. 4 OPZ. Co prawda z treści nazwy kol. 4 OPZ wynikała możliwość wskazania konkretnego parametru lub konfiguracji sprzętu albo potwierdzenia opisu minimalnych wymagań podanych w kol. 2 OPZ, albo wreszcie podania wszystkich tych informacji, tym niemniej Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający – w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców o możliwość wypełnienia pól dot. parametrów technicznych oferowanego sprzętu w OPZ poprzez wpisanie słów „spełnia” – oświadczył, że wymaga podania konkretnych, szczegółowych wartości odnoszących się do oferowanego przez Wykonawcę sprzętu, potwierdzających spełnianie minimalnych wymagań Zamawiającego (odpowiedź na pytanie 11, pismo z dnia 22 stycznia 2014 r.). Godna podkreślenia jest przy tym okoliczność, że wszyscy uczestnicy postępowań odwoławczych szczegółowo wypełnili kol. 4 OPZ (niektórzy zastrzegając m.in. te dane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – tak w odniesieniu do Odwołującego i Comp S.A.), ale nie wszyscy załączyli SST oferowanych serwerów. Skoro jednak, jak wskazano, parametry techniczne tych urządzeń, były możliwe do ustalenia już na podstawie samego OPZ, to żądanie kolejnego dokumentu potwierdzającego posiadane przez Zamawiającego informacje (Odwołujący nie wykazał bowiem, że zakres informacji wynikających z kol. 4 OPZ i SST oferowanego serwera różni się w jakikolwiek sposób) byłoby w istocie zbędnym powtórzeniem fragmentu treści oferty. Innymi słowy – sposób spełnienia świadczenia przez wykonawcę konkretyzowany był w treści OPZ, wobec czego nie było potrzeby odwoływania się w tym zakresie do innych dokumentów.

Jedynym zarzutem, który znalazł potwierdzenie w okolicznościach sprawy był ten dotyczący zaoferowanego przez Konsorcjum Computex zasilacza (zostanie on omówiony w części uzasadnienia dotyczącej sprawy o sygn. akt KIO 905/14), tym niemniej – z uwagi na treść przepisu art. 192 ust. 2 Pzp – odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Wobec powyższego orzeczono, jak w pkt 1B sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238). Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości

3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

Sygn. akt: KIO 904/14

Odwołanie było niezasadne.

Izba zwróciła uwagę, że w także i w tej sprawie wyłonił się problem braku legitymacji Odwołującego do wniesienia środka ochrony prawnej z uwagi na nieprzedłużenie terminu związania ofertą. Izba ustaliła, że Odwołujący – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do przedłużenia okresu ważności wadium z dnia 21 marca 2014 r., doprecyzowane pismem z dnia 26 marca 2014 r. – złożył w dniu 28 marca 2014 r. oświadczenie tylko w przedmiocie wadium, pomijając kwestię związania ofertą, który to termin upłynął w dniu 29 kwietnia 2014 r., czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Tymczasem odwołanie w tej sprawie wniesione zostało dopiero w dniu 5 maja 2014 r.

Także zatem i w przypadku Odwołującego Izba stwierdziła, że skoro nie był on w dacie wnoszenia środka ochrony prawnej związany swoją ofertą, to nie miał on interesu w uzyskaniu zamówienia, wymaganego przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem nie dokonując przedłużenia terminu związania ofertą dał wyraz braku zainteresowania udzielanym przez Zamawiającego zamówieniem. Izba ponownie podkreśla, że posiadanie interesu, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, musi być oceniane pod kątem osiągnięcia przez wykonawcę zamierzonego celu – uzyskania zamówienia publicznego, w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem czynności czy zaniechań zamawiającego. Co do zasady wyłącznie taki kontekst sytuacyjno-prawny, rozumiany jako zespół okoliczności, które faktycznie umożliwią odwołującemu uzyskanie zamówienia, pozwala na uznanie posiadania interesu w znaczeniu ww. przepisu. W konsekwencji Odwołujący nie może również doznać uszczerbku majątkowego, gdyż wobec upływu terminu związania ofertą przed dniem wniesienia odwołania Odwołujący nie może uzyskać zamówienia, a złożona przez niego oferta nie może być uznana za najkorzystniejszą. Powyższego zapatrywania nie zmienia przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie argumentacja, że Zamawiający wzywał wykonawców wyłącznie do przedłużenia okresu ważności wadium, bowiem – jak to już wyjaśniono w uzasadnieniu oddalenia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 883/14 – obarczanie wyłącznie Zamawiającego obowiązkiem dbałości o utrzymywanie stanu związania ofertami jest, w aktualnym brzmieniu przepisu art. 85 Pzp – nieuzasadnione. Przeciwnie – treść wspomnianej regulacji wskazuje na okoliczność, że obowiązek ów spoczywa w przeważającej mierze na samych wykonawcach. Godne podkreślenia jest, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga należytej staranności

