

Sygn. akt KIO 2669/17
KIO 2670/17

WYROK
z dnia 8 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 15 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **Virtual Technologies Sp. z o.o., ul. Damrota 6/301, 40-022 Katowice** (sygn. akt KIO 2669/17),
- B. w dniu 15 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **Centrum Komputerowe PLANETA M. D., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy** (sygn. akt KIO 2670/17),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Suski, ul. Kościelna 5b, 34-200 Sucha Beskidzka,**

przy udziale wykonawcy **Virtual Technologies Sp. z o.o., ul. Damrota 6/301, 40-022 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2670/17 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. **oddala odwołania,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Virtual Technologies Sp. z o.o., ul. Damrota 6/301, 40-022 Katowice** i wykonawcę **Centrum Komputerowe PLANETA M. D., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:

- A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Virtual Technologies Sp. z o.o., ul. Damrota 6/301, 40-022 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
- B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Centrum Komputerowe PLANETA M. D., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Krakowie**.

.....

Sygn. akt KIO 2669/17

Sygn. akt KIO 2670/17

Uzasadnienie

Zamawiający - Powiat Suski, ul. Kościelna 5b, 34-200 Sucha Beskidzka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Dostawa sprzętu informatycznego na wyposażenie serwerowni Wydziału Geodezji, Kartografii, Katastru i Gospodarki Mieniem”*.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 146-301438 w dniu 2 sierpnia 2017 r. – a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

KIO 2669/17

Wykonawca Virtual Technologies Sp. z o.o., ul. Damrota 6/301, 40-022 Katowice (dalej jako odwołujący Virtual), wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego – odrzucenia oferty Virtual.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez złamanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także prowadzenie postępowania bez zachowania zasady bezstronności oraz obiektywizmu,
- 2) art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej nie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu tj. spośród tych, których treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ),
- 3) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, mimo iż zamówienia można udzielić wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż treść oferty odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- 5) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, pomimo iż Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty Odwołującego,
- 6) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, mimo iż na mocy przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający był do tego zobowiązany;
- 7) art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez błędną wykładnię oświadczenia woli określonego w formularzu oferty Odwołującego;
- 8) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w zakresie badania i oceny ofert w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z ustawą Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania,
- 4) wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, jeżeli ma wątpliwości co do treści oferty Odwołującego albo ewentualnie nakazanie Zamawiającemu, aby poprawił w ofercie Odwołującego domniemane omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert,

oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadnienie odwołania 2669/17

Odwołujący Virtual podnosi, że Zamawiający bezzasadnie odrzucił jego ofertę w sytuacji, gdy spełniała wszystkie wymogi SIWZ.

Odwołujący wskazuje na stwierdzenia Zamawiającego w kontekście wymaganych parametrów, a sposobu sformułowania przez Wykonawcę parametrów oferowanych produktów i odnosi się do nich w sposób następujący:

Poz. 1 OPZ – Serwer szt. 2:

- procesor – wg Zamawiającego brak informacji o liczbie rdzeni, Odwołujący podnosi, że wskazał na produkt, który spełnia cały wymóg opisany przez Zamawiającego, w tym minimalną liczbę 4 rdzeni;
- RAM – wg Zamawiającego brak informacji o liczbie wolnych slotów – Odwołujący podnosi, że wskazał na produkt, który spełnia cały wymóg opisany przez Zamawiającego, w tym minimalną ilość slotów,
- dyski twarde – Zamawiający wskazał na brak liczby zainstalowanych dysków - Odwołujący podnosi, że w wymogu brak wskazania wymagania ilości,
- kontroler RAID – wg Zamawiającego brak informacji o konfiguracji – Odwołujący podnosi, że wskazał na produkt, który spełnia cały wymóg Zamawiającego,
- certyfikaty – Odwołujący wskazuje, że oczywistym jest, że przepisał treść wymogu z kolumny zawierającej wymogi Zamawiającego,
- warunki gwarancji – Zamawiający wskazał, że brak jest potwierdzenia, że serwer jest objęty gwarancją producenta, ani nie wskazał długości gwarancji – Odwołujący podnosi, że przepisał sformułowanie z wymogu Zamawiającego, w rozumieniu że ma gwarancję producenta – na co wskazywać ma również stwierdzenie na początku zdania – „Serwer powinien być objęty gwarancją producenta”,
- dokumentacja użytkownika – Zamawiający wskazał na brak potwierdzenia przez Wykonawcę dokumentacji w języku polskim lub angielskim – Odwołujący podnosi, że przepisał wymóg Zamawiającego na potwierdzenie, iż takie tłumaczenie jest.

Poz. 2 OPZ – Serwer – 1 szt:

- procesor - wg Zamawiającego brak informacji o liczbie rdzeni, Odwołujący podnosi, że wskazał na produkt, który spełnia cały wymóg opisany przez Zamawiającego, w tym minimalną liczbę 4 rdzeni;
- dyski twarde – Zamawiający wskazał, że wykonawca nie podał liczby dysków – Odwołujący podnosi, że z wymogu nie można wywnioskować, że Zamawiający żądał podania ilości;
- kontroler RAID - wg Zamawiającego brak informacji o konfiguracji – Odwołujący podnosi, że wskazał na produkt, który spełnia cały wymóg Zamawiającego;
- warunki gwarancji – Zamawiający wskazał, że jest brak potwierdzenia, że serwer jest objęty gwarancją producenta ani nie wskazał długości gwarancji – Odwołujący podnosi, że przepisał treść wymogu Zamawiającego dla wykazania spełnienia parametru.

Poz. 3 OPZ – Macierz dyskowa – 1 szt.:

- Zamawiający wskazał, że nie została wskazana nazwa oprogramowania – w ocenie Odwołującego nazwa producenta wskazuje na nazwę oprogramowania.
- kontrolery – zdaniem Zamawiającego brak jest potwierdzenia dostarczenia – Odwołujący podnosi, że przepisał wymóg Zamawiającego dla wykazania, że jest spełniony w produkcie Odwołującego,
- dyski – zdaniem Zamawiającego brak jest informacji o oferowanych parametrach prędkości interfejsu – zdaniem Odwołującego takiego wymogu nie sposób wyczytać z wymagania SIWZ.

Poz. 4 OPZ – Serwer 1 szt:

- procesor – według Zamawiającego brak informacji o liczbie rdzeni – Odwołujący wskazał na produkt, który spełnia cały wymóg opisany w wymogu Zamawiającego, w tym minimalną liczbę 4 rdzeni.
- dyski twarde – Zamawiający wskazał, że nie ma podanej informacji o liczbie dysków zainstalowanych, ani oferowanych parametrach prędkości interfejsu – Odwołujący podnosi, że brak wymogu SIWZ w tym zakresie, a opis w ofercie potwierdza istnienie tego parametru produktu.

Poz. 5 OPZ – Switch 2 szt.:

- w ocenie Zamawiającego brak informacji o gwarancji i warunkach gwarancyjnych – Odwołujący podnosi, że dla wykazania spełnienia parametru przepisał wymóg Zamawiającego.

Poz. 6 OPZ – Switch – 1 szt.:

- w ocenie Zamawiającego brak informacji o gwarancji i warunkach gwarancyjnych – Odwołujący podnosi, że dla wykazania spełnienia parametru przepisał wymóg Zamawiającego.

Poz. 7 OPZ – Switch – 1 szt.:

- Odwołujący podnosi, że wskazał produkt spełniający wszystkie wymagania Zamawiającego w tym zakresie.

Poz. 8 OPZ – Moduł światłowodowy do przełączników 10 szt.:

- w ocenie Zamawiającego brak potwierdzenia, że każdy z modułów spełnia wymagania – powinien być, musi pochodzić – Odwołujący podnosi, że podobnie jak poprzednio powielił opis Zamawiającego dla wykazania, że oferta spełnia parametry z SIWZ.

Poz. 11 OPZ – Zasilacz awaryjny UPS – 8 szt.:

- w ocenie Zamawiającego zawężone warunki – Odwołujący podnosi, że oczywistym jest, że gwarancja wynosi na wszystko 3 lata, a zasady realizacji są takie jakie narzucił Zamawiający.

Poz. 13 OPZ – Urządzenie do przechowywania danych:

- procesor – według Zamawiającego brak informacji o liczbie rdzeni – Odwołujący wskazał na produkt, który spełnia cały wymóg opisany przez Zamawiającego, w tym minimalną liczbę 4 rdzeni.
- parametry dysków twardych – w ocenie Zamawiającego niepełny opis oraz brak długości gwarancji – Odwołujący podnosi, że wskazane parametry odzwierciedlają spełnianie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego parametrów przez jego produkt.

