

Sygn. akt: KIO/UZP 1564 /09

**WYROK**  
z dnia 19 listopada 2009 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Jolanta Markowska

**Członkowie:** Emil Kuriata  
Luiza Łamejko

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., Matic sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Izba Celna w Krakowie Al. Krasińskiego 300A, 31-111 Kraków** protestu z dnia 25 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: ComArch S.A., Matic sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., Matic sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ComArch S.A., Matic sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Izba Celna w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę czterech serwerów na potrzeby Systemu ZEFIR". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 99 - 143539 w dniu 26 maja 2009 r.

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty. Zamawiający w dniu 17 września 2009 r. przekazał wykonawcom informację o dokonaniu oceny ofert i wyborze oferty Konsorcjum Wasko S.A. i Bull Polska sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum Wasko) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania i żadna z ofert nie została odrzucona.

Odwołujący - Konsorcjum firm: ComArch S.A. i Matic sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwane dalej Konsorcjum ComArch), który uzyskał czwartą pozycję w rankingu ofert, wniósł

protest na powyższą czynność zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wasko, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Wasko i art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Wasko, a także art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak – Sekom S.A., art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Qumak – Sekom S.A., art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polcom Sp. z o.o., art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał w uzasadnieniu na następujące okoliczności:

Konsorcjum Wasko:

Złożona gwarancja wadialna jest niezgodna z ustawą Pzp i siwz - w treści gwarancji nie zostały wymienione zdarzenia (wymagane ustawą Pzp) uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium. Ponadto, gwarancja zawiera odniesienie do ustawy Pzp, bez uwzględnienia zmian nowelizujących ustawę, co nie zapewnia możliwości skutecznej egzekucji roszczeń.

Oferta podpisana została przez osobę nieuprawnioną - Piotra S., który nie może działać skutecznie w imieniu Konsorcjum Wasko, gdyż pełnomocnictwo zostało mu udzielone przez Wasko S.A. w dniu 4 września 2009 r. podczas, gdy Wasko S.A. została liderem konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 września 2009 r. Uzupełnienie pełnomocnictwa na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie jest możliwe z uwagi na konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Qumak – Sekom S.A.:

Oferta podpisana została przez osobę nieuprawnioną - Rafała D. na podstawie pełnomocnictwa ogólnego, w którym nie wskazano konkretnego postępowania. Pełnomocnictwo nie podlega uzupełnieniu, gdyż oferta podlega odrzuceniu z innych przyczyn.

Oferta zawiera błąd rachunkowy w obliczeniu ceny niepodlegający poprawieniu. Przyjmując, że kwota ceny netto i brutto w formularzu ofertowym zostały podane prawidłowo, należy uznać, że zastosowano nieprawidłowe stawki VAT, niezgodne z ustawą o podatku od towarów i usług (w wysokości ok. 18,66 %). Zamawiający nie przewidział w siwz zastosowania różnych stawek VAT przy realizacji zamówienia, natomiast wykonawca zastosował zwolnienie z podatku VAT w przypadku usług szkoleniowych.

Polcom Sp. z o.o.

Oferta jest wariantowa w zakresie tabeli nr 1 pkt 1.b w odniesieniu do systemu operacyjnego, podczas gdy zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych. Zaoferowano serwer pracujący pod kontrolą systemu operacyjnego AIX w wersji 5.2 lub wersji wyższej w pełni kompatybilnej z wersją 5.2”.

Oferta jest niezgodna z treścią siwz w zakresie tabeli nr 1 pkt 13.d oraz pkt 2 (usługi) ppkt d, e, f ponieważ wykonawca nie uwzględnił modyfikacji z dnia 29 lipca 2009 r. a tym samym zaoferowany system operacyjny nie uwzględnia wymagań zamawiającego.

