

WYROK

z dnia 29 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **25 stycznia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **31 grudnia 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa serwerów Rack dla Centrum e-Zdrowia* (nr postępowania WZ.270.222.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

A Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

B. ADT Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w takim zakresie, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie ofert złożonych przez Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i ADT Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez brak wymaganego sprecyzowania w treści tych ofert oznaczeń komponentów pozwalających na zweryfikowanie spełniania przez zaoferowane modele serwerów parametrów określonych w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. *Dostawa serwerów Rack dla Centrum e-Zdrowia* (nr postępowania WZ.270.222.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 września 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_185 pod poz. 446113.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

21 grudnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „ZSK”, „Przystępujący ZSK” lub „Przystępujący”}, a także klasyfikacji pozostałych ofert wg przyjętych kryteriów oceny ofert, w tym, że odpowiednio na 2. i 4. miejscu zostały sklasyfikowane oferty złożone przez odpowiednio ADT Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „ADT”, „Przystępujący ADT” lub „Przystępujący”} i Dabacom B. R. {dalej: „Dabacom”}.

31 grudnia 2020 r. IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Odwołujący” lub „ITSF”} wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia ofert powyżej wskazanych wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 – przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez ZSK, ADT oraz Dabacom jako nieodpowiadających treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} na skutek braku wskazania w tych ofertach pełnej specyfikacji zaoferowanych serwerów, tj. komponentów wraz z nadanymi im przez producenta oznaczeniami SKU.

2. Art. 87 ust. 1 – przez prowadzenie z wykonawcami ZSK, ADT oraz Dabacom niedopuszczalnych negocjacji treści ofert, wskutek czego udzielonymi wyjaśnieniami uzupełnili oni brakującą treść złożonych przez siebie ofert (wskazując komponenty oraz nadane im przez producenta oznaczenia SKU) po terminie składania ofert.

3. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 – przez niezgodny z przepisami ustawy wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ZSK, która powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Powtórzenia oceny ofert i odrzucenia ofert złożonych przez ZSK, ADT oraz Dabacom jako niezgodnych z treścią SIWZ.

3. Wyboru oferty ITSF jako najkorzystniejszej.

Odwołujący następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności odnośnie treści SIWZ, treści złożonych ofert oraz przebiegu ich badania.

Zamawiający wymagał podania przez wykonawców w formularzu ofertowym m.in. informacji nt. nazwy i modelu oferowanego serwera, nazwy jego producenta oraz komponentów serwera wraz z nadanymi im przez producenta nr SKU (te ostatnie miały być podane w kolumnie „D” tabeli formularza ofertowego, odrębnie dla zamówień podstawowego i opcjonalnego).

ZSK oraz ADT w kolumnie „D” nie wymienili żadnych komponentów i nadanych im przez producenta oznaczeń SKU, zamiast tego *de facto* powtarzając nazwę modelu oferowanych serwerów. Odpowiednio w kolumnie „B” („Model serwera”) i w kolumnie „D” („SKU nadanych przez producenta komponentów”) ZSK wskazał odpowiednio: „R282-Z90” i „R282-Z90”, a ADT odpowiednio „A+ Serwer 2023US-TR4” i „AS-2023US-TR4”.

Z kolei Dabacom w kolumnie „B” wskazał to samo urządzenie co ZSK, czyli „R282-Z90”, zaś w kolumnie „D” w rozbudowany sposób opisał komponenty bez wskazania oznaczeń SKU.

Odrębnymi wezwaniami z 22.10.2020 r. Zamawiający wystąpił w trybie art. 87 ust. 1 pzp do każdego z tych trzech wykonawców o przedstawienie wyjaśnień treści oferty. W odniesieniu do wykonawców ZSK oraz ADT wezwanie brzmiało: *Prosimy o podanie pełnej specyfikacji serwera, zawierającej numery SKU nadane przez producenta, umożliwiającej weryfikację oferty.* W przypadku Dabacomu Zamawiający prosił o podanie nr SKU nadanych przez producenta dla komponentów wymienionych w formularzu ofertowym, co również miało umożliwić weryfikację oferty.