Odwołujący z powyższego wywodzi, iż jego oferta została odrzucona tylko z tego powodu, że wskazując na spełnienie przez zaoferowany przez Wykonawcę produkt wymaganych SWIZ parametrów, Odwołujący posłużył się takimi samymi stwierdzeniami, jakich użył Zamawiający nie zmieniając treści. W ocenie Odwołującego oczywistym jest, że zacytowanie Zamawiającego miało na celu właśnie wykazanie, że zaoferowany przez Odwołującego produkt ma żądany przez Zamawiającego parametr. W ocenie Odwołującego stwierdzenie przez Zamawiającego o braku podania parametrów jest niezgodne z faktami, parametry bowiem zostały uzupełnione przez Odwołującego, ale nie w taki sposób, jak tego wymagał Zamawiający. Odwołujący podnosi, że z dokumentacji postępowania prowadzonego kilkakrotnie wynika, że Zamawiający unieważniał postępowanie — pomimo, iż mógł w trybie wyjaśnień uzyskać od wykonawców potwierdzenie okoliczności, iż zaoferowane produkty spełniają wszystkie wymogi zamawiającego. Wskazuje, że Zamawiający dopasowywał postanowienia tak, aby zgadzały się z opisem przedmiotu zamówienia, dokonany przez wykonawcę wybranego w aktualnym postępowaniu. W ocenie Odwołującego odczucie Zamawiającego o niezgodności treści oferty z wymogami SIWZ nie może zastępować konieczności rzetelnej oceny każdej z ofert i tego, czy dana oferta spełnia wymogi Zamawiającego i czy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot jest zgodny z zapotrzebowaniem Zamawiającego. Odwołujący wywodzi, że skoro Zamawiający utworzył i zobowiązał wykonawców do wypełnienia tabeli z opisanymi kolumnami, to okoliczność, że wykonawcy literalnie przepisali te sformułowania Zamawiającego do formularza przez siebie uzupełnianego - nie może stanowić o niezgodności oferty z SIWZ. Podnosi, że o niezgodności świadczy merytoryczna niezgodność oferowanego produktu z wymogami SIWZ, nie zaś użycie sformułowań potocznych i zwyczajowo, być może niezrozumiałych dla Zamawiającego, który na co dzień nie zakupuje takich produktów — a oczywistych dla wykonawców, którzy posługują się językiem dla nich potocznym w określaniu produktu.

Zdaniem Odwołującego dokonana przez Zamawiającego ocena ofert jest nieprawidłowa, w skutek czego Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Podnosi, że Zamawiający w ograniczył się do „literalnego” porównania wypełnionych kolumn formularza - kalkulacji cenowej, a nie do merytorycznego porównania ofert. Odwołujący podnosi, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia nie wskazuje na niezgodność zaoferowanych urządzeń z przedmiotem

zamówienia, tylko na brak możliwości ich zweryfikowania, do czego w ocenie Odwołującego był zobowiązany, przy wykorzystaniu dostępnych w ustawie Pzp instrumentów. Wskazuje, że wykonawca nie może ponosić winy za to, że Zamawiający nie jest profesjonalistą w zakresie przedmiotu zamówienia i dla opisu zamówienia wykorzystał opis produktu dokonany przez jednego z wykonawców w poprzednim postępowaniu.

Odwołujący stwierdza, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu składają się z tych samych produktów (z małymi różnicami), tych samych producentów. Każdy z wykonawców wpisał dokładnie oferowane modele urządzeń (producent, model), wykonawcy natomiast mniej lub bardziej precyzyjnie skupili się na wypełnieniu cech funkcjonalności, których wymagał Zamawiający, opisali bowiem te funkcjonalności językiem używanym na co dzień — zwłaszcza, iż Zamawiający nie oczekiwał, że Wykonawcy powielając elementy formularza uzupełnione przez Zamawiającego do swojej kolumny, będą je modyfikować, że użyją takiej odmiany sformułowania, aby opis parametru był podany w odpowiednim czasie z punktu widzenia poprawnej polszczyzny. Podnosi, że produkty zaoferowane przez Odwołującego

i wykonawcę, który został wybrany w niniejszym postępowaniu, wskazywały na tych samych producentów i Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości, że chodzi o dokładnie te same parametry. W opinii Odwołującego Zamawiający był zobowiązany do wezwania go do wyjaśnienia treści oferty. Podnosi, że jego oferta spełnia wymogi SIWZ, co można stwierdzić dokonując prawidłowo jej oceny, w przypadku wątpliwości Zamawiający powinien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, nie zaś odrzucać ją z powodu subiektywnego przekonania o jej niezgodności z SIWZ, powołując się na semantyczne różnice pomiędzy treścią oferty, a treścią SIWZ. Wywodzi, że okoliczność, iż Zamawiający w sposób bardzo szczegółowy opisał funkcjonalności prostych urządzeń, a wykonawcy uzupełnili formularz sformułowaniami użytymi przez Zamawiającego na wykazanie, że produkt jest zgodny z SIWZ, nie pozbawia oferty cechy zgodności z SIWZ. Podnosi, że oczekiwania Zamawiającego były wygórowane, służyły tylko i wyłącznie wyeliminowaniu wykonawców i są niezgodne z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego wymóg, aby wykonawcy literalnie, jak Zamawiający, wskazali na funkcjonalności pozostaje bez związku z przedmiotem zamówienia i jest nadmierny, nieprzewidziany w SIWZ. Podnosi, że Zamawiający już na podstawie złożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów winien uznać, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a ewentualnie wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający odrzucając jego ofertę dokonał następnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wadliwie, zaś konsekwencją dokonanych czynności jest naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji - art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wywodzi, że skoro więc wszyscy wykonawcy zaoferowali te same produkty, a Zamawiający

jedną z ofert wybrał, a inne odrzucił, to naruszył tym zasadę równego traktowania wykonawców.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru oferty MAM. Wskazuje, że oferta wybranego Wykonawcy nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w związku z czym należy uznać, że dokonanie wyboru nastąpiło niezgodnie z ustawą Pzp. Podnosi, że Zamawiający zaniechał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego, która jako jedyna spełniała wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego.

W przedmiocie naruszenia art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych, Odwołujący podnosi, że wybór oferty wykonawcy, którego oferta nie jest najkorzystniejsza w ramach postępowania stanowi naruszenie zasady wynikającej z ustawy o finansach publicznych. Podnosi, że zasada celowości, oszczędności i efektywności nakazuje Zamawiającemu dokonywanie wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, oznaczają one postulat gromadzenia i wydatkowania publicznych środków pieniężnych jedynie dla osiągnięcia wytyczonego celu społecznego, gospodarczego lub politycznego państwa, a jednocześnie zakazują wprowadzania ciężarów publicznych i wydatków publicznych, niezwiązanych z powinnościami państwa. Podnosi, że naruszenie przepisów prawa ustawy Pzp może prowadzić do wydatkowania środków publicznych w sposób niezgodny z dyspozycją przepisu ustawy o finansach publicznych. Ponadto Odwołujący zwraca uwagę na dyspozycję przepisu art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168, z późn. zm.) (dalej jako: udfp). Wskazuje, że zgodnie z tym przepisem, za naruszenie dyscypliny finansów publicznych należy uznać w szczególności niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 17 pkt. 1 udfp) oraz określenie kryteriów oceny ofert (art. 17 pkt. 4 udfp). Podnosi również, że zgodnie z art. 17 ust. 1c udfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. Odwołujący wskazuje zatem, że działanie niezgodne z przepisami ustawy Pzp powoduje także naruszenie dyscypliny finansów publicznych, za co odpowiada Zamawiający.

KIO 2670/17

Odwołujący Centrum Komputerowe PLANETA M. D., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy (dalej jako Odwołujący Planeta) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej

na niezgodnym z prawem odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp w związku z niezasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego,
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania do wyjaśnień w obszarze, który stał się podstawą odrzucenia oferty,
3. ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania poprawy innej omyłki polegającej na nieistotnej niezgodności z treścią SIWZ.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący Planeta wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i przywrócenia jej do wykonania pozostałych czynności badania i oceny ofert.