wykonawcy, będącego wszakże profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego. Wyrażać powinna się ona zapobiegliwością rozumianą jako podejmowanie czynności niezbędnych dla ochrony swoich praw w procedurze przetargowej, *ergo*, w okolicznościach sporu – utrzymaniem stanu związania ofertą. Z powyższych względów Izba nie podzieliła również zapatrywania Odwołującego dotyczącego przepisu art. 94 ust. 3 Pzp, jako odnoszącego się także do oferty, którą wykonawca nadal jest związany. Co zaś dotyczy wyrażonej na rozprawie gotowości i chęci zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego należało stwierdzić, że stan związania ofertą musi mieć charakter ciągły (nieprzerwany) oraz że nie można go domniemywać. Wobec powyższego takie oświadczenie wyrażone na rozprawie, niemal w trzy tygodnie po upływie terminu związania ofertą, uznane zostało za bezskuteczne. W pozostałym zakresie Izba odsyła do uzasadnienia orzeczenia w części dotyczącej terminu związania ofertą ze sprawy o sygn. akt KIO 883/14.

W przedstawionych okolicznościach orzeczono, jak w pkt 1C sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238). Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

Sygn. akt: KIO 905/14

Wobec potwierdzenia się części zarzutów zawartych w treści odwołania należało je uwzględnić.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum Computex z treścią SIWZ z uwagi na moc maksymalną zasilacza komputerowego, w które zaopatrzone są zaoferowane urządzenia trzeba powiedzieć, że przyczyną sporu była interpretacja pkt 2 ppkt 14 zd. pierwsze i 3 ppkt 14 zd. pierwsze OPZ. W tym zakresie Izba przyjęła, że sformułowanie „[...]zasilacz o mocy nie większej niż 250W[...]” odnosi się – w braku bliższego dookreślenia cytowanego fragmentu postanowienia SIWZ – do jakiegokolwiek mocy generowanej przez urządzenie zasilające. Należało przy tym stwierdzić, że kwestia wieloznaczności pojęcia „mocy”, która omawiana była szeroko na rozprawie, czy odnoszenia pojęcia „mocy maksymalnej” do mocy ciągłej, na której w typowych warunkach eksploatacyjnych pracuje ten komponent komputera

