

Sygn. akt: KIO 2617/15

Wyrok

z dnia 10 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Sygnity Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie przy: ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Comtegra Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sygnity S.A. z siedzibą 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 wykonawcę **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 2617/15

Zamawiający: Narodowy Bank Polski w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Zakup platformy sprzętowej serwerów x 86, nr postępowania: DKRZ-WPI-EC-241-101/DIT/15 (dalej: „postępowanie”). Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa posiadanych przez Zamawiającego serwerów Dell PowerEdge R710, HP ProLiant DL380p i macierzy iSCSI DELL Power Vault MD3220I oraz dostawa platformy sprzętowej serwerów x 86. Wszystkie wymagania szczegółowo opisane są w Rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w TED w dniu 25 września 2015 roku nr ogłoszenia 2015/S 186-336831. Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej pod adresem: www.nbp.pl

Odwołujący: Sygnity S.A. w Warszawie w odwołaniu wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej dnia 30 listopada 2015 roku zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, w wyniku niezgodnego z Ustawą zaniechania odrzucenia oferty COMTEGRA Sp. z o.o. pomimo ich niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: jako: „SIWZ”),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo, że zawierała rażąco niską cenę;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 24 ust. 4 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty COMTEGRA Sp. z o.o. pomimo złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie, mającej wpływ na wynik Postępowania i w konsekwencji zaniechanie przez Zamawiającego uznania za odrzuconą oferty COMTEGRA Sp. z o.o.
- 4) art. 7 ust. 1 i 3. poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą z ostrożności procesowej zarzuca:

5) naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 Ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniej z naruszeniem przepisów wskazanych w punktach poprzedzających, co doprowadziło do nieprawidłowości przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zarzucając powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty - COMTEGRA. Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;

2. odrzucenia oferty COMTEGRA Sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ

3. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

III. Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z:

1. oświadczenia (Odwołujący przedłoży je na rozprawie przed KIO) na okoliczności wskazane poniżej w Uzasadnieniu;

2. protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, na okoliczności wskazane poniżej w Uzasadnieniu;

3. oferty COMTEGRA Sp. z o. o. na okoliczności wskazane poniżej w Uzasadnieniu;

4. SIWZ, na okoliczności wskazane poniżej w Uzasadnieniu;

5. Pism Zamawiającego wskazane poniżej w Uzasadnieniu;

6. zeznań świadków (stawią się na terminie rozprawy przed KIO, Odwołujący zobowiązuje się do ich doprowadzenia) na okoliczności wskazane poniżej w Uzasadnieniu;

Odwołujący stwierdza, że ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, Odwołujący doznał uszczerbku (szkody) w uzyskaniu zamówienia. Wskazuje, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do usunięcia wadliwych czynności i zaniechań Zamawiającego, a co za tym idzie doprowadzi do zniesienia nieprawidłowości, które mają wpływ na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę treść art. 192 ust. 2 Ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający dnia 20 listopada 2015 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie ogólnie informując, o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy.

Stosownie do SIWZ, w ramach Postępowania, przy wyborze oferty, Zamawiający winien kierować się następującymi kryteriami:

1. Cena oferty - 90 %

2. Parametry techniczne platformy sprzętowej serwerów partycjonowanych x 85 - 10%

Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i była to wartość: 3.073.020,53 brutto. Jednocześnie z pisma Zamawiającego z 20 listopada 2015r. zawiadamiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że:

Cena oferty brutto Comtegra - 2.012.847,55 zł

Cena oferty brutto Helica - 2 270 851,00 zł

Cena oferty brutto Odwołującego - 2 685 036,38 zł

Cena oferty brutto Assecco - 2 734 075,40 zł

Odwołujący wskazuje, że cena za system zarządzania w ofercie Comtegry wskazana jest w kwocie 1,23zł, a zgodnie z tabelą 2 w cenie musi być zawarta dostawa sprzętu wraz z usługami instalacyjno-wdrożeniowymi oraz szkoleniami. W związku z tym jest to przykład rażąco niskiej ceny w świetle zakresu prac. System zarządzania może być udostępniony w niskim koszcie, nawet za darmo i uzależnione to jest od polityki sprzedaży producenta. Jednak we wskazanym koszcie w formularzu ofertowym należało zawrzeć, także koszty instalacji, konfiguracji i przeszkolenia z zaoferowanego produktu, co nie zostało uwzględnione.

