

Sygn. akt: KIO 2745/12

**WYROK**

**z dnia 28 grudnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie** **Aneta Mlącka**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant:** **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2012 r. przez Wykonawcę **MEGATEL Sp. z o.o.**, 30-149 Kraków, ul. Balicka 75 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Politechnikę Świętokrzyską**, 25-314 Kielce, Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o.**, 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 12, **M..... G..... oraz N..... Ł..... prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod firmą MaN Complex G..... M....., Ł..... N.....**, 25-417 Kielce, ul. W. Przyborowskiego 4/1 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołania.**
2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **MEGATEL Sp. z o.o.**, 30-149 Kraków, ul. Balicka 75 i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **MEGATEL Sp. z o.o.**, 30-149 Kraków, ul. Balicka 75 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Wykonawcy **MEGATEL Sp. z o.o.**, 30-149 Kraków, ul. Balicka 75 na rzecz Zamawiającego **Politechnikę Świętokrzyską**, 25-314 Kielce, Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego 7 kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych,

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kielcach**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Politechnikę Świętokrzyską na *dostawę klastra komputerowego, macierzy dyskowej, komputerów do zarządzania dla Politechniki Świętokrzyskiej w Kielcach, Projekt pt. Rozwój bazy badawczej specjalistycznych laboratoriów uczelni publicznych regionu świętokrzyskiego nr POIG 02.02.00-26-023/08-00.* (nr postępowania AZP-381-152/2012), wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawca MEGATEL Sp. z o.o. wniósł w dniu 12 grudnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2745/12).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 11.12.2012 r.

O wynikach oceny ofert Odwołujący został poinformowany w dniu 3 listopada 2012r. faksem. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 07.09.2012 r., numer 2012/S 172-284309. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym dla dostaw i usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym:

- art. 7 ust. 3 Ustawy PZP poprzez wybór oferty dotkniętej nieważnością;
- art. 7 ust. 3 Ustawy PZP w związku z art. 91 ust. 1 Ustawy PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, poprzez wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: **SIWZ**);
- art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia Oferty Konsorcjum ZSK, pomimo nieważności Oferty Konsorcjum ZSK;
- art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia Oferty Konsorcjum ZSK, pomimo niezgodności tej oferty z SIWZ;
- art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum ZSK pomimo, że Konsorcjum ZSK nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia Oferty Konsorcjum ZSK jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;

- art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 Ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ZSK do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez Konsorcjum ZSK warunków udziału w postępowaniu oraz prawidłowego pełnomocnictwa;

- art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z naruszeniem przepisu art. 87 ust. 1 Ustawy PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wystąpienia do Konsorcjum ZSK o wyjaśnienie niejednoznaczności w treści Oferty Konsorcjum ZSK.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze Oferty Konsorcjum ZSK, jako najkorzystniejszej, dokonania czynności odrzucenia Oferty Konsorcjum ZSK, jako dotkniętej nieważnością oraz dodatkowo niespełniającej wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ, dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum ZSK z postępowania i odrzucenia Oferty Konsorcjum ZSK, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, wezwania Konsorcjum ZSK do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez Konsorcjum ZSK warunków udziału w postępowaniu oraz prawidłowego pełnomocnictwa, wystąpienia do Konsorcjum ZSK o wyjaśnienie niejednoznaczności w treści Oferty Konsorcjum ZSK, dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów Odwołujący wskazał, w zakresie twierdzenia o nieważności oferty Konsorcjum ZSK, jako podstawy do jej odrzucenia, na zakresy dwóch pełnomocnictw załączonych do oferty, określające zakres umocowania dla Pana M..... M..... W ocenie Odwołującego, nie uprawniały one do reprezentowania MaN Complex. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22.01.2010., sygn. akt KIO/UZP 1825/09. Ponieważ nie było możliwe stwierdzenie, że Zamawiający zgodził się na działanie Pana M..... M..... w imieniu MaN Complex bez umocowania, oferta Konsorcjum ZSK jest nieważna, gdyż została podpisana przez osobę działającą bez umocowania do reprezentowania wszystkich członków Konsorcjum ZSK i w związku z tym powinna zostać odrzucona.