Każdy z wykonawców 27.10.2020 r. udzielił odpowiedzi, wskazując w sposób wyczerpujący poszczególne komponenty wraz z nr SKU. ZSK wskazał 9 pozycji, ADT – 13 pozycji, zaś Dabacom 9 pozycji identycznych jak ZSK, cc stanowiło inny opis niż zamieszczony w formularzu oferty.

Odwołujący wskazał ponadto, że:

- SKU nadaje się komponentom celem ich rozróżnienia, jest ono unikalne dla każdego komponentu (kości ram 32 GB producenta X muszą się różnić SKU od kości ram 32 GB producenta Y, czy kości ram 16 GB producenta Y).
- ten sam model serwera może być wyposażony w różne komponenty i zależnie od ich konfiguracji może spełniać parametry opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ” lub nie.

Według Odwołującego:

- skoro na wezwanie Zamawiającego każdy z wykonawców był w stanie wyczerpująco wymienić komponenty wraz z oznaczeniami SKU, wymóg określony przez Zamawiającego należy uznać za klarowny, niebudzący wątpliwości i jednoznaczny w swej treści;
- uprawnione jest twierdzenie, że żaden z powyżej wskazanych wykonawców *de facto* nie wypełnił prawidłowo tej istotnej części formularza ofertowego, w której wymagane było podanie informacji stanowiących pełną specyfikację zaoferowanego serwera.

Odwołujący wywodził, że Zamawiający wymagał sprecyzowania konkretnych komponentów przez podanie ich numerów SKU, gdyż umożliwia to dokładne sprawdzenie konfiguracji oferowanych serwerów. Dzięki numerom SKU Zamawiający ma możliwość weryfikacji, czy zaoferowane serwery spełniają wszystkie określone w opisie przedmiotu zamówienia parametry w zakresie procesorów, kości ram, dysków itp. Ponadto dzięki tym nr SKU możliwe jest stwierdzenie, że cena oferty odnosi się do serwerów w konfiguracji rzeczywiście spełniającej parametry OPZ. Wobec tego brak informacji o komponentach i ich oznaczeniach SKU uniemożliwia zweryfikowanie, w jakiej konfiguracji serwer został zaoferowany i czy spełnia wymagania OPZ.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący podniósł, że brak wymaganej treści oferty nie może podlegać jakimkolwiek uzupełnieniom, ani w trybie art. 26 ust. 3 pzp dzięki uzupełnieniu dokumentów, ani w trybie art. 87 ust. 1 pzp dzięki wyjaśnieniu treści oferty. Przy czym dyspozycja tego ostatniego przepisu odnosi się do treści, która w sposób wyraźny została wyrażona w ofercie, i to z takim ograniczeniem, że wymagane wyjaśnienia nie mogą zmierzać do negocjowania treści złożonej oferty ani tym bardziej do wyrażania nowej treści, której pierwotnie oferta nie zawierała.

Według Odwołującego w tym postępowaniu żaden z tych warunków nie został spełniony. Po pierwsze, brak informacji o komponentach zaoferowanego urządzenia i nadanych im przez producenta oznaczeniach SKU nie może podlegać wyjaśnieniom wobec braku materialnego substratu wyjaśnień (skoro nie ma wymaganej treści oferty, nie ma tym samym przedmiotu wyjaśnień w tym zakresie). Po drugie, podanie wymaganych oznaczeń po upływie terminu składania ofert stanowiło niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty.