pojawiła się dopiero w związku z wyjaśnieniem treści oferty, dokonany przez Konsorcjum Computex pismem z dnia 18 kwietnia 2014 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego datowane na dzień 15 kwietnia 2014 r. Izba zwróciła również uwagę na okoliczność, że – po pierwsze – ani producent oferowanego modelu komputera (*vide* oświadczenia Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2014 r. i z dnia 13 maja 2014 r.), ani Konsorcjum Computex, czy wreszcie sam Zamawiający nie kwestionowali w toku rozprawy, że zasilacz generuje moc o wartości 280W, bowiem czynili w tym zakresie rozróżnienie pomiędzy mocą stałą i napięciową, odnosząc podaną wartość do drugiego z rodzajów mocy. Po drugie zaś – ze specyfikacji technicznej komputera zaoferowanego przez Konsorcjum Computex, przedstawionej na rozprawie przez Odwołującego, wynikało *expressis verbis*, że moc maksymalna zasilacza wynosi 280W. To doprowadziło Izbę do wniosku, że czynione zarówno przez Zamawiającego, jak i Konsorcjum Computex zabiegi interpretacyjne stanowiły naruszenie zasady *clara non sunt interpretanda*, zmierzające do uchronienia oferty ww. wykonawcy przed jej odrzuceniem. Z tej przyczyny Izba nie przychyliła się do argumentacji Zamawiającego o konieczności celowościowej wykładni cytowanego powyżej postanowienia SIWZ, wynikającej m.in. z – jak to określił sam Zamawiający – potrzeby ograniczenia energochłonności urządzeń (odpowiedź na odwołanie, str. 26). Izba zauważyła, że względy te nie wynikają w żaden sposób z treści SIWZ, która powinna być dla wykonawców zasadniczo jedynym źródłem wiedzy o zamierzeniach i potrzebach zamawiającego. Nawet gdyby przyjąć zapatrywanie Zamawiającego dotyczące potrzeby oszczędzania energii elektrycznej należałoby postawić pytanie dlaczego dopuszcza on działanie urządzenia na mocy napięciowej (niezależnie od czasu trwania takiego stanu rzeczy), która – zgodnie z jego poglądem – wykracza poza moc maksymalną, rozumianą jako moc stała, na której pracuje urządzenie i z jakiej przyczyny określił nieprzekraczalny pułap mocy zasilacza na 250W, a nie na mniejszą wartość. Z tożsamyh względów nie uwzględniono okoliczności, że – zdaniem Zamawiającego – w zakresie oznaczania mocy zasilaczy przez ich producentów panuje zamęt terminologiczny (odpowiedź na odwołanie, str. 26 i 27). Izba wskazuje bowiem, że okoliczność ta nie może stanowić wy tłumaczenia dla odmiennej niż literalna wykładni jasno sprecyzowanego postanowienia SIWZ. Dlatego też Izba odmówiła wiarygodności dowodom w postaci ekspertyzy Stowarzyszenia Elektryków Polskich z dnia 15 maja 2014 r. oraz Stowarzyszenia HL7 Polska zauważając dodatkowo, że pierwszą z nich dyskredytuje stwierdzenie, że wprowadzanie wymagania opartego na pojęciu mocy maksymalnej nie ma uzasadnienia merytorycznego, ponieważ nie jest rolą podmiotów zewnętrznych dokonywanie ocen postanowień SIWZ. Nie może również usprawiedliwiać Zamawiającego okoliczność, że żaden z odwołujących w połączonych sprawach nie wnosił o doprecyzowanie omawianych postanowień SIWZ.

Korzystanie z przepisu art. 38 Pzp nie jest bowiem bezwzględnym obowiązkiem wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Poza tym, jeżeli już poszukiwać wykonawcy, który powinien z tej procedury skorzystać, to uznać należałoby, zdaniem Izby, że winno to uczynić Konsorcjum Computex, skoro w ulotce producenta oferowanych przez nie komputerów widnieje informacja pozostająca w oczywistej sprzeczności z wymaganiami zawartymi w OPZ. Wniosek ów jest uzasadniony tym bardziej, że – jak to stwierdził producent komputera wyposażonego w omawiany zasilacz – jest on jedynym podmiotem na rynku, który w celach informacyjnych i marketingowych podaje – obok maksymalnej mocy ciągłej zasilacza – także parametr dotyczący jego mocy chwilowej, zabezpieczającej przed kilkusekundowymi skokami napięcia (oświadczenie Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 13 maja 2014 r.). Przedmiotem zainteresowania Izby nie są powody zamieszczania przez producentów danych urządzeń pewnych informacji w charakteryzujących je dokumentach, nie są nim również – o ile odwołanie nie dotyczy postanowień SIWZ – intencje zamawiającego towarzyszące zamieszczeniu w SIWZ określonych zapisów. Istotny dla tej sprawy był jedynie wynik konfrontacji pomiędzy treścią oferty Konsorcjum Computex, a postanowieniami SIWZ, ten zaś doprowadził do wniosku o pozostawianiu tych dokumentów w sprzeczności.

Biorąc powyższe za podstawę Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, którą złożyło Konsorcjum Computex i odrzucenie tej oferty z uwagi na opisane powyżej okoliczności potwierdzające sprzeczność jej treści z treścią SIWZ, o czym stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (pkt 1D tiret pierwszy i drugi sentencji orzeczenia).

Co zaś dotyczy charakteru i roli OPZ, które to również były między stronami sporne, Izba doszła do przekonania, że nie miał racji Odwołujący twierdząc, że wypełniony przez wykonawców OPZ stanowił dokument przedmiotowy, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba dostrzegła wprawdzie, że postanowienia SIWZ nie były w tym zakresie jednoznaczne, o czym świadczyć może chociażby Rozdział XII SIWZ, w którym czytamy: „[...]W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawcy muszą złożyć wraz z ofertą oświadczenia, dotyczące zgodności oferowanego sprzętu komputerowego i oprogramowania z minimalnymi wymogami Zamawiającego poprzez uzupełnienie Załącznika nr 7 – Opis Przedmiotu Zamówienia.[...]”. Przeciwno uznaniu OPZ za dokument przedmiotowy przemawiają jednak następujące okoliczności.