Uzasadnienie odwołania 2670/17

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 5.12.2017 r., jego oferta została odrzuca ze względu na nw. niezgodności oferty z załącznikiem nr 2 do SIWZ – OPZ:

1. W zakresie pozycji nr 1 - serwer – niezgodność polegająca na tym, że w ocenie Zamawiającego wykonawca nie potwierdził możliwości telefonicznego sprawdzenia konfiguracji sprzętowej serwera oraz warunków gwarancji po podaniu numeru seryjnego bezpośrednio u producenta lub jego przedstawiciela.
2. W zakresie pozycji nr 4 - serwer – niezgodność polegająca na tym, że w ocenie Zamawiającego wykonawca nie potwierdził czy oferowany serwer w pozycji nr 4 został wyprodukowany zgodnie z normą ISO 9001:2008 lub równoważą oraz ISO 14001 lub normą równoważną
3. W zakresie pozycji nr 9 - szafa serwerowa RACK 19" – niezgodność polegająca na braku wskazaniu w ocenie Zamawiającego okresu gwarancji na akcesoria elektryczne i szafę, która miała wynosić min. 5 lat.

W zakresie ww. pkt 1 Odwołujący Planeta wskazuje, że w złożonej ofercie w pozycji nr 1 został zaproponowany przez produkt HPE PROLIANT DL 380 G9 OTO SFF, w pozycjach nr 2, 3 i 4 Zamawiający w wierszu gwarancja również wymagał, aby zaoferowany produkt posiadał możliwość telefonicznego sprawdzenia konfiguracji sprzętowej serwera/macierzy oraz warunków gwarancji po podaniu numeru seryjnego bezpośrednio u producenta lub jego przedstawiciela. Odwołujący podnosi, że zaoferowane przez Odwołującego produkty w każdej z czterech pierwszych pozycji zostały wyprodukowane przez HPE, dodatkowo zaoferowany serwer w pozycji nr 1, pozycji nr 2 oraz pozycji nr 4 to produkt oznaczony

symbolem HPE PROLIANT DL 380 G9. Podnosi, że oferowane serwery to produkty w ramach jednej rodziny różniące się tylko i wyłącznie konfiguracją (taką jak m.in. ilość oferowanych dysków), tym samym skoro Wykonawca w pozycji nr 2 oraz 4 oświadczył, że istnieje możliwość telefonicznego sprawdzenia konfiguracji sprzętowej serwera oraz warunków gwarancji po podaniu numeru seryjnego bezpośrednio u producenta lub jego przedstawiciela nie sposób nie zauważyć, iż taka sama możliwość istnieje w serwerze nr 1. Podnosi, że zaistniała sytuacja wprost wskazuje na niecelowe przeoczenie w trakcie składania oferty.

W odniesieniu do ww. pkt 2 Odwołujący wskazuje, że w złożonej ofercie w zadaniu częściowym nr 4 zaoferowany został serwer HPE PROLIANT DL 380 G9 CTO. Podnosi, że również jak w przypadku opisanym powyżej Zamawiający wymagał, aby produkty w pozycji nr 1, 2, 3 oraz 4 wyprodukowane zostały zgodnie z normą ISO-14001. Wywodzi z tego, że bardzo mało prawdopodobną jest sytuacja, by w ramach tej samej rodziny produktów (serwery w pozycji nr 1, 2 oraz 4) jeden wyprodukowany został zgodnie z normą ISO-14001, inny natomiast nie. Podkreśla, że certyfikat ISO 14001 to certyfikat stosowany w zarządzaniu środowiskowym, jest to norma zarządzania środowiskowego. Wskazuje, że certyfikat ISO 14001 zostaje nadany producentowi sprzętu czyli firmie produkującej produkty z pozycji nr 1, 2, 3 oraz 4. Z powyższego wywodzi, że zaistniała sytuacja wprost wskazuje na niecelowe przeoczenie w trakcie składania oferty.

W zakresie ww. pkt 3 Odwołujący podnosi, że w złożonej ofercie w pozycji nr 9 - produkt STOJĄCA SZAFKA SERWEROWA RACK 19" 600X(1050-1100) - APC NETSHELTER SV 42U 800MM X 1060MM CTO przez przeoczenie nie został dopisany okres gwarancji.

Odwołujący Planeta wywodzi, że co do zasady, proces wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp byłby wystarczający celem upewnienia się, że oferta spełnia wymagania SIWZ, zaś gdyby przyjąć formalistyczne podejście prezentowane przez Zamawiającego, że wezwanie, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp (np. w zakresie posiadanych certyfikatów i parametrów) nie może dotyczyć merytorycznej sfery oferty to należałoby uznać, że stosowanie tego przepisu jest fikcją.

Podnosi, że zgodnie z SIWZ stworzoną przez Zamawiającego, w jego ocenie uznać należy, iż przeoczenia te można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że odnosząc się do kwestii gwarancji zamawiający w pozycjach, gdzie dodatkowa gwarancja stanowiła kryterium oceny ofert wskazał, iż: „w przypadku niewypełnienia tego punktu Zamawiający przyjmuje, że Wykonawca zaoferował najkrótszy wymagany przez Zamawiającego termin gwarancji”, a tym samym niespójnym i nielogicznym wydaje się fakt, że takiej samej czynności korygującej nie można przeprowadzić w pozycji która nie stanowi kryterium oceny ofert. Odwołujący podnosi, że w

punkcie 2 oferty zawarte zostało oświadczenie, że wykonawca zapoznał się z SIWZ i wszystkimi wyjaśnieniami i zmianami przekazanymi przez Zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania. W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności wskazują, iż powyższe stanowi przeoczenie i należało je wyjaśnić bądź skorygować tj. uznać jako inną omyłkę polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący Planeta podnosi, że w świetle art. 65 § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Wywodzi, że odbiorca oświadczenia woli (zamawiający) może skutecznie powoływać się na sens przez siebie rozumiany tylko wtedy, gdy każdy uczestnik obrotu, znajdujący się w analogicznej do niego sytuacji, a w szczególności dysponujący takim samym zakresem wiedzy o oświadczeniu

i okolicznościach jego złożenia, zrozumiałby tak samo jego znaczenie. Wskazuje, że zaakceptowanie przez Odwołującego warunków wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na co wskazano powyżej, nakazuje uznać, iż Odwołujący zobligował się do spełnienia wszystkich wymagań zamawiającego - także dotyczących minimalnego okresu gwarancji. Z tego wywodzi, że nie jest możliwym, aby racjonalnie działający wykonawca mógł celowo nie podać okresu gwarancji lub nie wskazać wszystkich opisów, skoro z jego oświadczenia o akceptacji SIWZ, jak również z faktu, iż podał nazwy i modele oferowanych urządzeń wynika, że spełniają one wszystkie wymagania SIWZ. Odwołujący podnosi, że w taki sposób należy rozumieć więc oświadczenie woli Odwołującego tj. ofertę bowiem każdy, w tym Zamawiający posiadając wiedzę na temat modeli, powinien rozumieć fakt złożenia oferty na warunkach SIWZ jako zgodę na wszystkie jej wymagania.

Odwołujący podkreśla wagę zaniechania wezwania w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp w zakresie każdego z zarzutów, które legło u podstaw odrzucenia oferty. Podnosi, że skutkiem wezwania byłoby to, że w wyniku złożonej odpowiedzi Zamawiający uzyskałby pewność co do spełniania wymagań SIWZ. Wywodzi, że wobec jasnego sprecyzowania modeli i nazw oferowanych urządzeń w ofercie Wykonawca poprzez złożone odpowiedzi nie dokonałby zmiany treści oferty a jedynie doprecyzowałby kwestie, które w wyniku przeoczenia nie były doprecyzowane w ofercie.

W toku rozprawy przed Izbą w dniu 2.01.2018 r. strony postępowania podtrzymały i uzupełniły stanowiska w sprawie.