W orzecznictwie przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość w całości oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Porównanie ww. wartości liczbowych wskazuje na to, że cena oferty brutto Comtegra rażąco odbiega od ceny oferty brutto Odwołującego, jak również kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ok. 35 %). Według Odwołującego jest to cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Dowód: a. protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, b. SIWZ,c. zeznania świadków

Odwołujący wskazuje, że z wiedzy posiadanej przez niego wynika, że cena zawarta w jego ofercie jest jedną z najtańszych dostępnych na rynku, stąd nie jest możliwe złożenie oferty zgodnej z SIWZ w cenie zaproponowanej przez Comtegra Sp. z o.o. tak żeby była realna oraz aby przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę było dla niego opłacalne (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Mając na uwadze powyższe, cena oferty brutto Comtegra Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską oraz nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia, zakładając wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno - organizacyjny oraz obecność i

funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Dodatkowo za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych. Według wiedzy Odwołującego, przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę przy takich maksymalnych cenach brutto jakie podała Comtegra Sp. z o.o. byłoby dla niego nierentowne, (wyrok KIO 2622/14 z 2014.12.23). Stąd, według Odwołującego istnieje bardzo duże ryzyko, że zamówienie zostanie zrealizowane nienależycie lub nie zostanie zrealizowane. Jednocześnie oferta Odwołującego nie została wybrana, pomimo prawidłowego skalkulowania jej ceny.

II. Stosownie do zapisów Rozdz. III ust. 4 pkt 4.2 podpkt b SIWZ Ogólne wymagania dotyczące rozbudowy platformy sprzętowej serwerów x 86 Zamawiający wymaga dostawy platformy sprzętowej serwerów x 86 spełniających poniższe kryteria:

b. platforma sprzętowa serwerów x 86 musi być modułarnym systemem serwerowym opartym o:

- obudowę serwerową przystosowaną do montażu w szafie rack 19 zawierającą gniazda rozszerzenia przewidziane do instalacji modułów serwerowych, zasilacze i wentylatory
- Kompatybilny redundantny system przełączania - przełącznik blade lub InterConnect, przeznaczony do realizacji dostępu do sieci LAN i SAN. Realizować funkcje połączenia większej ilości obudów serwerowych między sobą.
- centralny, redundantny system zarządzania, obsługujący w sposób jednolity wiele obudów z serwerami blade oraz serwery rack. Jeśli dla realizacji tej funkcjonalności niezbędne są dodatkowe komponenty programowe, sprzętowe lub licencje to należy to dostarczyć.

Tymczasem z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że w ofercie Comtegra wskazane zostało CISCO UCS Manager w ilości sztuk 1, co nie spełnia wymogu redundancji. Oprogramowanie to powinno być zaoferowane w ilości, co najmniej 2 szt, po jednym do każdej z dwóch lokalizacji, aby zapewnić wymaganie redundancji.

Dowód: a. Oświadczenie, b. Odpowiedzi na pytania Zamawiającego z dnia 27 października 2015 roku, pyt. 18, c. SIWZ, d. zeznania świadków

Złożenie nieprawdziwych informacji jest stanem faktycznym i polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy (KIO 1735/11, 1736/11). Stosownie do Załącznika nr 4 do SIWZ, COMTEGRA złożyła w pkt 1 swojej oferty oświadczenie, że:

Oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Rozdziale III SIWZ, a tym samym zawarła w swojej ofercie informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik Postępowania.

III. Niezgodność oferty COMTEGRA z wymaganiami SIWZ:

II.1. niezgodność zaoferowanej ilości sztuk systemu przełączania

II. 2. Niezgodność zaoferowanego zamiennika produktu

1. Dostawa systemu przełączania w Tabeli 2 formularza ofertowego nie jest poprawnie określona - Zamawiający wymagał podanie ilości sztuk przez wykreślenie cyfry 2 lub 4 czego Comtegra nie zrobiła.