Ponieważ oferta ta podlegała odrzuceniu również z innych powodów, nie jest możliwe zastosowanie trybu uzupełnienia pełnomocnictwa z art. 26 ust. 3 ustawy. Uzupełnienie dokumentu nie byłoby możliwe również z tej przyczyny, że pełnomocnictwa zostały złożone i nie są one wadliwe. Zdaniem Odwołującego, dokument pełnomocnictwa, który w swej treści wskazywałby umocowanie do działania Pana M..... M..... w imieniu wszystkich członków Konsorcjum ZSK nigdy nie istniał, skoro nie został załączony, a żądanie jego uzupełnienia, prowadziło by wyłącznie do przedłożenia antydatowanego dokumentu pełnomocnictwa.

W zakresie zarzutów dokonania wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ZSK, jako niezgodnej z siwz, Odwołujący wskazał na brak wymaganej specyfikacji technicznej oprogramowania i sprzętu oraz wykazu dostaw. Uzupełnienie oferty o specyfikację techniczną stanowiło niedopuszczalne uzupełnienie oferty, natomiast wykaz dostaw w ogóle nie został uzupełniony. Powyższe wskazuje na niekompletność oferty i jej niezgodność z siwz. w konsekwencji czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powinna zostać unieważniona.

Oferta Konsorcjum ZSK nie zawiera wymaganego oprogramowania Microsoft umożliwiającego spełnienie wymagań związanych z wykonaniem kopii środowiska 300 PC wyposażonych w Windows 7 (pkt. 3.8.2 lit. d ppkt i.). Wykonawca zaoferował oprogramowanie wirtualizacyjne VMware, natomiast licencje na oprogramowanie Microsoft Windows 7, w które wyposażone jest 300 szt. komputerów PC Zamawiającego, a których środowisko ma być kopiowane na Wirtualne PC, nie umożliwia korzystania z kopii tego środowiska na Wirtualnych PC. Zgodnie z treścią licencji Microsoft dla systemu Windows 7 dla komputerów PC *„Licencjobiorca może przenieść oprogramowanie i zainstalować je do własnego użytku na innym komputerze. Komputer ten staje się wówczas „licencjonowanym komputerem”. Przypisanie tej licencji do kilku komputerów jest niedozwolone.”* Taki zapis licencyjny oznacza, że aby spełnić wymagania Zamawiającego nie jest możliwe skorzystanie na wirtualnych PC z licencji już posiadanej przez Zamawiającego, ale konieczne jest dostarczenie odpowiedniej, dodatkowej licencji Microsoft Windows (tj. np. licencji w wersji Microsoft / Microsoft VDA/VL). Licencja VMware sama w sobie nie uprawnia do używania jakichkolwiek innych licencji firm trzecich, w tym również licencji firmy Microsoft – konieczne jest uzyskanie odpowiedniej licencji na takie oprogramowanie. Odpowiednie oprogramowanie Microsoft Windows nie zostało zaoferowane przez Konsorcjum ZSK, co powinni prowadzić do odrzucenia tej oferty. Dopiero wraz z wyjaśnieniami z dnia 23.11.2012 r. zostało zaoferowane odpowiednie oprogramowanie Microsoft VDA, co stanowiło niedopuszczalne uzupełnienie oferty o brakujący element przedmiotu zamówienia, który nie mógł być poprawiony na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Oferta Konsorcjum ZSK jest niejednoznaczna, przez co nie wykazuje, że spełnia ona wymagania techniczne przedmiotu zamówienia wskazane w załączniku nr 1 do siwz. Przy żadnej z pozycji zaoferowanego sprzętu nie zamieszczono wymaganych informacji dotyczących opisu spełnienia wymaganych funkcji, zastępując je sformułowaniem *w ukompletowaniu i funkcjonalności zgodnej z SIWZ*. Do oferty nie załączono również specyfikacji technicznej. Sposób w jaki zostały opisane produkty jest zbyt ogólny, a spełnienie wymagań jest uzależnione od szczegółowej konfiguracji, która nie została