Poprzez akceptację zmian w ofercie Polcom Sp. z o.o., na skutek wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł w proteście o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, wykluczenie Konsorcjum Wasko, odrzucenie ofert złożonych przez Konsorcjum Wasko, Polcom Sp. z o.o. i Qumak- Secom S.A. oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający rozstrzygnął protest uwzględniając żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności oceny ofert. W pozostałej części protest został oddalony. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz stwierdził nieważność dokonanej oceny ofert. Wyjaśnił, że złożona przez Konsorcjum Wasko gwarancja wadialna stanowi bezwarunkowe zobowiązanie do zapłaty pełnej kwoty wadium po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadniania, w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium określonego w ustawie z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz spełnia wymagania siwz. W odniesieniu do pozostałych zarzutów zamawiający uznał konieczność zbadania zasadności, wobec czego podjęto decyzję o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Konsorcjum ComArch wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący podtrzymał w odwołaniu wszystkie zarzuty zawarte w proteście dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 7 ust. 1 Pzp. Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum Wasko, odrzucenia oferty Konsorcjum Wasko, oferty Polcom Sp. z o.o. i oferty Qumak- Secom S.A. oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście. Dodatkowo wskazał, że zamawiający w rozdz. VII pkt 7 siwz wyraźnie podał treść jaką powinna zawierać gwarancja wadialna, natomiast złożona przez Konsorcjum Wasko gwarancja ubezpieczeniowa takiej treści nie zawiera. W kwestii pełnomocnictwa

stwierdził, iż nie można uznać błędu co do daty wystawienia pełnomocnictwa „konsorcjalnego” za „niezamierzoną, mechaniczną omyłkę”.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Wyeliminowanie wszystkich ofert, które poprzedzają ofertę odwołującego pod względem uzyskanej oceny umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut, iż Konsorcjum Wasko nie wniosło ważnego wadium zabezpieczającego złożoną ofertę. W konsekwencji zamawiający nie naruszył przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Wasko. Tym samym brak jest podstaw, aby uznać ofertę ww. wykonawcy za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdz. VII zamawiający określił wymagania dotyczące wadium. W pkt 7 postanowił, iż „z treści gwarancji winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wpłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy.”

Konsorcjum Wasko wniosło wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (nr 250001153937 z dnia 28 sierpnia 2009 r.) wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie. W treści gwarancji zawarto oświadczenie gwaranta, iż jest zobowiązany wobec zamawiającego w wymaganej kwocie, którą zobowiązuje się wpłacić zamawiającemu. Gwarancja zawiera klauzulę o treści: „Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków

zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.”

Zdaniem Izby, powyższa gwarancja jest zgodna z ustawą Pzp i wymaganiami specyfikacji w tym postępowaniu. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie precyzuje zakresu treści dokumentu będącego podstawą ustanowienia wadium, nie wymaga też precyzyjnego zapisania przypadków skutkujących zatrzymaniem wadium. Treść dokumentu musi być oceniana pod kątem celu wniesienia wadium tj. skutecznego zabezpieczenia oferty. Pomimo, iż treść gwarancji nie zawiera treści lieteralnie tożsamej z określoną w specyfikacji, nie można uznać, że gwarancja nie spełnia wymagań siwz. Zobowiązanie gwaranta zawarte w treści ww. dokumentu jest bezwarunkowe i nieodwołane, obejmuje zapłatę na pierwsze pisemne żądanie pełnej kwoty wadium po spełnieniu się każdego z warunków zatrzymania wadium, które są określone w ustawie - obejmuje tym samym zakres zdarzeń uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium co najmniej w takim zakresie, jak tego żądał zamawiający w specyfikacji. Wobec wskazania w gwarancji podstawy roszczeń w sposób generalny, brak powołania się na przepis art. 46 ust. 5 Pzp nie stanowi przeszkody do egzekucji roszczeń z tytułów wskazanych w tym przepisie. Zdarzenia uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium nie muszą być wymienione w treści gwarancji. Ze wskazania natomiast w treści gwarancji przepisów „ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”, jako podstawy prawnej roszczeń z gwarancji, wobec braku jakichkolwiek dodatkowych zastrzeżeń, wynika, że mają w tym przypadku zastosowanie aktualne przepisy ustawy Pzp według stanu prawnego na dzień podjęcia zobowiązania. Nie ma żadnych podstaw, aby uznać, że gwarancja odnosi się do treści ustawy Pzp według stanu prawnego na dzień wejścia ustawy w życie.

Odnosząc się do zarzutu, iż oferta Konsorcjum Wasko została podpisana przez osobę nieuprawnioną, wobec czego zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ww. oferty, Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty lecz był zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Oferta złożona przez Konsorcjum Wasko została podpisana przez Piotra S. działającego na mocy pełnomocnictwa z dnia 4 września 2009 r. (str. 6 oferty) udzielonego przez Wasko S.A. Potrowi S. m.in. do podpisania i złożenia oferty w imieniu Konsorcjum firm: Wasko S.A. i Bull Polska sp. z o.o.. W ofercie (str. 9) przedłożono również pełnomocnictwo z dnia 7 września 2009 r. udzielone firmie Wasko S.A. przez drugiego członka konsorcjum tj. Bull Polska Sp. z o.o. do podpisania i złożenia oferty w imieniu obu podmiotów ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Pełnomocnictwo powyższe zawiera w treści

upoważnienie dla lidera konsorcjum do udzielania dalszych pełnomocnictw we wskazanym wyżej zakresie.