2. Tabela 1 w kolumnie 3 wymaga wypełnienia w przypadku oferowania zamiennika produktu wskazanego przez Zamawiającego. Comtegra wypełniła kolumnę 3, co oznacza że oferuje rozbudowę przy pomocy zamienników. Zamawiający używa rozbudowywanych urządzeń do aplikacji krytycznych i wymaga żeby rozbudowa nie naruszała obecnych warunków serwisu. Ponieważ Comtegra nie zwróciła się do producenta sprzętu HP (który jednocześnie świadczy serwis) o propozycję rozbudowy można domniemywać, że nie jest to rozbudowa z autoryzowanego źródła i w tym przypadku nie spełnia warunku nie naruszenia świadczenia serwisu - w przypadku awarii nie będzie można zrealizować naprawy w określonym przez umowę czasie naprawy, gdyż będzie trzeba usunąć przed przystąpieniem do naprawy nieautoryzowane elementy.

3. Zaproponowane przez Comtegra serwery B200 M4 nie posiadają wyników specfp_base2006 na stronie spec.org, a Wykonawca nie podał że zaoferowane w serwerach B200 M4 prochy mają wyniki opublikowane w innym, referencyjnym sprzęcie.

4. Comtegra w dołączonym linkiem dokumencie nie wykazała iż oferowany sprzęt posiada wymagane certyfikaty ISO 9001 i CE.

Wobec powyższego oferta COMTEGRA powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ. Zasada równego traktowania wykonawców zabrania zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregośkolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregośkolwiek z wykonawców. "Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert i dotrzymywane w trakcie prowadzenia postępowania. Zamawiający powinien podejmować przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów" (KIO 1886/11). Według Odwołującego, skutek naruszeń

wskazanych w pkt I - III doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania na skutek wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą oraz wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami Ustawy.

Zamawiający złożył dnia 10 grudnia 2015 r. odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania oraz, w przypadku niewniesienia sprzeciwu przez przystępującego po stronie zamawiającego, o umorzenie postępowania odwoławczego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł w trakcie posiedzenia Izby sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania.

W pisemnym stanowisku wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał na zakres zarzutów odwołania zauważając w kontekście treści żądań, że brak jest podstaw do rozstrzygnięcia zarzutów dotyczących rażąco niskie ceny oraz złożenia nieprawdziwych informacji.

Z ostrożności przedstawił argumentację przemawiającą za koniecznością oddalenia wszystkich zarzutów odwołania.

Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny wskazał, że był wzywany do złożenia wyjaśnień i takowe złożył, natomiast odwołujący nie wykazał braków w tych wyjaśnieniach.

Stwierdził, że jedynym argumentem odwołującego, który zresztą nie zna sposobu budowania ceny oferty wybranej, jest jego subiektywne przekonanie, że cena przez niego zaoferowana jest najniższa na rynku, zatem cena odwołującego jest rażąco niską. Przystępujący wskazał, że jego cena tj. 2 012 847,55 zł, a średnia cena ofert w postępowaniu wynosząca 2 425 702,58 zł jest jedynie o 17% wyższa od ceny Comtegra sp. z o.o.

Odnośnie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji stwierdził, że oferta jest w pełni zgodna z treścią siwz. Stwierdził, że oferta obejmuje wymóg redundancji, a system zarządzania UCSM pracuje w trybie active/standby odpowiednio na dwóch urządzeniach Fabric Interconnect. Wskazanie w formularzu oferty CISCO UCS Manager nie odnosi się do jego funkcjonalnej redundancji, a wynika z zasad katalogowania wprowadzonych przez producenta. Zauważył także, że do wykluczenia wykonawcy z postępowania należy wykazać umyślność w złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Stwierdził, że wg odwołującego każda niezgodność oferty z treścią siwz skutkowałaby jednoczesnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Wskazał na orzecznictwo, zgodnie z którym przesłanką wymaganą do wykluczenia wykonawcy z postępowania jest wina umyślna, której nie sposób dopatrzeć w odniesieniu do przystępującego.

Odnośnie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią siwz.

1/ W zakresie zarzutu niezgodności zaofferowanej ilości sztuk systemu przełączania wskazał na nadmierny rygoryzm odwołującego i stwierdził, że zgodnie z treścią siwz dokonał przekreślenia liczby „4” używając w tym celu narzędzia „przekreślenie” dostępnego w edytorze tekstu MS Word, które w rzeczywistości jest trudno dostrzegalne. Podkreślił, że zaferował 2 sztuki systemu przełączania, co potwierdza też działanie wyprowadzone z wartości oferty w tym wierszu podzielonej przez cenę jednej sztuki z wynikiem w postaci liczby 2.