przedstawiona w ofercie (np. DELL PowerEdge M620 posiada 6 opcji i w zależności od ich konfiguracji np. procesora, spełnione zostają wymagania). Sytuacja ta dotyczy pamięci RAM, konfiguracji RAID, przełącznika DELL PowerConnect M8024-k, Brocade 8 Gb Fibrę Channel M5424, DELL PowerConnect 8132F. Braki w opisie uniemożliwiały ocenę oferty, stąd Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści, tak aby było możliwe określenie i weryfikacja podstawowych parametrów klastra. Przedstawienie specyfikacji technicznej sprzętu i oprogramowania nie stanowiło wyjaśnień oferty, lecz jej uzupełnienie i rozszerzenie, co było niedopuszczalne i nie mogło stanowić podstawy do oceny tej oferty.

Nawet po jej uzupełnieniu oferta nadal jest niejednoznaczna, gdyż Konsorcjum ZSK nie przedstawiło pełnej specyfikacji technicznej, przykładowo dla obudowy serwera DELL PowerEdge M1000e, wskazanie samej nazwy nie wskazuje, czy produkt spełnia wymagania, bez określenia konfiguracji (np. w zakresie zasilaczy możliwe są dwie wersje 2+0 oraz 3+0, przy których sprzęt ten nie spełnia wymagań w zakresie nadmiarowości). Opcją konfiguracji sprzętu jest też wybór 2 kontrolerów zarządzania obudową.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, Odwołujący zakwestionował pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zasoby dla wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, oraz list referencyjny z dnia 12.05.2010 r. Do oferty nie został załączony wykaz dostaw.

Pisemne zobowiązanie UNIA Sp. z o.o. do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia w żaden sposób nie wskazuje, w jaki sposób to udostępnienie nastąpi i sprowadza się do udostępnienia załączonego listu referencyjnego z dnia 12.05.2010 r. Zamawiający nie ma zatem żadnej gwarancji, że Konsorcjum ZSK rzeczywiście będzie mogło skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, a z całą pewnością okoliczność ta nie została udowodniona, czego wymaga art. 26 ust. 2b ustawy. W ocenie Odwołującego, zakres zobowiązania powinien wzbudzić wątpliwość Zamawiającego i stanowić podstawę do wykluczenia Konsorcjum ZSK i uznania tej oferty za odrzuconą.

Dodatkowo, również treść listu referencyjnego wzbudziła wątpliwość Odwołującego, gdyż nie został w nim wskazany odbiorca, a co było wymagane w siwz. Sam papier firmowy Banku Gospodarstwa Krajowego, na którym umieszczona została treść listu referencyjnego, nie wchodzi w skład treści listu i nie może definiować odbiorcy tych usług. Nie sposób stwierdzić zatem, czy list został wystawiony przez podmiot upoważniony (tj. odbiorcę usług UNIA Sp. z o.o.).

Z ostrożności, na wypadek gdyby wskazane powyżej okoliczności nie stanowiły w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wystarczającej podstawy do wykluczenia Konsorcjum ZSK z udziału w postępowaniu i odrzucenia tej oferty, Odwołujący wskazywał na powinność

wezwania Konsorcjum do przedłożenia brakujących lub wadliwych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz prawidłowego pełnomocnictwa do podpisania oferty w imieniu wszystkich konsorcjantów.

Również z ostrożności, wskazywał na obowiązek wezwania Konsorcjum ZSK do złożenia wyjaśnień dotyczących niejednoznaczności, bez których nie jest możliwe dokonanie prawidłowej oceny oferty.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawą”.

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. i MaN Complex G..... M....., Ł..... N....., Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących jak wskazano powyżej, materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając wynik oceny ofert z dnia 30.11.2012 r., w którym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej drugiego wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu, Izba uznała, iż naruszenie przepisów ustawy przy ocenie ofert prowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i narażało na uszczerbek w postaci utraty korzyści związanych z realizacją umowy.