Daty udzielenia obu pełnomocnictw wskazują, że pełnomocnictwo dla Piotra S. zostało udzielone przez Wasko S.A. zanim Wasko S.A. została ustanowiona pełnomocnikiem upoważnionym do reprezentowania (w tym podpisania i złożenia oferty) obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i udzielania dalszych pełnomocnictw w powyższym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, złożone w ofercie pełnomocnictwo udzielone Piotrowi S. przez Wasko S.A. nie mogło obejmować umocowania do działania w imieniu drugiego wykonawcy działającego wspólnie z Wasko S.A. w ramach konsorcjum. Oceniając prawidłowość pełnomocnictwa do dokonania czynności prawnej w postaci złożenia oferty Konsorcjum Wasko, należy uznać je za wadliwe. Pełnomocnictwo powyższe nie uprawnia wskazanej w nim osoby do podpisania i złożenia oferty w imieniu Konsorcjum Wasko, która to czynność została faktycznie dokonana - oferta została podpisana przez osobę nienależycie umocowaną do działania. Brak w ofercie prawidłowego pełnomocnictwa, wówczas gdy jest ono wymagane, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp podlega uzupełnieniu chyba, że oferta pomimo jego złożenia podlega odrzuceniu, albo postępowanie podlega unieważnieniu. Zważywszy, że oferta Konsorcjum Wasko nie podlega odrzuceniu oraz postępowanie nie podlega unieważnieniu zamawiający z mocy przepisu art. 26 ust. 3 Pzp jest zobowiązany do żądania uzupełnienia ww. dokumentu. W toku rozprawy zamawiający wyjaśnił, iż wezwał Konsorcjum Wasko do uzupełnienia pełnomocnictwa, które zostało uzupełnione w dniu 16 października 2009 r. Zgodzić się należy ze stanowiskiem odwołującego, iż czynność powyższa została dokonana przez zamawiającego przedwcześnie, ponieważ tylko w przypadku uwzględnienia protestu w pełnym zakresie zgłoszonych żądań, co nie miało tu miejsca, zamawiający może dokonać czynności zaniechanych lub powtórzyć czynności (art. 183 ust. 5 Pzp). Czynności wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa nie można uznać za uwzględnienie protestu w zakresie zgłoszonego żądania, gdyż odwołujący żądał odrzucenia oferty Konsorcjum Wasko, a nie wezwania do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa, co odwołujący potwierdził w swoich wywodach na rozprawie. Rozpoznając odwołanie Izba nie może jednak pominąć ww. dokumentu znajdującego się w aktach postępowania. Z treścią zarówno wezwania jak i uzupełnionego pełnomocnictwa mógł się również zapoznać odwołujący przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Ponieważ, treść pełnomocnictwa potwierdza umocowanie p. Piotra S. do podpisania i złożenia oferty w imieniu Konsorcjum Wasko w dniu 7 września 2009 r. należy uznać, że oferta stanowi oświadczenie woli złożone w imieniu mocodawcy przez osobę należycie umocowaną.

W toku rozprawy zamawiający oświadczył, iż podzielił zarzut odwołującego, że oferta Qumak – Sekom S.A. zawiera błędy w obliczeniu ceny. Z uwagi na powyższe zarzut należało uznać za uwzględniony przez zamawiającego. Oferta zatem podlega w tych okolicznościach odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Biorąc pod uwagę dodatkowo, że oferta nie jest zabezpieczona wadium (termin złożonej gwarancji wadium upłynął w dniu 9 listopada 2009 r.) podlega odrzuceniu również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba uznała za niezasadny zarzut, iż oferta Qumak – Sekom S.A. nie została podpisana przez osobę uprawnioną, a wobec tego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, której to czynności zamawiający zaniechał.