2/ W zakresie zarzutu zaferowania zamiennika produktu powołał realizowaną umowę z NBP i stwierdził, że nie oferował zamienników lecz produkty wskazane przez zamawiającego. Wskazał, że dostarczył serwery zamawiającemu i nie ma zagrożenia naruszenia warunków serwisu, która spowodowałaby niemożność dokonania naprawy.

3/ W zakresie serwerów B200 M4 przystępujący wskazał na wymagania w zakresie procesora w modułach serwerowych podkreślając, że „nie wymaga się aby oferowany serwer (np. producent, model) był identyczny z serwerami referencyjnymi opisanymi na stronie www.spec.org, wystarczy, że posiada zainstalowany ten sam zestaw procesorów”. Zarzut, jakoby zaferowane serwery jw. nie posiadały wyników testów SPECfp_base2006 na stronie jw. oraz, że w ofercie nie zostało podane, iż wyniki są opublikowane dla referencyjnego serwera nie ma w wymaganiach zamawiającego.

Gdyby nawet uznać zarzut co do wymogu, przystępujący wskazuje na strony 36, 38, 41, 43 oferty, gdzie opisano iż wyniki testów SPECfp_base2006 dotyczą referencyjnego serwera innego niż zaferowany. Przystępujący wskazał, że zaferował serwery Cisco UCS B200 M4 z procesorami Intel E5-2699 v3 dla modułów serwerowych Blade A , Intel E5-2670 v3 dla modułów serwerowych Blade B, Intel E5-2620 v3 dla modułów serwerowych Blade C, Intel E5-2630 v3 dla modułów serwerowych Blade D. Wskazał na wyniki testów jw. dla kolejnych modeli serwerowych.

4/ W zakresie certyfikatów ISO 9001 oraz CE wskazał, że zgodnie z oświadczeniem w ofercie, oferowany sprzęt posiada certyfikat zgodności wyrobu z normami europejskimi CE. Kwestionuje twierdzenie odwołującego jakoby sprzęt miał posiadać certyfikat ISO 9001, który dotyczyć może co najwyżej producenta sprzętu jako norma określająca wymagania co do systemu zarządzania jakością w organizacji. Stwierdził jednak, że producent sprzętu zaferowanego posiada taki certyfikat, co potwierdzono w ofercie.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowiska.

Odwołujący odnosząc się do stanowiska przystępującego zawartego w złożonym w piśmie wskazał na stwierdzenie ze str. 6 i zauważył, że zaferowano, wbrew twierdzeniom,

zamiennik, a fakt ten potwierdza wypełnienie przez wykonawcę tabeli na str. 4 – w szczególności w kolumnie 3 gdzie dokonano opisu produktu równoważnego. Zauważył, że przystępujący wskazał w odpowiedzi na wiążącą go umowę z zamawiającym, zwrócił uwagę na zapis specyfikacji - str. 32 SIWZ zał. 4A** uwaga „(...)” . Fakt użycia zamiennika przez wykonawcę może spowodować utratę gwarancji lub serwisu producenta dla rozbudowywanych serwerów. Podtrzymał pozostałe zarzuty odwołania. Zauważył, że wymagane parametry zostały opisane w SIWZ zał. 4A specyfikacja techniczna sprzętu str. 32. W specyfikacji określono: model, nr seryjny, nr katalogowy i opis katalogowy a także wymaganą liczbę, jedynie kolumna ostatnia *parametry oferowanego rozwiązania- opis wykonawcy* podlegała wypełnieniu przez wykonawcę. Przystępujący w kolumnie tej nie wpisał nr katalogowego oferowanego rozwiązania przez co nie potwierdził, że oferuje produkt oryginalny; w związku z wypełnieniem tabeli na str. 4 - wynika z tego wniosek, iż przystępujący zaoferował produkt równoważny.