Przechodząc do zarzutów podniesionych w odwołaniu, sprowadzały się one do kwestionowania prawidłowości oceny oferty uznanej za najkorzystniejszą złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. oraz MaN Complex G..... M....., Ł..... N..... (dalej zwani konsorcjum ZSK).

Jako okoliczność uzasadniająca odrzucenie oferty wybranej, Odwołujący w pierwszej kolejności wskazywał na brak umocowania dla osoby składającej ofertę w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zdaniem Odwołującego załączone do oferty pełnomocnictwa nie zawierały umocowania do złożenia oferty w imieniu MaN Complex G..... M....., Ł..... N.....

W ofercie konsorcjum ZSK przedłożyło pełnomocnictwo z 12.10.2012r. dla lidera konsorcjum – firmy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. do reprezentowania konsorcjantów, jako podmiotów występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zamówienia pn: „Dostawa klastra komputerowego, macierzy dyskowej, komputerów do zarządzania dla Politechniki Świętokrzyskiej w Kielcach”. Pełnomocnictwo to uprawniało lidera między innymi do przygotowania, podpisania oferty oraz udzielania dalszych pełnomocnictw. W ofercie przedłożono również pełnomocnictwo udzielone przez Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. Panu M..... M..... z dnia 12.10.2012 r., upoważniające do „samodzielnego reprezentowania firmą Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Politechnika Świętokrzyską w Kielcach, Al. Tysiąclecia Państwa Polskiego nr 7, 25-314 Kielce (dalej „Zamawiający”) na „Dostawa klastra komputerowego, macierzy dyskowej, komputerów do zarządzania dla Politechniki Świętokrzyskiej w Kielcach” Projekt pt. „Rozwój bazy badawczej specjalistycznych laboratoriów uczelni publicznych regionu świętokrzyskiego” nr POIG 02.02.00-26-023/08-00”. Pełnomocnictwo to uprawniało między innymi do podpisania i składania oferty w postępowaniu.

Izba w oparciu o przedstawione w ofercie pełnomocnictwa uznała, iż podpisujący ofertę Pan M..... M..... działał w imieniu obu konsorcjantów. Brak przywołania w treści pełnomocnictwa udzielonego Panu M..... M..... umocowania do działania w imieniu konsorcjum, nie podważa istnienia umocowania dla lidera konsorcjum. Nie budziło wątpliwości, iż pełnomocnictwo podstawowe uprawniało lidera konsorcjum do samodzielnej reprezentacji Konsorcjum ZSK w postępowaniu w tym obejmowało prawo do złożenia oferty wspólnej. Oferta taka została sporządzona i podpisana przez osobę umocowaną do samodzielnej reprezentacji lidera konsorcjum na podstawie załączonego do oferty pełnomocnictwa. W ocenie Izby, pełnomocnictwo dla Pana M..... M..... nie musiało być



udzielone przez obu członków konsorcjum i wystarczającym było umocowanie od lidera konsorcjum. Brak wskazania w treści pełnomocnictwa, iż dotyczy ono oferty składanej wspólnie przez dwa podmioty, nie pozbawia skuteczności umocowania do złożenia oferty w tym postępowaniu przez lidera konsorcjum. Izba uznała, iż konsorcjum ZSK wykazało ciąg pełnomocnictw, z których wynikało po pierwsze uprawnienie do złożenia oferty w imieniu konsorcjum przez Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., a po drugie umocowanie dla osoby działającej w imieniu lidera konsorcjum. Powyższe prowadziło do wniosku, iż podpisujący ofertę działał z ramienia lidera konsorcjum i był uprawniony do złożenia oferty wspólnej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W dalszej części zarzuty dotyczyły wykazania niezgodności treści oferty konsorcjum ZSK ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która wynikać miała z braku przedłożenia w ofercie specyfikacji technicznej oprogramowania i sprzętu, co dodatkowo czyniło ofertę niejednoznaczną.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt VI.B.3 wymagał, w celu uznania oferty za spełniającą wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedłożenia zestawienia ilościowo-wartościowego zaproponowanego oprogramowania na który składana jest oferta w postaci zgodnej z załącznikiem Nr 1A. Zestawienie ilościowo-wartościowe zaproponowanego oprogramowania musi zawierać dokument – specyfikację techniczną potwierdzającą spełnienie przez oferowane oprogramowanie wszystkich parametrów oraz wymagań technicznych. W załączniku nr 1a – zestawieniu ilościowo-wartościowym, Zamawiający wymagał podania ilości, cen, wartości pozycji wraz z opisem produktu (producent/nazwa/model) oraz wymaganych siwz funkcji. Zgodnie z uwagą zamieszczoną na końcu załącznika, w przypadku złożenia oferty równoważnej na poszczególne pozycje, należało wskazać różnice w specyfikacji technicznej, np. przez podkreślenie lub pogrubienie proponowanego sprzętu równoważnego.