Odwołujący Virtual podniósł, w zakresie braku wskazania ilości rdzeni procesorów w oferowanych serwerach, że nie ma innych procesorów zaoferowanej klasy niż czterordzeniowe. Odnośnie ilości slotów wskazał, że zaoferowany serwer nie jest dostępny

w innej wersji niż posiadającej 24 sloty RAM. W przedmiocie braku wskazania możliwości konfiguracji oferowanych kontrolerów RAID uzupełnił, że oferowany kontroler posiada możliwość konfiguracji RAID zgodnie z wymogami SIWZ i jedyne możliwości konfigurowania są takie jak w OPZ. W zakresie braku nazwy oprogramowania macierzy podniósł, że OPZ nie wymagał podania nazwy oprogramowania, a nazwa oprogramowania wynika z producenta oprogramowania, który został wskazany w ofercie. W zakresie dostarczenia 2 kabli SAS 12 GB HD-Mini SAS do macierzy, przyznał, że brak w ofercie potwierdzenia wprost, że wykonawca kable dostarczy, natomiast jeżeli budziło to wątpliwości Zamawiającego, to, mając na uwadze znikomą wartość tego elementu w stosunku do wartości zamówienia, Zamawiający winien był wezwać do wyjaśnień. Co do prędkości interfejsu macierzy wskazał, że oferowana macierz nie funkcjonuje poniżej wymaganej w OPZ prędkości. Odnosząc się do parametru gwarancji zasilacza awaryjnego UPS wskazał, że Zamawiający stwierdził niezgodność oferty z SIWZ wobec zawężenia możliwości realizacji gwarancji jedynie do naprawy, tymczasem OPZ zawiera alternatywę łączną, zatem możliwym było zaoferowanie realizacji gwarancji poprzez naprawę lub wymianę, gdyż obie te możliwości były dopuszczalne zgodnie z zapisem SIWZ. W odniesieniu do braku podania ilości rdzeni w procesorze urządzenia do przechowywania danych podniósł, że zaoferowany procesor jest taki sam, jak w ofercie uznanej za najkorzystniejszą, brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że w ofercie Odwołującego była inna ilość rdzeni. W odniesieniu do okresu gwarancji dysków twardego urządzenia do przechowywania danych wskazał, że producent nie oferuje innego okresu gwarancji, niż 5-letni, wobec czego Odwołujący nie widział potrzeby powielania zapisów SIWZ. Wskazuje, że brak podania ilości zainstalowanych w serwerach dysków nie świadczy o niezgodności oferty z SIWZ. Odwołujący nie wskazał żadnej ilości, więc nie było możliwym stwierdzenie niezgodności. Podnosi, że w przypadku serwera 1 w ofercie wskazano, iż skonfigurowane są zgodnie z RAID 5, który przeznaczony jest dla wielu dysków, zaś w przypadku serwera 2 – posłużono się terminem „skonfigurowane”, co odnosi się do wielu dysków, ponadto kontroler jest potrzebny do obsługi wielu dysków. W ocenie Odwołującego powyższe wskazuje na wątpliwości w zakresie ilości zainstalowanych dysków, co powinno skutkować wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty.

W odpowiedzi Zamawiający wskazał, że w zakresie switcha i urządzenia do przechowywania danych w odniesieniu do oferty Odwołującego musiałby sam ustalać parametry zaoferowanego sprzętu, co byłoby niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców i wykracza poza dozwolone postępowanie Zamawiającego. W zakresie zasilacza awaryjnego UPS wskazał, że wbrew wymogom SIWZ, nie otrzymał możliwości realizacji gwarancji poprzez naprawę lub wymianę. W zakresie dysków twardego wskazuje, że oferent zaoferował serwer z zainstalowanym dyskiem 1,2 TB, podnosi, że w SIWZ

wymagane było 16 x 1,2 TB, wobec czego wyjaśnienia były niedopuszczalne, bowiem wykonawca w ogóle nie uwzględnił ilości dysków – dotyczy to serwera 1. Podnosi, że w przypadku serwera 2 sytuacja była analogiczna – zaoferował 2 TB, wymagane 12 x 2 TB, tak samo serwer 4 – wymagane 8 x 1,2 TB, zaoferowane 1,2 TB bez wskazania ilości. Wskazuje, że w zakresie macierzy dyskowej Zamawiający wymagał wskazania producenta i modelu, w zakresie oprogramowania macierzy wymagał producenta i nazwy, tymczasem Xopero ma kilka produktów. Wykonawca nie wykazał też, że gwarancja producenta jest równa gwarancji wykonawcy, tak jak było to wymagane.

Odwołujący Planeta wskazał, że zgodnie z pkt 12.1c z rozdz. XII, wsparcie techniczne miało być świadczone w okresie gwarancji, co za tym idzie okres wsparcia technicznego, w ocenie Odwołującego, był tożsamym okresem z okresem gwarancji, co wynikało z pkt 5 formularza oferty dla części 1.

Zamawiający w odpowiedzi wskazał na § 5.1.4 wzoru umowy, zgodnie z którym należałoby przyjąć, że jeżeli okres gwarancji nie został wskazany, zaoferowano gwarancję na 2 lata, pomimo że w przedmiotowym punkcie wymagane było 5 lat, powołał się również na pkt 2.10 SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez Virtual Technologies Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie KIO 2670/17. Przystąpienie spełniało warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia wykonawcy NBIT Sp. z o.o., ul. Metalowców 13A, 41-500 Chorzów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2670/17 po stronie zamawiającego, wobec braku wykazania przekazania kopii przystąpienia Odwołującemu Planeta.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż złożony przez Zamawiającego w toku rozprawy wniosek o oddalenie odwołania Odwołującego Planeta wobec braku interesu we wniesieniu odwołania jest bezzasadny. Stanowisko Zamawiającego, iż argumentacja Odwołującego Planeta jest zbieżna z argumentacją Odwołującego Virtual, wobec czego w wypadku jej uznania przez Izbę za najkorzystniejszą uznana zostanie oferta Virtual, nie znajduje oparcia w stanie faktycznym sprawy. Oferty Odwołujących Virtual i Planeta zostały odrzucone z różnych przyczyn i różne są zarzuty odwołań wniesionych przez tych wykonawców. Odwołania połączone do wspólnego rozpoznania w żaden sposób nie muszą dzielić wspólnego losu, nawet w przypadku tożsamości zarzutów – zaś w niniejszej sprawie zarzuty obu odwołań były różne. Wobec powyższego bez znaczenia dla oceny posiadania interesu we wniesieniu odwołania przez Odwołującego Planeta pozostaje okoliczność, iż nie podważał on oferty Odwołującego Virtual. W sytuacji uwzględnienia odwołania Planeta i oddalenia odwołania Virtual, oferta Odwołującego Planeta zostałaby przywrócona i byłaby ofertą z najniższą ceną spośród niepodlegających odrzuceniu, wobec czego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący Planeta posiada interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W pkt 2.10 SIWZ Zamawiający zawarł zapis, iż wszędzie tam, gdzie w dokumentach stanowiących SIWZ użyto określenia gwarancja bez doprecyzowania „gwarancja producenta”, tam będzie przez to rozumiana gwarancja Wykonawcy.

W pkt 7.20 SIWZ Zamawiający zawarł wymóg, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest do jednoznacznego określenia zaoferowanych w ofercie produktów charakteryzując je poprzez wskazanie na konkretny wyrób (producent, typ, model) wraz z podaniem wszystkich parametrów technicznych i funkcjonalności zgodnie ze wzorem szczegółowego formularza ofertowo – cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

Zgodnie z § 5.1.4 Załącznika nr 1 do SIWZ – Istotne postanowienia umowy, wykonawca udziela zamawiającemu na sprzęt określony w załączniku nr 2 do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia” gwarancji i rękojmi na okres dwóch lat – na pozostały sprzęt, oprogramowanie i akcesoria niewymienione w pkt 1 – 3 § 5, którego długość nie okresu gwarancji nie została zawarta w załączniku nr 2 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia. Paragraf 5.1. pkt 1 określa okres gwarancji na serwery z pozycji 1 i 2 OPZ, pkt 2 – okres gwarancji na macierz z pozycji 3 OPZ, pkt 3 – okres gwarancji na switche z pozycji 5,6,7 OPZ. Okresy gwarancji w § 5.1.1-3 winne być określone zgodnie z SIWZ i oferty wykonawcy.

Załącznik nr 2 do SIWZ stanowił Opis przedmiotu zamówienia/Szczegółowy formularz ofertowo – cenowy w postaci tabeli, gdzie w pierwszej kolumnie określono rodzaj parametru, w drugiej szczegółowe wymagania minimalne, natomiast kolumna trzecia – Opis oferowanych parametrów lub producent i model – jeżeli dotyczy, powinna być wypełniona przez wykonawcę.