Odnosnie pisma zamawiającego złożonego przez przystępującego stwierdził, że przystępujący świadczył usługi serwisowe na rzecz NBP, natomiast gwarancja obciąża producenta, z pisma nie wynika, że usługi serwisu nie są świadczone przez producenta. Podtrzymał zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny oferty, wskazał, iż dotyczy to *ceny jednostkowej zarządzania platformą sprzętową* skalkulowanej w kwocie 1,23 zł. Stwierdził, że w tym elemencie nie ujęto kosztów pracy, brak jest także informacji czy w jakiegokolwiek innej pozycji takie koszty zostały uwzględnione. Powyższe rzutuje na całość ceny ofertowej. Zauważył, że wykazane braki i błędy w ofercie nie podlegają poprawieniu i uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2. Również nie jest możliwe potwierdzanie spełnienia wymaganych parametrów *ex post* i w toku postępowania odwoławczego np. poprzez złożenie przez przystępującego pisma firmy Cisco lub załączeniu do pisma procesowego kopii określonych certyfikatów. Ponownie przypomniał warunki SIWZ i treść oferty przystępującego.

Przystępujący podtrzymał stanowisko, że zaoferował produkty oryginalne, a nie zamienniki, co wynika ze wskazanego numeru katalogowego producenta podanego na str. 31 – te numery są tożsame ze wskazanymi na str. 32 SIWZ. Powyższe wskazuje, że zaoferowano produkt oryginalny a ewentualne opisanie go w dokumentach przewidzianych dla równoważnych może być traktowane jako nieistotna omyłka. Wskazał także na treść uwagi zawartej w formularza załącznika 4A, gdzie wskazano na obowiązki wykonawcy w razie zaoferowania równoważnych produktów ze skutkiem w postaci możliwej utraty gwarancji i/lub serwisu producenta. Wskazana treść dotyczy ewentualności/ możliwości, nie jest zatem pewnikiem twierdzenie o utracie gwarancji i/lub serwisu.

Wskazał na pismo zamawiającego z dnia 9 grudnia 2015 r., z którego wynika, iż przystępujący posiada najlepszą wiedzę na temat usług serwisowych, warunków gwarancji i/lub serwisu na rzecz zamawiającego. Dodatkowo, na potwierdzenie stanowiska zawartego w piśmie, złożył pismo firmy Cisco z dnia 02 grudnia 2015 r.

Zamawiający przypomniał, że dopuszczał rozwiązania równoważne i przewidywał, że wiedzę o fakcie zaproponowania równoważnego rozwiązania wywodzą z treści opisu ostatniej kolumny; jednocześnie treści w pozostałych kolumnach, o ile nie były zmienione przez wykonawcę, rozumiano jako opisujące rozwiązanie zaoferowane. Dodatkowo wyjaśnił intencję opisu w treści dopisku pod nazwą *uwaga* tj. na wypadek zaoferowania rozwiązań równoważnych lub różnych wykonawców.

Stwierdza, że na str. 5 oferty przekreślił 4 jednakże ze względów technicznych nie jest to wyraźnie widoczne - przedstawia zobrazowany tego zdarzenia na wydruku : cyfry w różnych formatach i wielkościach czcionki. Stwierdził, że zamawiający dysponował wiedzą o systemie zarządzania UCS firmy Cisco jako systemem redundantnym. Podtrzymał stanowisko, że o ocenie oferty przesądza jej treść a nie sposób wypełniania określonych formularzy. Złożył zastrzeżony jako tajemnicę przedsiębiorstwa wydruk z korespondencji handlowej na okoliczność zaoferowania oryginalnych a nie równoważnych produktów. Przypomniał, że w zakresie ceny oferty zamawiający przeprowadził podstępownia wyjaśniające, zauważył także, że nie było wymogu załączania do oferty określonych certyfikatów.

Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty i wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie merytorycznie Izba uznała, że podlega ono oddaleniu.

Skład orzekający stwierdza, że istotnie ujęte w odwołaniu żądania dotyczyły nakazania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z treścią siwz oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego. Jak słusznie zauważył przystępujący podniesione w odwołaniu zarzuty obejmowały także zarzut złożenia nieprawdziwych informacji i rażąco niskiej ceny oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Skład orzekający stwierdza, że postępowanie odwoławcze jest prowadzone w oparciu o zarzuty przedstawione w odwołaniu, innymi słowy orzeczenie zawiera rozstrzygnięcie w granicach zarzutów. Wynika to jednoznacznie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp określającego zakaz orzekania co do zarzutów w odwołaniu nie zawartych.