W ofercie konsorcjum ZSK przedłożyło wypełniony załącznik 1a, zamieszczając opisy produktu przez wskazanie producenta/nazwy/modelu urządzenia, oraz wskazując na ukompletowanie i funkcjonalność zgodną z siwz. Faktycznie zatem opis specyfikacji technicznej, poza wskazaniem modelu urządzenia nie zawierał szczegółowych danych, a wykonawca jedynie potwierdzał zaoferowanie urządzeń posiadających wymagane funkcjonalności.

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie „ukompletowania” poszczególnych urządzeń wyszczególnionych w załączniku 1a do oferty, tak aby było możliwe określenie i weryfikacja podstawowych parametrów klastra (przedmiotu zamówienia) wymaganych w p. 2.1 siwz (pismo z 12.11.2012 r.). Pkt 2.1, do którego odwoływał się Zamawiający zawierał opis parametrów fizycznych całej instalacji, w tym wagi, sumarycznej mocy obliczeniowej, sumarycznej wydajności procesorów, sumarycznej pojemności wszystkich dysków,

sumarycznej pojemności pamięci operacyjnej serwerów (załącznik nr 1 do siwz – opis przedmiotu zamówienia).

W odpowiedzi wykonawca przedstawił parametry techniczne „ukompletowania” urządzeń, do których przedstawienia został wezwany.

Izba oddalając zarzut niezgodności oferty konsorcjum ZSK z siwz, uznała, iż Odwołujący poza przywołaniem okoliczności uzupełnienia treści oferty o specyfikację techniczną urządzeń, nie kwestionował, iż zaoferowane urządzenia nie posiadają wszystkich wymaganych funkcjonalności. Faktycznie w treści oferty opis urządzeń nie był na tyle wyczerpujący, aby Zamawiający mógł zweryfikować, czy spełnia on wszystkie wymagania z opis przedmiotu zamówienia. Należy jednak zauważyć, iż zapisy specyfikacji w tym zakresie nie były jednoznaczne, gdyż po pierwsze z pkt VI.B.3 wynika, iż specyfikacja techniczna miała odnosić się wyłącznie do oprogramowania, a nie urządzeń, a po drugie Zamawiający nie sprecyzował, na ile szczegółowych informacji oczekuje podania. W ocenie Izby, specyfikacja techniczna mogła być uzupełniona po upływie terminu na składanie ofert pod warunkiem, iż nie prowadziło to do zmiany zaoferowanego przedmiotu świadczenia. Taka sytuacja nie miała miejsca, a zatem wyjaśnienia jakich udzieliło konsorcjum ZSK nie dyskwalifikowały tej oferty z postępowania. Uwzględniając nieprecyzyjność zapisów specyfikacji, wskazanie przez Zamawiającego w wezwaniu na pkt 2.1 opisu przedmiotu zamówienia, stanowiło wyraz intencji Zamawiającego co do sposobu oceny urządzeń. Ponieważ odwołujący nie kwestionował zgodności urządzeń wskazanych w ofercie z wymaganiami Zamawiającego, uwzględniając wyjaśnienia jakich udzieliło konsorcjum ZSK, nie było podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Kolejną okolicznością, na której Odwołujący opierał zarzut niezgodności oferty konsorcjum ZSK z siwz, było nie wskazanie w załączniku 1a oprogramowania Microsoft VDA, koniecznego dla korzystania z kopii tworzonych przy użyciu zaoferowanego oprogramowania wirtualizacyjnego VMware. Nie było spornym pomiędzy stronami, iż oprogramowanie Microsoft VDA jest konieczne dla korzystania z funkcjonalności, oczekiwanej przez Zamawiającego i nie wymagało dowodzenia. Zamawiający, jak i konsorcjum ZSK potwierdziło konieczność posiadania stosownych licencji Microsoft, między innymi w wyjaśnieniach z dnia 23.11.2012 r. Brak szczegółowych wytycznych Zamawiającego co do stopnia szczegółowości opisu nie mógł obciążać wykonawcy. Ponieważ w ofercie potwierdził on zaoferowanie oprogramowania wirtualizacyjnego w ukompletowaniu i funkcjonalności zgodnej z siwz, dodatkowo składając obszernie wyjaśnienia, twierdzenia Odwołującego o niezgodności oferty z siwz, jako gołosłowne zostały przez Izbę oddalone. Odwołujący nie kwestionował, aby oprogramowanie jakie zostało zaoferowane nie pozwalało na uzyskanie

