

**WYROK**

z dnia 4 grudnia 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NGE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Comtegra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Gdańską w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **WASKO Spółka Akcyjna w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NGE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Comtegra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NGE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Comtegra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Politechnika Gdańska w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z instalacją i uruchomieniem systemu serwerów do przechowywania i dystrybucji danych w Centrum Informatycznym TASK".

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 12 listopada 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NGE Polska Sp. z o.o. w Gdańsku i Comtegra Sp. z o.o. (dalej: odwołujący) w Warszawie wnieśli odwołanie na czynności zamawiającego, podjęte w przedmiotowym postępowaniu, polegające na:

- a) czynności wyboru oferty przystępującego Wasko S.A. jako najkorzystniejszej,
- b) czynności odrzucenia oferty odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej,
- art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i odrzucenie oferty złożonej przez odwołujących, pomimo, iż treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”),
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia Szczegółowej Specyfikacji Oferty (Załącznik Nr 6 do SIWZ) jako dokumentu składanego w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego,
- art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołujących do złożenia wyjaśnień odnośnie załączonej do oferty wykonawcy Szczegółowej Specyfikacji Oferty (Załącznik Nr 6 do SIWZ)

W uzasadnieniu odwołujący podnieśli, że zamawiający pismem z dnia 31.10.2013 r. poinformował odwołujących o odrzuceniu złożonej przez nich oferty, z następującego powodu, cyt.: Zamawiający w Załączniku nr 9 do SIWZ - Specyfikacji wymagań technicznych w Rozdziale IV. Tabele parametrów technicznych, wymaga, aby sumaryczna pojemność dysków zainstalowanych w zasobie wymienionym w pkt. 1 niniejszego Rozdziału (MDT) musiała stanowić co najmniej 5% sumarycznej pojemności całego systemu SSPDD.

W dołączonej do oferty szczegółowej specyfikacji pozwalającej stwierdzić zgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia sporządzonej przez Konsorcjum: NGE Polska Sp. z o.o. oraz Comtegra Sp. z o.o. zaoferowało system serwerów, na który składa się m.in. Macierz NETAPP E-5400 - 1 szt. - Macierzdyskowa dwukontrolerowa wyposażona w 50 dysków 900GB S<4S 10k rpm 2,5"redundantne zasilanie oraz wentylatory, nie spełniający ww. warunku.

W związku z powyższym, Zamawiający, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, odrzuca ofertę Konsorcjum: NGE Polska Sp. z o.o. oraz Comtegra Sp. z o.o., ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazali, że zgodnie z pkt III ust. 10 SIWZ, zamawiający, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zażądał szczegółowej specyfikacji pozwalającej stwierdzić zgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia - sporządzonej przez wykonawcę w oparciu o formularz stanowiący Załącznik 6 do SIWZ.

W ocenie odwołujących tak skonstruowane wymaganie dowodzi, że specyfikacja techniczna, mająca za zadanie potwierdzić zgodność zaoferowanej dostawy z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, była żądana przez zamawiającego na podstawie § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Nie powinno więc budzić wątpliwości, iż ww. specyfikacja, jako jeden z dokumentów wymieniony w art. 25 ust. 1 Pzp, zarówno wyjaśnieniom - w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jak i uzupełnieniu - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający jest obowiązany zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Nie jest zatem dopuszczalne, aby

zamawiający, jak w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, bezpośrednio dokonał czynności odrzucenia oferty odwołujących, bez wyczerpania procedury określonej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a tym samym możliwości ponownego złożenia oświadczeń i dokumentów bądź wyjaśnienia postanowień specyfikacji technicznej, które legły u podstaw odrzucenia oferty odwołujących. Brak możliwości wykazania przez odwołujących spełnienia przez oferowaną dostawę wymagań określonych przez zamawiającego, w drodze procedury uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonych oświadczeń i dokumentów, należy postrzegać jako naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Na poparcie powyższego stanowiska odwołujący przywołali orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2547/10, wyroku KIO z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 281/12, KIO 290/12

Ponadto odwołujący podnieśli, że ewentualny brak potwierdzenia spełnienia wymagania określonego przez zamawiającego, wskazanego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, nie świadczy o niezgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ.