W poniższych pozycjach Opisu przedmiotu zamówienia/Szczegółowego formularza ofertowo – cenowego zawarto następujące wymagania:

Poz. 1 – Serwer – 2 szt:

- procesor: zainstalowane dwa procesory co najmniej czterordzeniowe klasy x86 dedykowany do pracy z zaoferowanym serwerem umożliwiające osiągnięcie wyniku min. 694 punktów w teście SPECint_rate_base2006 (dostępnym na stronie www.spec.org) dla dwóch procesorów,
- RAM 96GB DDR4 RDIMM 2400MT/s, na płycie głównej powinno znajdować się minimum 24 slotów przeznaczonych do instalacji pamięci. Płyta główna powinna obsługiwać do 1.5TB pamięci RAM.
- Dyski twarde - Możliwość instalacji dysków SATA, SAS, SSD. Zainstalowane 16x 1.2TB typu HotPlug SAS 10k fabrycznie skonfigurowane w RAID 5. (...)
- Kontroler RAID – sprzętowy kontroler dyskowy, posiadający min. 1GB nieulotnej pamięci cache, możliwe konfiguracje poziomów RAID: 0,1,5,6,10,50,60.
- Certyfikaty – Serwer musi być wyprodukowany zgodnie z normą ISO 9001:2008 lub normą równoważną oraz ISO-14001 lub normą równoważną. Serwer musi posiadać deklarację CE. Oferowany serwer musi znajdować się na liście Windows Server Catalog i posiadać status „Certified for Windows” dla systemów Windows Server 2008 R2 x64 lub równoważnych systemów.
- Warunki gwarancji - Minimum pięć lat gwarancji (kryterium oceny ofert) realizowanej w miejscu instalacji sprzętu, z czasem reakcji do następnego dnia roboczego od przyjęcia zgłoszenia, możliwość zgłaszania awarii trybie 24x7x365 poprzez linię telefoniczną obsługiwaną w języku polskim.

W przypadku awarii dyski twarde pozostają własnością zamawiającego - potwierdzające świadczenie producenta lub podmiotu realizującego serwis składane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp serwer powinien być objęty gwarancją producenta. Okres gwarancji producenta powinien być co najmniej równy oferowanemu okresowi gwarancji Wykonawcy, Wykonawca przy odbiorze obowiązany będzie przekazać Zamawiającemu karty gwarancyjne producenta lub inne dokumenty stanowiące potwierdzenie udzielenia przez niego gwarancji zgodnej z wymaganiami SIWZ i oferty.

- Dokumentacja użytkownika - Zamawiający wymaga dokumentacji w języku polskim lub angielskim. Możliwość telefonicznego sprawdzenia konfiguracji sprzętowej serwera oraz warunków gwarancji po podaniu numeru seryjnego bezpośrednio u producenta lub jego przedstawiciela.

Poz. 2 – Serwer – 1 szt.:

- Procesor - zainstalowane dwa procesory co najmniej czterordzeniowe klasy x86; dedykowany do pracy z zaferowanym serwerem umożliwiającą osiągnięcie wyniku min. 20,078 punktów dla jednego procesora teście PassMark — CPU Mark dostępnym na stronie https://www.cpubenchmark.net/high_end_cpus.html.
- Dyski twarde - możliwość instalacji dysków SATA, SAS, SSD. Zainstalowane 12x2TB typu HotPlug NearLine SAS 12Gbps 7.2k rpm skonfigurowane fabrycznie RAID 5. (...)
- Kontroler RAID – jak powyżej w poz. 1.
- Warunki gwarancji – jak powyżej w poz. 1.

Poz. 3 – Macierz dyskowa 3 szt.:

- Macierz dyskowa (Producent..... Model.....) + oprogramowanie (Producent.... Nazwa.....) – Zamawiający pozostawił miejsce dla wpisania odpowiednich danych.
- Kontrolery - Dwa kontrolery RAID pracujące w układzie active - active posiadające łącznie minimum osiem portów SAS 12Gbps do podłączenia serwerów. Wraz z macierzą należy dostarczyć 2 kable SAS 12Gb HD- Mini SAS o długości min. 2 metry.
 - Dyski - Zainstalowane 24 dyski Hot-Plug SAS o pojemności 1 TB SAS 12Gb/s 7.2k RPM, możliwość rozbudowy przez dokładanie kolejnych dysków/półek dyskowych do łącznie minimum 192 dysków, również dysków hot-plug typu SAS. Możliwość mieszania typów dysków w obrębie macierzy oraz pojedynczej półki.

Poz. 4 – Serwer – 1 szt.:

- Procesor zainstalowane dwa procesory co najmniej czterordzeniowe klasy x86, dedykowany do pracy z zaferowanym serwerem umożliwiającą osiągnięcie wyniku min. 377 punktów w teście SPECint_rate_base2006 (dostępnym na stronie www.spec.org) dla dwóch procesorów.
- Dyski twarde - Możliwość instalacji dysków SATA, SAS, SSD. Zainstalowane 8x1.2TB typu HotPlug SAS 12Gb/s 10k.

Poz. 5 – Switch – 2 szt., poz. 6 – Switch – 1 szt., poz. 7 – Switch – 1 szt.:

Dla każdej z ww. pozycji zawarto zapisy:

Switch (Producent.....model.....) – Zamawiający pozostawił miejsce do uzupełnienia, poniżej szczegółowo określił minimalne wymagania fizyczne oraz

funkcje dla poszczególnych produktów, w tym wskazanie, że „Switche powinny być objęte gwarancją producenta”.

Poz. 8 – Moduł światłowodowy do przełączników 10 szt.:

- wymaga się, aby urządzenie spełniało następujące wymagania:
 - Interfejs 10GBaseLR powinien zapewnić przepustowość 10Gb/s oraz powinien być zakończony końcówką LC duplex (long range) (...),
 - Interfejs powinien być objęty 5-letnią gwarancją wykonawcy,
 - Musi pochodzić od producenta zamawianych przełączników z pozycji 5 OPZ (...).

Poz. 9 – Stojąca szafa serwerowa Rack 19” – 2 szt. (różne):

- Gwarancja na akcesoria elektryczne i szafę – 5 lat.

Poz. 11 – Zasilacz awaryjny UPS – 8 szt.:

- Okres gwarancji – 3 lata gwarancji naprawy lub wymiany (bez akumulatora) i 2 lata na akumulator.

Poz. 13 – Urządzenie do przechowywania danych:

- Procesor – co najmniej czterordzeniowy o wydajności co najmniej 9800 punktów w CPU Benchmark.
- Parametry dysków twardych – szczegółowe opisanie 13 parametrów dysków, w tym ilość zainstalowanych dysków – 16 sztuk, a także dodatkowo – gwarancja producenta – 60 miesięcy.

Pismem z dnia 5.12.2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego Virtual o odrzuceniu oferty w zakresie części 1 przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i nie jest możliwe jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż na podstawie badania szczegółowego formularza ofertowo – cenowego uznał, iż częściowo jego treść nie odpowiada SIWZ, a dokładnie pkt 7.20 SIWZ oraz z objaśnieniami, które Zamawiający zastosował na końcu Szczegółowego formularza ofertowego, w postaci „* - W kolumnie „Opis oferowanych parametrów*” Wykonawca ma obowiązek wskazać wyczerpujący opis dotyczący danej pozycji (w każdym wersie) wraz ze szczegółowym i kompletnym opisem oferowanych parametrów” oraz „*** - należy podać Producenta i model lub Producenta i nazwę oferowanych produktów”. Zamawiający poinformował, że niezgodności oferty Odwołującego Virtual w odniesieniu do wymogów postawionych w szczegółowym formularzu ofertowo-cenowym stwierdził w nw. pozycjach:

„1.w zakresie pozycji nr 1: serwer:

- a) dla parametru procesor: Wykonawca nie wskazał, że oferowany przez niego procesor jest co najmniej czterordzeniowy klasy x 86;*

- b) dla parametru RAM: Wykonawca nie podał danych dotyczących ilości slotów na płycie głównej;
 - c) dla parametru dyski twarde: Wykonawca nie podał ilości zainstalowanych dysków;
 - d) dla parametru kontroler RAID: Wykonawca nie podał możliwych poziomów konfiguracji RAID;
 - e) dla parametru certyfikaty: Wykonawca użył sformułowania, iż serwer "powinien znajdować się" na liście Windows Server Catalog i posiadać status "Certified for Windows 2012" dla systemów Windows Server 2008 R2 x64, Microsoft Windows 2012, Microsoft Windows 2012 R2 x64 lub równoważnych systemów, zamiast potwierdzić, iż rzeczywiście się tam znajduje;
 - f) dla parametru warunki gwarancji: Wykonawca nie potwierdził, iż serwer jest objęty gwarancją producenta, nie wskazał też długości owej gwarancji producenta - użył sformułowania "powinien być", co nie potwierdza wymagań Zamawiającego;
 - g) dla parametru dokumentacja: Wykonawca nie potwierdził wymaganej dokumentacji w języku polskim lub angielskim;
2. w zakresie pozycji nr 2: serwer:
- a) dla parametru procesor: wykonawca w opisie parametrów nie wskazał, iż oferowany przez niego procesor jest co najmniej czterordzeniowy klasy x86;
 - b) dla parametru dyski twarde: Wykonawca nie podał ilości zainstalowanych dysków;
 - c) dla parametru kontroler RAID: Wykonawca nie podał możliwych poziomów konfiguracji RAID;
 - d) dla parametru warunki gwarancji: Wykonawca nie potwierdził, iż serwer jest objęty gwarancją producenta, nie wskazał też długości owej gwarancji producenta - użył sformułowania "powinien być", co nie potwierdza wymagań Zamawiającego;
3. w zakresie pozycji nr 3: macierz:
- a) Wykonawca nie wskazał w opisie pozycji (we wskazanym przez Zamawiającego miejscu oznaczonym "****") nazwy oferowanego oprogramowania - wskazał tylko producenta "Xopero")
 - b) dla parametru kontrolery: wykonawca nie potwierdził, że dostarczy 2 kable SAS 12GB HD-Mini SAS o wskazanej długości - wykonawca użył sformułowania, że "należy dostarczyć";
 - c) dla parametru dyski: Wykonawca nie podał informacji o oferowanych parametrach prędkości interfejsu wobec wymaganego przez Zamawiającego min. 12 Gb/s;
- 4) w zakresie pozycji nr 4: serwer:
- a) dla parametru procesor: wykonawca w opisie parametrów nie wskazał, iż oferowany przez niego procesor jest co najmniej czterordzeniowy klasy x86;