Natomiast treść żądań odwołania nie musi być zakresowo tożsama, ani nawet adekwatna z zarzutami. Izba nie jest bowiem związana żądaniami odwołania.

W zakresie kolejnych zarzutów odwołania skład orzekający stwierdza, co następuje.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez przystępującego stwierdzić, należy, że pomimo braku ustawowej obligatoryjnej przesłanki prowadzenia postępowania wyjaśniającego określonej w art. 90 ust. 1 ustawy pzp, wykonawca na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny. Należy zauważyć, że argumentem odwołującego jest przekonanie, że cena przez niego zaoferowana jest najniższą możliwą na rynku, zatem cena odwołującego jako niższa jest rażąco niską. Zauważyć należy, że cena zaoferowana przez przystępującego wynosi 2 012 847,55 zł, a średnia cena ofert w postępowaniu wynosi 2 425 702,58 zł, co prowadzić może do uzasadnionego wniosku, iż nie odbiega znacząco od ceny na rynku rozumianym tu z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, jako zestaw ofert w niniejszym postępowaniu. Uzasadniając omawiany zarzut Odwołujący wskazał na zaniżenie, jego zdaniem ceny za jeden element cenotwórczy tj. system zarządzania, który w ofercie Comtegy podany jest w kwocie 1,23zł. Jednocześnie sam odwołujący potwierdził, że system zarządzania może być udostępniony w niskim koszcie, nawet za darmo i uzależnione to jest od polityki sprzedaży producenta. Reasumując skład orzekający stwierdza, że wobec braku wymogu co do sposobu szczegółowej kalkulacji ceny oferty oraz mając na uwadze relacje wysokości cen złożonych ofert, zarzut zaoferowania oferty z rażąco niską ceną, nie został udowodniony.

Odnosnie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią siwz skład orzekający uznaje, że przystępujący wykazał niezasadność zarzutu wskazując na kwestionowane elementy treści oferty i wyjaśniając wątpliwości:

W zakresie zarzutu niezgodności zaoferowanej ilości sztuk systemu przełączania należy stwierdzić, że istotnie przekreślenie liczby „4” z pozostawieniem liczby „2” zostało dokonane z użyciem narzędzia „przekreślenie” dostępnego w edytorze tekstu MS Word, które w rzeczywistości jest trudno dostrzegalne. Potwierdzeniem liczby zaoferowanej liczby systemów przełączania jest również działanie wyprowadzone z wartości oferty w tym wierszu podzielonej przez cenę jednej sztuki z wynikiem w postaci liczby 2.

W zakresie zarzutu zaoferowania zamiennika przystępujący udowodnił, że nie oferował zamienników lecz produkty wskazane przez zamawiającego, niezależnie od faktu, że niejako nadmiarowo lub omyłkowo wypełnił również tabelę przewidzianą dla produktów równoważnych.

W zakresie zaoferowanych serwerów B200 M4 przystępujący wskazać należy na wymagania w zakresie procesora w modułach serwerowych, że „nie wymaga się aby oferowany serwer (np. producent, model) był identyczny z serwerami referencyjnymi opisanymi na stronie www.spec.org, wystarczy, że posiada zainstalowany ten sam zestaw procesorów”. Należy potwierdzić, że w wymaganiach zamawiającego nie ma stwierdzenia co do wymogu publikacji wyników testów na stronie jw. Niezależnie od tego wykonawca na str. 36, 38, 41, 43 oferty przedstawił opis iż wyniki testów SPECfp_base2006 dotyczą referencyjnego serwera innego niż zaoferowany.

W zakresie certyfikatów ISO 9001 oraz CE zostało wykazane, iż oferta zawiera oświadczenie, że oferowany sprzęt posiada certyfikat zgodności wyrobu z normami europejskimi CE.

W świetle ustalenia braku niezgodności treści oferty z treścią siwz bezprzedmiotowe staje się rozważanie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie. Należy przy tym zauważyć, że do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, przesłanką oceny zajścia takiej okoliczności jest stwierdzenie umyślności w złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Prawidłowe jest wnioskowanie, że nie ma podstaw do uznania, że każda niezgodność treści oferty z treścią siwz oznacza złożenie nieprawdziwych informacji ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W konsekwencji zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w petitum i uzasadnieniu odwołania nie znalazł potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....