Jak wskazali odwołujący zamawiający w Specyfikacji wymagań technicznych (Załącznik nr 9 do SIWZ), pkt IV, wskazał, iż sumaryczna pojemność dysków zainstalowanych w zasobie wymienionym w pkt.(MDT) musi stanowić co najmniej 5% sumarycznej pojemności całego systemu SSPDD (system serwerów do składowania i dystrybucji danych).

Wymaganie to w architekturze rozproszonego systemu plików Lustre pozwala na uzyskanie maksymalnej wydajności. Niespełnienie takiego wymagania równałoby się niemożliwości zaoferowania rozwiązania spełniającego wymaganą wydajność SSPDD - 8GB/s w teście realizowanym przez wykonawcę przed złożeniem oferty. Wykonawca spełnił powyższe wymaganie w oferowanej konfiguracji oraz podczas testów realizowanych wspólnie z producentem przed złożeniem oferty

Dzięki temu, iż wykonawca spełnił wymaganie 5% przestrzeni w zasobie MDT oferta odwołujących spełniła wszystkie wymagania SIWZ, zarówno wydajnościowe jak i funkcjonalnościowe. Ponadto, dzięki temu, iż odwołujący zastosował poprawną konfigurację przestrzeni MDT, osiągnął wynik o 47% lepszy od wybranego Wykonawcy.

Odwołujący stwierdzili, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołujących nie wykazał, na gruncie analizowanej sprawy, by dostrzeżone „niedoskonałości” oferty odwołujących były podstawą do odrzucenia oferty bez zastosowania procedury wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów bądź wezwania do wyjaśnień. Zamawiający nie wykazał również, by zaoferowane przez odwołujących rozwiązanie - system serwerów do składowania i dystrybucji danych - było niezgodne z

celem niniejszego postępowania i nie pozwalało na korzystanie z którejkolwiek z wymaganych od tego systemu funkcjonalności bądź też nie osiągało wydajności żądanej przez zamawiającego.

Zdaniem odwołujących nie sposób uznać, by informacje, jakie zostały zamieszczone w specyfikacji technicznej (Załącznik Nr 6 do SIWZ) były przejawem świadomego działania odwołujących oraz wyrazem zamiaru złożenia oferty i oświadczenia woli o treści innej, aniżeli odpowiadająca specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy bowiem mieć na uwadze, że postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się, co do zasady, przez przystąpienie przez wykonawcę do jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu. Zasadą jest bowiem, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i składając w nim swoją ofertę chce uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom i oczekiwaniom stawianym przez zamawiającego, w tym przede wszystkim w zakresie oferowanego przedmiotu, tak by odpowiadał on treści SIWZ.

Odwołujący wniesli o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31.10.2013 r. oraz nakazanie zamawiającemu:

- dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołujących,
- dokonania procedury wezwania do złożenia wyjaśnień lub/i procedury wezwania do uzupełnienia Szczegółowej Specyfikacji Oferty (Załącznik Nr 6 do SIWZ),
- dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w Załączniku nr 9 do Siwz - Specyfikacji wymagań technicznych w Rozdziale IV. Tabele parametrów technicznych, wymagał, aby sumaryczna pojemność dysków zainstalowanych w zasobie wymienionym w pkt. 1 niniejszego Rozdziału (MDT) musiała stanowić co najmniej 5% sumarycznej pojemności całego systemu SSPDD.

Odwołujący zaoferowali system serwerów, na który składa się m.in. Macierz NETAPP E-5400 - 1 szt. – Macierz dyskowa dwukontrolerowa wyposażona w 50 dysków 900GB S<4S 10k rpm 2,5"redundantne zasilanie oraz wentylatory, nie spełniający ww. warunku.