- b) dla parametru dyski twarde: Wykonawca nie podał ilości zainstalowanych dysków, nie podał również informacji o oferowanych parametrach prędkości interfejsu wobec wymaganego przez Zamawiającego min. 12 Gb/s;*
- c) parametr kontroler RAID: Wykonawca nie podał możliwych poziomów konfiguracji RAID;*
- 5) w zakresie pozycji nr 5 i 6: switch:
 - a) w odniesieniu do gwarancji: Wykonawca nie potwierdził, że switch jest objęty gwarancją producenta oraz warunków gwarancyjnych - wielokrotnie użył sformułowania "powinien być", co nie potwierdza wymagań Zamawiającego;**
- 6) w zakresie pozycji nr 7: switch:
 - a) Wykonawca nie podał opisu oferowanych parametrów switcha, podał tylko producenta i model oferowanego produktu;**
- 7) w zakresie pozycji nr 8:
 - a) Wykonawca nie potwierdził, że każdy z modułów światłowodowych spełnia wymagania Zamawiającego. Wykonawca używa tylko sformułowań "powinien być", "musi pochodzić";**
- 8) w zakresie pozycji 11: zasilacz awaryjny UPS
 - a) dla parametru okres gwarancji - zawężono warunki gwarancji tylko do możliwości naprawy;**
- 9) w zakresie pozycji 13: urządzenie do przechowywania danych:
 - a) dla parametru procesor: wykonawca nie podał ilości rdzeni w oferowanym procesorze;*
 - b) dla parametrów dysków twardych: Wykonawca wskazał niepełny opis oferowanych parametrów dla zainstalowanych dysków oraz nie podał długości gwarancji producenta na dyski".**

Zamawiający poinformował, że brak podania ww. parametrów technicznych i funkcjonalności uniemożliwił porównanie ich z wymaganiami stawianymi w SIWZ, wobec czego wszystkie wymienione braki łącznie oraz każdy z nich z osobna przesądza o niezgodności oferty z SIWZ. Wskazał, że brak podania wymaganych parametrów wyklucza możliwość poprawy oferty, bowiem nie stanowią one oczywistej omyłki pisarskiej lub rachunkowej, zaś potraktowanie ich jako innej omyłki nie jest możliwe, gdyż wymagałoby ustalenia z wykonawcą zakresu parametrów, co należałoby uznać za negocjacje treści oferty. Podnosi, że być może byłoby to możliwe, gdyby ww. parametry wynikały z innych dokumentów dołączonych do oferty, co jednak nie miało miejsca. Zamawiający wskazał, że poprawienie lub uzupełnienie parametrów które nie zostały podane stanowiłoby stworzenie nowej treści oferty.

Zamawiający pismem z dnia 5.12.2017 r. przekazał informację o odrzuceniu oferty Odwołującemu Planeta. Uzasadnienie odrzucenia oferty było tożsame jak w przypadku

oferty Odwołującego Virtual, Zamawiający wskazał natomiast na inne niezgodności oferty z wymaganiami postawionymi w szczegółowym formularzu ofertowo – cenowym:

„1) w zakresie pozycji nr 1: serwer:

a) dla parametru dokumentacja użytkownika: Wykonawca nie potwierdził „możliwości telefonicznego sprawdzenia konfiguracji sprzętowej serwera oraz warunków gwarancji po podaniu numeru seryjnego bezpośrednio u producenta lub jego przedstawiciela”;

2) w zakresie pozycji nr 4: serwer:

a) dla parametru certyfikaty: Zamawiający wymagał aby oferowany serwer wyprodukowany był zgodnie z normą ISO- 9001:2008 lub równoważną oraz ISO-14001 lub normą równoważną, natomiast Wykonawca nie potwierdził w ofercie, aby serwer był wyprodukowany zgodnie z normą ISO-14001 lub równoważną;

3) w zakresie pozycji 9: stojąca szafa serwerowa RACK 19”:

a) w odniesieniu do oferowanej szafy serwerowej nr 1 (o szerokości 600 mm): Wykonawca nie wskazał w ofercie okresu gwarancji na akcesoria elektryczne i szafę, która zgodnie z wymaganiami Zamawiającego miała wynosić minimum 5 lat”.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołania, jako bezzasadne, nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie KIO 2669/17.

1. Zarzuty naruszenia: art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp,

– rozpoznawane łącznie.

Odwołujący Virtual podniósł, iż Zamawiający dopuścił się złamania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez prowadzenie postępowania bez zachowania zasady bezstronności oraz obiektywizmu. Podniósł także, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, mimo iż zamówienia można udzielić wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami oraz poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść odpowiadała treści SIWZ, a także poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do

złożenia wyjaśnień, pomimo powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do treści oferty. Odwołujący Virtual wskazuje również, że doszło do naruszenia ustawy Pzp wobec zaniechania poprawienia w jego ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, pomimo iż był do tego zobowiązany. W ocenie Odwołującego Virtual Zamawiający dokonał również błędnej wykładni oświadczenia woli zawartego w jego ofercie.

Izba poddała powyższe zarzuty łącznej ocenie, albowiem Odwołujący Virtual wywodzi je z jednej podstawy faktycznej, której ocena decyduje o ich zasadności.

W dalszej części uzasadnienia, dla zachowania czytelności, Izba przyjęła oznaczenia parametrów, w których zakresie Zamawiający stwierdził niezgodności oferty Odwołującego Virtual, takie jak ww. piśmie Zamawiającego z dnia 5.12.2017 r.

Przedmiotowe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby Zamawiający zasadnie przyjął, że niezgodność oferty Odwołującego Virtual z SIWZ nie podlega poprawieniu bądź wyjaśnieniom, mając na uwadze niezgodności wskazane w punktach 1.c, 2.b, 4.b, 8.a i 9.b. We wskazanych punktach w ofercie nie znalazły się informacje które były niezbędne dla możliwości stwierdzenia zgodności oferty Odwołującego Virtual z wymogami SIWZ. Odwołujący w pkt 1.c, 2.c, 4.b i 9.b zaniechał podania ilości zainstalowanych dysków twardej, na podstawie oferty można było stwierdzić zaoferowanie jedynie jednego dysku. Ponadto