funkcjonalności, jakich oczekiwał Zamawiający, co czyniło zarzut niezgodności oferty z siwz niezasadnym.

Ostatnią podstawą, na jakiej Odwołujący opierał zarzuty, stanowił brak wykazu dostaw, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby oraz treść listu referencyjnego. Okoliczności dotyczące wskazanych dokumentów, uzasadniać miały podstawę do wykluczenia konsorcjum ZSK z postępowania z powodu braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Zamawiający określił jako konieczny do ubiegania się o zamówienie warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednej dostawy odpowiadającej rodzajowi przedmiotu zamówienia wraz z jej uruchomieniem o wartości nie niższej niż 2.000.000,00 zł. Na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu wykonanych (wykonywanych) dostaw, usług, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentu potwierdzającego, że te dostawy, usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (pkt. VI.A.8 siwz).

Konsorcjum ZSK w ofercie nie przedstawiło wykazu dostaw, usług, a jedynie załączyło pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu wykonawcy Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. wiedzy i doświadczenia Unia Sp. z o.o. wraz z listem referencyjnym dotyczącym dostawy zrealizowanej z udziałem Unia Sp. z o.o., odpowiadającej postawionemu warunkowi udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze, iż wykazem miała być objęta co najmniej jedna dostaw, usługa, brak załącznika nr 5 do siwz, nie dyskwalifikował oferty. Ponieważ wykonawca przedstawił referencyjną dostawę w innych dokumentach, które pozwalały na jej ocenę pod kątem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, brak wykazu dostaw, miał charakter uchybienia co do formy, a nie treści oferty. Odwołujący nie kwestionował samej dostawy, jako niewystarczającej dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podważał natomiast skuteczność udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci. Izba uznała, iż zakres zobowiązania odpowiadający treści art. 26 ust. 2b ustawy, nie mógł być przez Zamawiającego skutecznie podważony. Z listu referencyjnego wynikają informacje, jakich podania Zamawiający oczekiwał w wykazie, w tym dane odbiorcy – Bank Gospodarstwa Krajowego. Dla skutecznego podważenia treści listu referencyjnego, w tym podważenia okoliczności, realizacji referencyjnej dostawy, usługi na rzecz wystawcy referencji, Odwołujący powinien przeprowadzić dowód. Swoje stanowisko opierał natomiast wyłącznie na braku wskazania w treści oświadczenia wystawcy referencji odbiorcy infrastruktury informatycznej. Izba oceniał tą argumentację za niedostateczną i przy braku dowodów na okoliczność, iż przedmiotowa dostaw, usługa nie była realizowana na rzecz Banku Gospodarstwa Krajowego, oddaliła zarzuty Odwołującego.

Mając na uwadze prezentowaną powyżej argumentację, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tys. zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....