Po pierwsze – dokument ten, w przypadku każdego z wykonawców, zawierał szczegółowe wyliczenie parametrów technicznych wszystkich oferowanych przez nich urządzeń. Godne uwagi jest to, że tylko w odniesieniu do oferowanego serwera Zamawiający postawił

dodatkowy wymóg w postaci przedłożenia szczegółowej specyfikacji technicznej. Skoro zatem wypełniony OPZ miałby być dokumentem przedmiotowym, potwierdzającym zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego (sprecyzowanymi *nota bene* w treści tego dokumentu – *vide* kol. 2 OPZ), to w przypadku innych niż serwer urządzeń Zamawiający pozbawiony byłby możliwości dokonania wspomnianej weryfikacji, bowiem nie miałby z czym porównywać parametrów oferowanych przez wykonawców urządzeń. W istocie bowiem OPZ był jedynym dokumentem, w którym Zamawiający sprecyzował swoje wymagania techniczne (o czym stanowi pkt 5 w Rozdziale III SIWZ). W konsekwencji uzasadniony jest wniosek, że załącznik nr 7 do SIWZ stanowił konkretyzację zobowiązania wykonawcy (wskazanie sposobu spełnienia świadczenia), wobec czego stanowił element oferty *sensu stricto*, niepodlegający – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – uzupełnieniom w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Po drugie – wskazany powyżej charakter OPZ został niejako przesądzony przez samego Zamawiającego, który, jak wspomniano w uzasadnieniu rozstrzygnięcia sprawy o sygn. akt KIO 900/14, w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców o możliwość wypełnienia pól dot. parametrów technicznych oferowanego sprzętu w załączniku nr 7 do SIWZ poprzez wpisanie słów „spełnia” oświadczył, że wymaga podania konkretnych, szczegółowych wartości odnoszących się do oferowanego przez Wykonawcę sprzętu, potwierdzających spełnianie minimalnych wymagań Zamawiającego (odpowiedź na pytanie 11, pismo z dnia 22 stycznia 2014 r.). Gdyby przyjąć, że OPZ jest wyłącznie dokumentem przedmiotowym, to gdyby wykonawca nie załączył go w ogóle do złożonej Zamawiającemu oferty, to nie tylko nie można byłoby ustalić do jakiego świadczenia zobowiązuje się oferent, ale – dopuszczając możliwość uzupełnienia tego dokumentu – doprowadzić do sytuacji, w której taki wykonawca mógłby najpierw zapoznać się z OPZ innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a dopiero potem uzupełnić swoją ofertę o tak istotny element, jakim jest przedmiot świadczenia. Takie działanie byłoby nie do pogodzenia z wnioskami płynącymi z analizy postanowień SIWZ oraz z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego. Powinien on, co prawda, dokonać zmiany SIWZ (choćby poprzez wykreślenie Rozdziału XII i sformułowania „[...]i/ albo potwierdzenie opisu minimalnych wymagań[...]” z nazwy kol. 4 OPZ), co pozwoliłoby uniknąć sporu w tym zakresie, tym niemniej całokształt okoliczności faktycznych i przytoczone argumenty pozwalały na przesądzenie przez Izbę o charakterze OPZ, jako stanowiącego element treści oferty w ścisłym znaczeniu tego słowa.

Irrelevantna dla dokonanej powyżej oceny omawianego dokumentu była argumentacja Odwołującego, że nie tylko on zinterpretował w opisany wcześniej sposób znaczenie OPZ, na dowód czego powołano treść odpowiedzi Konsorcjum Computex z dnia 20 lutego 2014 r.

na pismo Zamawiającego z dnia 18 lutego 2014 r., stanowiące wezwanie do wyjaśnienia treści oferty. Odwołujący nie może poszukiwać usprawiedliwienia dla podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności w poczynaniach innego uczestnika procedury przetargowej, ani też opierać na nich uzasadnienie podnoszonego w odwołaniu zarzutu. Zarzut – w świetle przepisu art. 180 ust. 1 Pzp – dotyczyć może li tylko działań lub zaniechań zamawiającego. Dopuszczalność podnoszenia argumentów dotyczących innych wykonawców wynikać musiałaby z dokonania przez zamawiającego różnej oceny takich samych zachowań wykonawców podjętych w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby uzasadniać zarzut naruszenia zasady ich równego traktowania. W rozpatrywanej sprawie Zamawiający – w odniesieniu do ofert każdego z wykonawców – przyjął, że OPZ stanowił właściwą treść oferty i w tym kontekście dokonywał oceny tego dokumentu, wobec czego opisany powyżej wywód Odwołującego nie mógł odnieść zamierzonego przezeń skutku.