w pkt 8.a Odwołujący Virtual dokonał zawężenia warunków gwarancji jedynie do możliwości naprawy (wymóg SIWZ – gwarancja naprawy lub wymiany). Istotnym jest przy tym, że – jak sam przyznał Odwołujący – w większości punktów szczegółowego formularza ofertowo – cenowego dokonał on mechanicznego powielenia wymogów zawartych w kolumnie „wymagania minimalne”. W zakresie rozpatrywanych punktów działanie takie nie miało miejsca, chociaż brak powtórzenia wymagań minimalnych dotyczył zaledwie dwóch bądź jednej cyfry - ilości zainstalowanych dysków.. Należy przy tym zaznaczyć, że w innych punktach szczegółowego formularza ofertowo – cenowego, dotyczących analogicznych parametrów, Odwołujący Virtual zawarł wszystkie wymagane informacje – tj. ilość zainstalowanych dysków. Również w zakresie warunków gwarancji Odwołujący wszędzie w ofercie, poza wskazanym pkt 8.a, dokonywał wprost powtórzenia wymagań minimalnych, poniechawszy nawet zmiany form gramatycznych. W zakresie dysków dodać należy, iż w opinii Odwołującego OPZ nie określał wymogu podania ich ilości – co stoi w sprzeczności z wyraźnymi zapisami OPZ, który wskazywał na wymagania minimalne – serwer 1 – 16 dysków 1,2 TB, serwer 12 dysków 2 TB, serwer 4 – 8 dysków 1,2 TB. Reasumując, Odwołujący nie złożył oświadczenia woli o zaoferowaniu wskazanej w OPZ ilości dysków.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że nie było możliwym konwalidowanie oferty Odwołującego Virtual we wskazanym zakresie.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Niewątpliwie zaś wprowadzenie do oferty nowych parametrów, które nie wynikają z żadnej jej części, stanowiłoby istotną zmianę treści oferty, niedopuszczalną w świetle powołanego przepisu. Wadliwość oświadczenia woli (oferty Odwołującego) była istotna – dotyczyła parametrów kluczowych dla działania i funkcjonalności zamawianego sprzętu. Odwołujący Virtual nie podważał, iż ww. zapisy oferty nie dotyczą istotnej jej części, mają znikomą wartość bądź też pozostają bez wpływu na funkcjonalność przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie miał też podstaw do wezwania Odwołującego Virtual do wyjaśnień w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż *„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”*. Zmiana treści oferty dopuszczalna jest zatem jedynie w przypadkach określonych w art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp. Ustęp 1a rzeczono przepisu odnosi się do postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego, natomiast ustęp 2 – do poprawienia oczywistych omyłek pisarskich (pkt 1), rachunkowych (pkt 2), bądź innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (pkt 3). Brak zaoferowania kompletnego przedmiotu zamówienia oraz wymaganej gwarancji nie podlega sprostowaniu jako oczywista omyłka pisarska, Zamawiający nie ma bowiem podstaw do przyjęcia, jakie brzmienie miał zamiar nadać ofercie Odwołujący. Treść oferty w tym zakresie była jednoznaczna i nie wskazywała na popełnienie omyłki. Jak wykazano powyżej, rzeczony braki w ofercie nie mogły również zostać poprawione, bowiem stanowiłoby to istotną zmianę oferty, zmieniałby się przedmiot świadczenia Odwołującego. Ponadto oferta była w diskutowanych punktach jednoznaczna i precyzyjna, rozumienie rzeczonych zapisów nie budziło wątpliwości. Wobec powyższego, Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Odwołującego Virtual do wyjaśnień w zakresie ww. parametrów, gdyż nie byłby uprawniony, niezależnie od treści wyjaśnień, do poprawienia - zmiany oferty w rzeczonym zakresie.

Powyższe należy odnieść również do braku wskazanego w pkt 8a – zawężenia rodzaju oferowanej gwarancji zasilacza awaryjnego UPS jedynie do naprawy. Izba nie podziela zdania Odwołującego, iż zapis szczegółowego formularza ofertowo – cenowego, określającego wymagania minimalne: *„Okres gwarancji – 3 lata gwarancji naprawy lub wymiany (bez akumulatora) i 2 lata na akumulator”*, pozostawiał wykonawcom możliwość wyboru zaoferowania gwarancji na naprawę lub na wymianę. Odwołujący Virtual powołał się na wykładnię spójnika „lub”, wskazując, iż stanowi on alternatywę łączną, wobec czego pozwalał na zaoferowanie obu rodzajów gwarancji, jak też każdego z nich osobno. Jednakże argumentacja Odwołującego w tym zakresie pozostaje w oderwaniu od całości ww. zdania, które stanowiło o trzech latach *„gwarancji naprawy lub wymiany”*. Z powołanego wymogu

wynika, iż Zamawiający żądał zaoferowania gwarancji umożliwiającej naprawę lub wymianę – wymagał zagwarantowania obu z tych możliwości, co jest wymogiem oczywistym, bowiem w sytuacji niemożności naprawy, konieczna jest wymiana urządzenia dla zapewnienia pożądanej funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Należy przy tym zwrócić uwagę, że o ile wymiana urządzenia jest działaniem idącym dalej niż naprawa i zapewnia przywrócenie funkcjonalności urządzenia, o tyle naprawa nie zawsze przyniesie pożądany rezultat. Zamawiający zatem słusznie przyjął, że Odwołujący Virtual dokonał „zawężenia” warunków oferowanej gwarancji – co nie było dopuszczalne w rozumieniu wskazanego zapisu SIWZ. Odnosząc natomiast stwierdzoną niezgodność oferty z SIWZ do rozważań dotyczących możliwości jej konwalidacji w trybach określonych w art. 87 ustawy Pzp, aktualnym pozostaje stwierdzenie o niemożności dokonania zmiany oferty w tym zakresie wobec jej istotnego znaczenia. Co więcej, Odwołujący stoi na stanowisku, iż ww. zapis SIWZ uprawniał go do zawężenia oferowanego okresu gwarancji, zatem należy stwierdzić, że jego wolą było złożenie oferty o takiej treści – jak stwierdzono powyżej, niezgodnej z SIWZ. Wobec powyższego Zamawiający zasadnie uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, poniechał wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 87 ustawy Pzp i odrzucił ofertę Odwołującego Virtual na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując, Zamawiający zasadnie uznał, że oferta Odwołującego Virtual w ww. punktach 1.c, 2.b, 4.b, 8.a i 9.b. jest niezgodna z SIWZ oraz nie zachodzą podstawy do poprawienia oferty bądź wezwania Odwołującego do wyjaśnień i prawidłowo dokonał odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Należy zaznaczyć, iż stanowisko Izby w zakresie braku możliwości wprowadzania nowych elementów do oferty na podstawie art. 87 ustawy Pzp wpisuje się w ugruntowane orzecznictwo w tym zakresie – por np. wyrok KIO z dnia 3.10.2016 r., sygn. akt KIO 1694/16, z dnia 28.10.2016 r., sygn. akt KIO 1946/16, z dnia 16.12.2016 r., sygn. akt KIO 2245/16, z dnia 19.04.2017 r., sygn. akt KIO 604/17, z dnia 19.01.2017 r., sygn. akt KIO 22/17, z dnia 28.03.2017 r., sygn. akt 500/17. W ocenie Izby zamawiający nie dopuścił się również naruszenia art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, dokonał bowiem wykładni oświadczenia woli – oferty w sposób prawidłowy, mając na uwadze okoliczności w jakich oświadczenie zostało złożone – tj. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zatem z uwzględnieniem zasad określonych w ustawie Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, wobec czego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezależnie od stwierdzenia bezzasadności zarzutu odwołania w powyższym zakresie i oceny jego skuteczności, w ocenie Izby inaczej należy ocenić przedmiotowy zarzut w kontekście niezgodności z SIWZ stwierdzonych w pkt 1.a, 1b, 1.d, 1.e, 1.f, 1.g, 2.a, 2.c, 2.d, 3.a, 3.b, 3.c, 4.a, 4.c, 5.a, 6.a, 7.a, 9.a. W ocenie Izby Zamawiający winien był wezwać

do wyjaśnień w zakresie ww. niezgodności oferty z SIWZ celem ustalenia, czy Odwołujący Virtual oferuje produkty zgodne z wymaganiami minimalnymi. Różnica w ocenie Izby co do możliwości zwrócenia się o wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w tym zakresie wynika z odmiennych okoliczności faktycznych dotyczących przedmiotowych niezgodności.