Oferta ww. wykonawcy została podpisana przez Rafała D. działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 maja 2009 r. udzielonego przez osoby reprezentujące zarząd spółki Qumak – Sekom S.A. uprawnione do reprezentacji stosownie do zasad ujawnionych w KRS. Zgodnie z treścią pełnomocnictwa pełnomocnik został umocowany m.in. do „podpisywania składanych ofert i dokumentów towarzyszących ofertom dotyczących sprzedaży towarów usług i praw majątkowych, w tym w sprawach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości nieprzekraczającej kwoty 1 mln zł netto”. Pełnomocnictwo upoważnia pełnomocnika do samodzielnego, jednoosobowego składania oświadczeń, środków ochrony prawnej i podpisywania dokumentów w imieniu Spółki w ramach udzielonego pełnomocnictwa oraz do podejmowania innych czynności i działań potrzebnych do wypełnienia celu i zakresu pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo powyższe uprawnia do podpisania i złożenia oferty w imieniu Spółki w tym postępowaniu. Jest to pełnomocnictwo rodzajowe, którego zakres przedmiotowy obejmuje dokonaną czynność. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest wymagane pełnomocnictwo do poszczególnej czynności – żaden przepis ustawy nie wymaga pełnomocnictwa szczególnego dla złożenia lub podpisania oferty w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie do treści art. 98 k.c. do złożenia oferty wystarczające jest pełnomocnictwo ogólne, gdyż czynność ta nie wykracza poza zakres czynności zwykłego zarządu.

Odnosząc się do - zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polcom Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści siwz, Izba uznała - zarzut powyższy za zasadny.

Zamawiający zawarł w Rozdziale I pkt 1 siwz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym w Tabeli nr 1 - specyfikację techniczną serwera. Wymagał złożenia w ofercie (Rozdział V i IX pkt 6 i 8 siwz) formularza ofertowego wraz z dołączoną specyfikacją techniczną sprzętu.



Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 lipca 2009r., sygn. akt KIO/UZP 876/09 nakazała zamawiającemu wykonanie czynności zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tabeli nr 1 – Specyfikacja techniczna serwera, w pkt 1 lit. b, w pkt 2, w pkt 13 lit. a, poprzez dodanie na końcu wskazanych punktów w kolumnie pt. Opis, wyrazów „lub równoważny”. Pismami z dnia 29.07.2009r. zamawiający wykonał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej - zmodyfikował zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia m.in. poprzez dodanie w w/w punktach wyrazów „lub równoważny”. Dodatkowo zamawiający dodał ogólny zapis dopuszczający zastosowanie przez wykonawców rozwiązań równoważnych rozwiązaniom wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymagał, aby wykonawca, który w ofercie powoła się na stosowanie rozwiązań równoważnych wykazał, że oferowane przez niego urządzenia i rozwiązania spełniają wymagania określone w siwz specyfikując sprzęt, jego komponenty oraz oprogramowanie, jak w tabeli w pkt. 1 opisu przedmiotu zamówienia. W sytuacji, gdy oferowane rozwiązania lub technologie równoważne nie wymagają stosowania komponentów lub oprogramowania wymienionych w tabeli, wykonawca zobowiązany był wskazać w ofercie, który z oferowanych składników realizuje funkcje wyspecyfikowane w tabeli.

W pkt 13 lit. d Tabeli nr 1 zamawiający rozszerzył zakres wymagań dotyczących wersji motoru bazy danych zainstalowanej na dostarczanych serwerach, natomiast w Rozdziale I siwz pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający określił działania, do których jest zobowiązany wykonawca, tj. (lit. d) wykonanie testów dotyczących czasów wykonania operacji dump/load w przypadku zaoferowania rozwiązań równoważnych, (lit. e) zachowanie identyczności binarnej danych z danymi na serwerach i wykonanie migracji danych ze starych serwerów na dostarczone w czasie nie dłuższym niż 3 godziny, (lit. f) wymóg zagwarantowania zgodności zaoferowanej wersji motoru baz danych z obecnie używaną, w przypadku zaoferowania systemu operacyjnego równoważnego oraz pokrycia wszelkich kosztów wynikających z usunięcia niezgodności. Biorąc pod uwagę powyższe, w ramach omawianej modyfikacji zamawiający dokonał uszczegółowienia przedmiotu zamówienia poprzez dodanie wymogu zachowania identyczności binarnej danych oraz czasu odtwarzania po awarii (patrz: rozstrzygnięcie protestu wniesionego przez Lumena S.A. – pismo zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2009r).