Przesądzenie o charakterze OPZ zaktualizowało konieczność rozważenia, czy brak wskazania w ofercie Odwołującego producenta i modelu szafy teletechnicznej typu rack możliwy był do konwalidowania w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (poprawienie tzw. innej omyłki). Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy Izba uznała taką możliwość za dopuszczalną. Nie podzieliła przy tym stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym poprawienie tzw. innej omyłki możliwe jest wyłącznie w braku udziału w tej czynności wykonawcy, którego oferta ma zostać poprawiona. Zakazu tego nie można bowiem utożsamiać z brakiem jakiegokolwiek aktywności wykonawcy w procedurze poprawienia omyłki. Należy zauważyć, że już samo wskazanie na inny element treści oferty, który miałby stanowić podstawę poprawienia tzw. innej omyłki, do czego Zamawiający wzywał zarówno Odwołującego, jak i innych wykonawców, jest *per se* udziałem w czynności poprawienia omyłki. W konsekwencji, całkowity zakaz udziału wykonawcy w tej czynności byłby nie do pogodzenia z możliwością poprzedzenia zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp procedurą wyjaśnienia treści ofert, o której mowa w art. 87 ust. 1 Pzp, którą to Izba uznaje za dopuszczalną, i którą *de facto* Zamawiający zastosował chociażby w odniesieniu do oferty Comarch Polska S.A. Co więcej, udział wykonawcy w poprawieniu tzw. innej omyłki może być nieodzowny z uwagi na jej charakter – w przeciwieństwie bowiem do omyłek pisarskich i rachunkowych omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie musi być oczywista. Brak udziału wykonawcy w procedurze poprawiania omyłek odnosić należy, co do zasady, do tych, które charakteryzuje przymiot oczywistości, a zatem, jak wskazano, do omyłek pisarskich i rachunkowych. Znamienne jest także i to, że w przypadku tych ostatnich zamawiający w ogóle nie liczy się ze stanowiskiem wykonawcy odnośnie poprawienia takich omyłek, a jedynie informuje go o tym fakcie (*vide* art. 87 ust. 2 *in fine* Pzp).

Tymczasem w przypadku tzw. innej omyłki brak zgody wykonawcy na jej poprawienie stanowi – zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp – przesłankę odrzucenia oferty.

Zakazany jest natomiast taki udział wykonawcy w poprawieniu tzw. innej omyłki, który w efekcie kreowałby całkowicie nową treść oferty – *ad casum* Zamawiający z taką niedozwoloną aktywnością do czynienia nie miał, bowiem informacje zawarte w ofercie Odwołującego zostały jedynie uzupełnione o dwa elementy, które – co równie istotne – nie miały dla Zamawiającego istotnego znaczenia. Oświadczył on, co prawda, na rozprawie, że wskazanie producenta i modelu szafy teletechnicznej służyć miało zweryfikowaniu prawdziwości podanych przez Odwołującego danych technicznych szafy teletechnicznej (protokół rozprawy z dnia 20 maja 2014 r., str. 10), ale należy przypomnieć, że – biorąc pod uwagę ustalony przez Izbę charakter OPZ – Zamawiający nie żądał od wykonawców żadnych dokumentów przedmiotowych, wobec czego w rzeczywistości nie miałby narzędzi do przeprowadzenia oceny zgodności parametrów urządzenia ze swoimi wymaganiami, na którą to się powoływał. Poza tym nie bez znaczenia jest okoliczność, że – jak to oświadczył Zamawiający w toku rozprawy – parametry techniczne zamawianej szafy spełniały jego wymagania (*ibidem*) oraz że zarówno on, jak i Comarch Polska S.A. nie udowodnili, że na rynku dostępnych jest kilkanaście urządzeń o tożsamy parametrach technicznych, a co za tym idzie – że w miejsce sprzętu, którego model i producenta Odwołujący podał w wyjaśnieniach treści oferty złożonych Zamawiającemu (piśmie z dnia 20 lutego 2014 r., w którym wskazano na szafę rack Emerson 19” 42U DCM Rack 600x1000, nr katalogowy – DB6ECGSSCRBXX18) można byłoby wpisać inne modele innych producentów urządzeń.