W pkt 1a, 1.b., 1.d, 2.a, 2.c, 3.c, 4.a, 4.c, 7.a, 9.a Odwołujący zaniechał wskazania jednego bądź większej ilości parametrów, jednakże podał nazwy konkretnych produktów, do których parametry te się odnoszą. Zamawiający mógł zatem ustalić – potwierdzić, czy rzeczony produkty posiadają wymagane parametry, inaczej niż w przypadkach punktów 1.c, 2.b, 4.b, 8.a i 9.b., gdzie, zaś spełnienie wymagań minimalnych zależało jedynie od woli Odwołującego i przyjętej konfiguracji. Podobnie, w odniesieniu do pkt. 3.a Odwołujący zaniechał podania wymaganej nazwy oprogramowania, jednakże Zamawiający w tym zakresie nie określił szczegółowych wymagań minimalnych, zatem Odwołujący mógł uzupełnić oświadczenie

w tym zakresie w odpowiedzi na wezwanie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. O ile wskazane przez Odwołującego oprogramowanie pochodziłoby od wskazanego w ofercie producenta, nie zachodziłaby istotna zmiana treści oferty. Wskazać należy, że przedmiotowe parametry dotyczyły okoliczności odnoszących się do samych produktów, Odwołujący nie miał wpływu na posiadanie przez nie odpowiednich parametrów. W sytuacji potwierdzenia przez Odwołującego (ewentualnie popartego dowodami), że wskazane w pierwotnej treści oferty produkty posiadają wymagane parametry, nie doszłoby do zmiany oferty. Gdyby zaś Odwołujący nie potwierdził powołanych okoliczności, Zamawiający w dalszym ciągu byłby uprawniony do odrzucenia oferty. Dalej, w przypadku niezgodności oferty z SIWZ stwierdzonej przez Zamawiającego w pkt 1.e, 1.f, 1.g, 2.d, 3.b, 5.a, 6.a, 7.a, Izba również stoi na stanowisku, iż Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień treści oferty, czy potwierdza on spełnianie wymagań minimalnych. We wskazanych punktach Odwołujący Virtual dokonał przekopiowania wymagań minimalnych, wraz z zachowaniem takich form jak „powinien być”, „należy dostarczyć”, „musi pochodzić” itp. W ocenie Izby, choć postępowanie takie jest niezgodne z art. 7.20 SIWZ – który dotyczy sposobu przygotowania oferty, to nie stanowi ono niezgodności treści oferty z SIWZ. W tym zakresie Zamawiający winien był powziąć wątpliwości i wezwać Odwołującego Virtual do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dla potwierdzenia spełniania wymagań minimalnych. Oświadczenia Odwołującego

w powołanych punktach były bowiem niejednoznaczne, nie można jednak uznać by ich doprecyzowanie stanowiło nową treść oferty – koniecznym było jedynie ich wyjaśnienie.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego Virtual do wyjaśnień we wskazanym zakresie. Ustalenie to jednakże nie wpływa na ocenę

zasadności odwołania, bowiem – jak stwierdzono uprzednio – Oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu wobec pozostałych niezgodności treści oferty z SIWZ. Rzeczony naruszenie pozostaje zatem bez wpływu na wynik postępowania i jako takie, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych.

Powyższe zarzuty odwołania miały charakter posiłkowy oraz uzależnione były od zarzutów rozpatrzonych w pkt 1. Wobec uznania przez Izbę, że Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego Virtual i prawidłowo zaniechał wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 bądź poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, brak jest podstaw dla twierdzenia, że Zamawiający winien był wybrać ofertę Odwołującego,

a zaniechanie tej czynności stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp – tym bardziej, iż Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto zarzut ten nie został w żaden sposób przez Odwołującego Virtual udowodniony. Podobnie wobec stwierdzenia prawidłowości postępowania Zamawiającego w ww. zakresie brak było podstaw dla stwierdzenia zasadności pozostałych ze wskazanych zarzutów, mając na uwadze ich powiązanie z zarzutami uznanymi przez Izbę za bezzasadne.

Odwołanie KIO 2670/17

Odwołujący Planeta zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący Planeta wywodzi, że Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, zaniechał wezwania do wyjaśnień w obszarze, który stał się podstawą odrzucenia oferty oraz – ewentualnie – zaniechał dokonania poprawy innej omyłki polegającej na nieistotnej niezgodności z SIWZ.

Izba postanowiła o łącznym rozpoznaniu ww. zarzutów, wobec ich tożsamej podstawy faktycznej.

W dalszej części uzasadnienia, dla zachowania czytelności, Izba przyjęła oznaczenia parametrów, w których zakresie Zamawiający stwierdził niezgodności oferty Odwołującego Planeta, takie jak ww. piśmie Zamawiającego z dnia 5.12.2017 r.

W ocenie Izby przedmiotowy zarzut nie znajduje oparcia w niniejszej sprawie w odniesieniu do niezgodności oferty z SIWZ wskazanej przez Zamawiającego w pkt 3.a. Odwołujący Planeta zaniechał wskazania terminu gwarancji na szafę serwerową nr 1

i akcesoria elektryczne, która zgodnie z minimalnymi wymaganiami Zamawiającego miała wynosić minimum 5 lat. Należy przy tym zauważyć, że w przypadku szafy serwerowej nr 2 Odwołujący wskazał termin gwarancji zgodnie z wymaganiami minimalnymi. Zamawiający zasadnie uznał brak podstaw do wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp bądź sprostowania omyłki na podstawie art. 87 ust. 1 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Uzupełnienie oferty o wskazanie terminu gwarancji, w przypadku zupełnego pominięcia tego wskazania w pierwotnej jej treści, stanowiłoby w zasadzie złożenie oferty o nowej treści, co jest niedopuszczalne w świetle powołanych unormowań ustawy Pzp. Aktualne w tym zakresie pozostają rozważania dotyczące istotnej zmiany oferty dokonane powyżej w odniesieniu do odwołania Odwołującego Virtual w sprawie KIO 2669/17 wraz z powołanym tam orzecznictwem. Należy zważyć również, że mając na uwadze zapis pkt 2.10 SIWZ oferowaną gwarancję należało rozumieć jako gwarancję wykonawcy, zatem jej długość uzależniona była od oświadczenia wykonawcy w tym zakresie, którego w ofercie Odwołującego Planeta zabrakło. Izba nie podziela argumentu Odwołującego, że skoro zgodnie z SIWZ wsparcie techniczne miało być świadczone w okresie gwarancji, to okres wsparcia technicznego był tożsamym okresem z okresem gwarancji, co wynikać miało z pkt 5 formularza oferty dla części 1. Wskazać należy, że pkt 5 formularza oferty dla części 1 odnosił się do dodatkowych kryteriów oceny ofert, nie zaś do oceny spełnienia wymagań minimalnych określonych w OPZ/szczegółowym formularzu ofertowo-cenowym. Dalej należy stwierdzić, że Zamawiający, wobec braku wskazania okresu gwarancji nie miał żadnej pewności, że Odwołujący nie będzie się uchylał od ewentualnych zobowiązań w tym zakresie, powołując się właśnie na brak rzezonego oświadczenia. Powołana przez Odwołującego konstrukcja mająca wskazywać na zaoferowanie właściwego terminu nie pozwala na jednoznaczne określenie, że było jego wolą zaoferowanie wymaganego okresu gwarancji, albowiem – zgodnie z treścią oferty – Odwołujący w ogóle nie złożył oświadczenia woli w tym zakresie, zatem nie zaoferował żadnej gwarancji. Niewątpliwie oferowany termin gwarancji jest istotnym elementem oferty, mogącym przesądzać o ocenie oferowanego przedmiotu zamówienia, zatem dodanie oświadczenia w tym zakresie do pierwotnej treści oferty stanowi jej istotną zmianę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Należy wskazać również, że oświadczenie, że wykonawca zapoznał się z SIWZ oraz uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami i zasadami jest ogólnym stwierdzeniem dotyczącym woli wykonawcy, które jednakże nie może zastępować prawidłowego sporządzenia oferty w sposób, który umożliwi Zamawiającemu stwierdzenie zgodności oferty z SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego Planeta wobec niezgodności jej treści z SIWZ stwierdzonej

w pkt 3.a i prawidłowo zaniechał wezwania Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przedmiotowy zarzut nie znalazł potwierdzenia w niniejszej sprawie, wobec czego odwołanie należało oddalić.

Podobnie jak w sprawie KIO 2669/17 Izba odmiennie oceniła postępowanie Zamawiającego w zakresie naruszeń dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego Planeta na podstawie niezgodności oferty z SIWZ stwierdzonych w pkt 1.a i 2.a. W ocenie Izby, wobec posiadania przez Zamawiającego informacji dotyczących urządzeń, co do których wskazania parametrów zaniechał Odwołujący, było możliwym wezwanie Odwołującego do wyjaśnień

w tym zakresie celem potwierdzenia spełniania wymogów SIWZ. W sytuacji takiego potwierdzenia przez Odwołującego (w tym również – w zależności od potrzeb Zamawiającego – popartego np. kartami katalogowymi) spełniania wymagań, nie doszłoby do zmiany treści oferty. Rzeczone parametry dotyczą bowiem okoliczności obiektywnych, odnoszą się do samych produktów, Odwołujący nie miał wpływu na posiadanie rzeczonych cech przez zaoferowane produkty. Produkty były precyzyjnie wskazane (bezsporne), zatem potwierdzenie, że posiadają one wymagane cechy nie stanowiłoby zmiany treści oferty. W tym zakresie Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże mając na uwadze stwierdzoną powyżej zasadność odrzucenia oferty Odwołującego Planeta, naruszenie to nie wpływa i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy które ma lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, wobec czego stwierdzenie ww. naruszenia nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