Pismem z dnia 31 października 2013 roku zamawiający, na podstawie art. 89 ust. 1

pkt. 2 ustawy Pzp, poinformował, że odrzuca ofertę Konsorcjum: NGE Polska Sp. z o.o. oraz Comtegra Sp. z o.o., ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą sporu jest w pierwszej kolejności rozstrzygnięcie, czy specyfikacja techniczna, dołączona do oferty odwołujących jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 w pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Z przepisem tym koresponduje przepis § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Przepis ten zawiera przykładowy katalog dokumentów, których zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że wymagane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają jego wymogom, wymieniając tam próbki, opisy lub fotografie, opisy urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz stosowanych środków oraz odpowiednie zaświadczenia uprawnionych, niezależnych podmiotów. Co prawda redakcja przepisu wskazuje na to, iż wskazane w nim dokumenty nie zostały wymienione w sposób enumeratywny, niemniej jednak ich rodzaj pozwala ustalić, czym dokumenty te winny się charakteryzować. Otóż są to dokumenty, stanowiące dowody na to, że oferowany przedmiot zamówienia posiada wymaganą cechę czy funkcjonalność.

Specyfikacja, jakiej wymagał zamawiający w przedmiotowym postępowaniu takim

dowodem na pewno nie jest. Miała ona bowiem zawierać wyłącznie informacje pochodzące od wykonawcy w kwestii, co konkretnie oferuje w ramach danego zamówienia i stanowiła *stricte* rozumianą ofertę z wyszczególnieniem przedmiotu zamówienia, będącego *essentialia negotii* ewentualnego przyszłego zobowiązania. Taka kwalifikacja rzeczowej specyfikacji oznacza, że nie może być ona uzupełniana czy wyjaśniana na podstawie art. 25 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, ponieważ jakkolwiek zmiana byłaby w istocie zmianą treści oferty.

Ustawa Pzp dopuszcza co prawda dokonywanie zmian w treści ofert na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, niemniej jednak w ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku nie zachodzi żadna z okoliczności uzasadniająca zastosowanie wskazanego przepisu. Po jego myśli zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Niezgodność zaoferowanego produktu z SIWZ nie jest ani oczywistą omyłką pisarską, ani rachunkową. Nie można bowiem mówić o oczywistości omyłki w sytuacji, gdy nie jest ona widoczna na pierwszy rzut oka i nie jest potwierdzona w innych miejscach oferty.

Z kolei analiza treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.



Dokonanie zmian w zakwestionowanych ofertach poprzez dodanie do nich nieuwzględnionego dodatkowego sprzętu spowodowałoby zmianę w zakresie przedmiotu zamówienia. Fakt ten powoduje, że zmiana taka nie może zostać uznana za nieistotną.

Złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzi składniki o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialia negotii*, które stanowią przedmiotowo istotne elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych.

Przedmiot zamówienia należy bez wątpienia do jej *essentialia negotii*; ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy. W tej sytuacji wprowadzenie poprawek w tej części oferty, polegających na dodaniu 10 dysków spowoduje istotną zmianę jej treści. Tym samym w ocenie Izby brak jest możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołujących, iż ewentualny brak potwierdzenia spełnienia wymagania określonego przez zamawiającego, wskazanego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, nie świadczy o niezgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ.

Jeżeli zaoferowane rozwiązanie, pomimo niezgodności z SIWZ, umożliwiło osiągnięcie wymaganych parametrów, odwołujący winni byli wykazać to za pomocą środków dowodowych. Nie stanowi w ocenie Izby dowodu w sprawie korespondencja czy analiza dokonana przez pracowników odwołujących, czyli osoby bezpośrednio zainteresowane uzyskaniem pozytywnego rozstrzygnięcia sporu. Innych wniosków dowodowych w sprawie nie złożono.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....