Wykonawca złożył w ofercie Załącznik nr 1 szczegółowy opis przedmiotu dostawy, w którym zaoferował serwer IBM Power System 550 (Power 6). Jak wyjaśnił zamawiający w toku rozprawy, zaoferowany serwer umożliwia prawidłową pracę motoru bazy danych określonego w pkt 1 lit. a oraz pracuje pod kontrolą systemu operacyjnego AIX w wersji w pełni kompatybilnej z wersją 5.2, a zatem spełnia wymagania określone przez zamawiającego jako podstawowe w pkt 1 lit. a i b Tabeli nr 1. Tym samym nie można uznać, że wykonawca zaoferował odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania

zamówienia, co stanowiłoby podstawę do stwierdzenia, że złożona oferta stanowi ofertę wariantową w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 7 Pzp. W ocenie Izby, użycie słowa „lub” w opisie wymagań dotyczących serwera (pkt 1 lit a Tabeli nr 1) oznacza, że zamawiający dopuścił zaoferowanie serwera, który spełnia wymóg określony zarówno w zdaniu pierwszym, jak i zdaniu drugim jak i łącznie co do obu opisanych wersji motoru bazy danych, a wybór pozostawił wykonawcy. Izba zważyła, że skoro zamawiający nie określił w specyfikacji żądania w zakresie wskazania przez wykonawcę w ofercie konkretnej wersji motoru bazy danych, którego poprawną pracę umożliwi zaoferowany serwer, to brak jest podstaw, aby uznać, że złożona oferta nie spełnia w omawianym zakresie wymagania siwz. Powyższa argumentacja odnosi się w całości również do kwestii spełnienia wymagania określonego w pkt 1 lit. b Tabeli nr 1 dotyczącego wersji systemu operacyjnego, pod kontrolą którego pracuje zaoferowany serwer. W ocenie Izby, w przedstawionym wyżej zakresie treść oferty Polcom Sp. z o.o. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnośnie wymagań określonych w pkt 13 oraz w pkt 2 lit. d, e, f wprowadzonych modyfikacją z dnia 29 lipca 2009 r. Izba uznała, że ponieważ oferta nie przedstawia rozwiązań równoważnych lecz oferuje przedmiot zamówienia określony przez zamawiającego jako podstawowy spełniający wymagania, to pominięcie w opisie parametrów technicznych przedmiotu oferty treści zawartych w siwz odnoszących się do rozwiązań równoważnych nie ma żadnego znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią siwz. Zatem, nie ma znaczenia pominięcie w ofercie treści zawartej w pkt. 2 lit. d i f specyfikacji. Dla rozstrzygnięcia o zgodności treści oferty z treścią siwz istotne znaczenie ma natomiast spełnienie wymagań opisanych przez zamawiającego w pkt 13 i pkt 2 lit. e Tabeli nr 1. Zamawiający uznał je także za istotne, co potwierdza treść wezwania Polcom Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 11 września 2009 r.) do wyjaśnienia treści oferty w powyższym zakresie. W treści pisma zamawiający wskazał na brak odniesienia w ofercie do modyfikacji siwz z dnia 29 lipca 2009 r. oraz zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie „czy przedmiot oferty spełnia wymagania w powyższym zakresie”. Wykonawca pismem z dnia 11 września 2009 r. złożył oświadczenie, iż oferuje serwery spełniające wymaganie określone w pkt 13 Tabeli nr 1 oraz pkt 2 lit. e siwz - przytaczając pełną treść wymogów wynikającą z dokonanej modyfikacji. W ocenie Izby, złożone oświadczenie we wskazanym powyżej zakresie stanowi: po pierwsze - przyznanie przez wykonawcę, że złożona oferta nie uwzględniała wskazanych wymagań, a po drugie - uzupełnienie treści oferty. Powyższe oświadczenia nie stanowią wyjaśnień w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp lecz wprowadzając nowe treści do oferty stanowią istotną zmianę jej treści w zakresie parametrów technicznych zaoferowanego przedmiotu. W świetle art. 87 ust. 1 Pzp taka zmiana treści oferty jest niedopuszczalna w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zważywszy,

że nieuwzględnienia omówionych powyżej wymagań nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską lub rachunkową, ani też za inną omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, którą zamawiający byłby uprawniony poprawić w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Izba uznała, że zamawiający dokonując akceptacji zmiany treści oferty Polcom Sp. z o.o. na skutek złożonych przez wykonawcę „wyjaśnień” naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dopuszczenie niedozwolonej zmiany treści oferty przez wykonawcę w trakcie prowadzonego postępowania.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust.1 Pzp. Izba wzięła pod uwagę, iż stwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, rozumianego jako wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Wasko w przedmiotowym postępowaniu, pomimo stwierdzenia przesłanek do odrzucenia pozostały dwóch ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....