Izba stwierdziła przy tym, że poprawienie tzw. innej omyłki może polegać na uzupełnieniu brakującej treści oferty (o ile brak ten może być uznany za niezamierzoną niedokładność), co miało miejsce chociażby w odniesieniu do oferty Comarch Polska S.A. Odnosząc się szerzej do tej kwestii Izba zauważyła, że Zamawiający, co prawda, zapytał ww. w jakim innym fragmencie jego oferty zawarta jest informacja o oferowanym oprogramowaniu komputerowym (pismo Zamawiającego z dnia 18 lutego 2014 r.), ale takiej informacji w treści oferty tego wykonawcy próżno szukać. Wskazał zresztą na to sam wykonawca, który – w odpowiedzi na wspomniane pismo Zamawiającego – oświadczył, że nie wpisał tej informacji w odpowiednim wierszu tabeli oraz że „[...]wypełniając załącznik nr 7 (OPZ – przyp. Izby), zawierający 295 pozycji, niejako „przeskoczył”, czy ominął fakt, iż w zakresie w/w pozycji tabeli (pkt 2 ppkt 15 i pkt 3 ppkt 15 OPZ – przyp. Izby) winien był odnieść się do dwóch wymaganych oprogramowań, a nie tylko do jednego. W konsekwencji Wykonawca omyłkowo nie wpisał w ofercie w/w oprogramowania Microsoft Office 2013 Home&Business wersja językowa PL 64 bit.[...]” (pismo Odwołującego z dnia 20 lutego 2014 r.).

Zamawiający posłużył się wobec tego koncepcją o braku zaofiarowania rozwiązania równoważnego, powodującego konieczność załączenia do oferty – zgodnie z Rozdziałem III pkt 11 SIWZ) – podpisanej/parafowanej specyfikacji technicznej oprogramowania, który to dokument nie został załączony do oferty Comarch Polska S.A. Należy jednak zauważyć, że okoliczność owa mogła równie dobrze wynikać z przeoczenia wykonawcy, który – chcąc zaofiarować rozwiązanie równoważne – nie wskazał go w OPZ, ani też nie załączył dokumentów z jego opisem technicznym. Nie można było również upatrywać istnienia omyłki w ogólnych deklaracjach Comarch Polska S.A. dotyczących zobowiązania do dostarczenia sprzętu wraz z oprogramowaniem. To nie ogólne deklaracje (tym argumentem można byłoby się *de facto* posłużyć także w odniesieniu do Odwołującego, który również deklarował przecież, że zamówienie wykona zgodnie z treścią SIWZ), a konkretne zobowiązania, tworzą treść oferty (jej przedmiot). Reasumując, Izba nie kwestionuje zasadności i możliwości poprawienia omówionej omyłki w treści oferty Comarch Polska S.A., tym niemniej doszła do przekonania, że Zamawiający – dokonując oceny możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w odniesieniu do oferty Odwołującego – nie wykazał się taką determinacją, jak w przypadku oferty jego konkurenta. To zaś potwierdza zarzut braku równego traktowania wykonawców w kontekście zastosowania, bądź niezastosowania procedury poprawiania tzw. innych omyłek.

Z przytoczonych powyżej przyczyn Izba nakazała Zamawiającemu poprawienie, w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, innej omyłki w treści oferty Odwołującego polegającej na niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty Odwołującego (niewskazanie w treści OPZ nazwy producenta i modelu szafy teletechnicznej typu rack), poprzez przepisanie ww. informacji z treści pisma Odwołującego z dnia 20 lutego 2014 r. do odpowiedniego fragmentu OPZ. W konsekwencji Izba uznała za zasadne dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, której odrzucenie – z opisanych wcześniej względów – Izba uznała za nieuzasadnione (pkt 1d tiret trzeci i czwarty sentencji orzeczenia). Izba pragnie podkreślić przy tym, że nie przesądza o zgodności oferty Odwołującego, czy szerzej – pozostałych wykonawców, z postawionym w odniesieniu do mocy zasilacza wymogiem SIWZ. Wskazuje jedynie na prawidłową, w jej ocenie, interpretację omówionego postanowienia oraz na potrzebę odniesienia się do niego w ponownej procedurze audytu ofert tych wykonawców, którzy nadal zachowują szanse na uzyskanie zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238). Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....