Zdaniem Odwołującego takie działanie wykonawców narusza również zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż na etapie udzielania wyjaśnień dysponowali oni informacjami na temat komponentów serwerów zaoferowanych przez innych wykonawców (np. Odwołującego oraz Perceptus sp. z o.o.), mieli też więcej czasu na dobór komponentów odpowiadających OPZ, a nawet możliwość ich ewentualnej zmiany po terminie składania ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 23 stycznia 2021 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający oświadczył, że oczekiwał wyjaśnień od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu w celu zweryfikowania rzetelności informacji przekazanych w ofertach. Ponieważ powziął wątpliwość, czy wykonawcy prawidłowo skonfigurowali parametry serwerów i prawidłowo obieli cały zakres zamówienia swoimi ofertami, w celu weryfikacji informacji podanych w ofercie wystąpił do wykonawców o podanie bardziej szczegółowych danych, które pozwoliłyby mu je dokonać.

Zamawiający wywodził, że obowiązkiem każdego zamawiającego, który zarządza środkami publicznymi na cele publiczne, jest dochowanie należytej staranności. Jeżeli więc zamawiający powołał wątpliwość co do treści oferty, jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do ich wyjaśnienia (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 2 lipca 2018 r. sygn. akt I Aga 102/18; LEX 2546250). W sytuacji gdy zamawiający ma wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, może zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp wyjaśnić treść oferty, oczekiwać potwierdzenia spełnienia parametrów lub też zażądać materiałów, potwierdzających zgodność z wymaganiami SIWZ. Zaniechanie dokonania czynności wyjaśnienia stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 pzp, gdyż może prowadzić do odrzucenia przez zamawiającego oferty w sytuacji gdy nie ma on jednoznacznego potwierdzenia, że oferta ta jest niezgodna z wymaganiami SIWZ. Takiemu działaniu zamawiającego nie można uważać za prowadzenie negocjacji z wykonawcami (podobnie Izba w wyroku z 17 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2503/18).

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili ZSK oraz ADT, którzy wnieśli o oddalenie odwołania.

Z pisma Przystępującego ZSK z 24 stycznia 2020 r. wynika, że jego stanowisko opiera się na następującej argumentacji.

Po pierwsze – po przeanalizowaniu opisów trzech pierwszych kolumn tabeli formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ – Przystępujący doszedł do wniosku, że Zamawiający poza identyfikacją modelu i producenta nie przewidywał weryfikacji parametrów podzespołów oferowanego serwera. W przeciwnym razie zażądałby bowiem podania w treści oferty szczegółowych danych technicznych oferowanych serwerów, tak jak to czynił w innych prowadzonych przez siebie postępowaniach (np. w postępowaniu pn. *Dostawa macierzy dyskowych oraz rozbudowa przełącznika SAN HP SN SN8000B dla Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia* prowadzonym pod nr WZ.270.62.2019).

Po drugie – po przeanalizowaniu opisu czwartej kolumny tej samej tabeli w kontekście opisu przedmiotu zamówienia (stanowiącego załącznik nr 1 zarówno do SIWZ, jak i umowy) i wzoru umowy (stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ) – Przystępujący doszedł do wniosku, że Zamawiający oczekiwał w tej kolumnie podania przez wykonawcę SKU, które producent oferowanego serwera nadał poszczególnym jego komponentom.

Po trzecie – po przeanalizowaniu powszechnie dostępnych w Internecie definicji SKU {patrz Wikipedia oraz „Podręczny słowniczek terminów stosowanych w handlu i...” zgodnie z linkami podanymi w piśmie} – Przystępujący doszedł do wniosku, że wobec braku odrębnego zdefiniowania w SIWZ należy przyjąć, że SKU oznacza identyfikator, kod sprzedaży jednostki magazynowej w logistyce, którego zasady nadawania nie są uregulowane ani znormalizowane.

Po czwarte – powołując się na oświadczenie uzyskane od producenta serwera (Gigabyte Technology Co., LTD) i jego przedstawiciela handlowego w Polsce (Epsilon sp. z o.o. sp. k.) – Przystępujący oświadczył, że ponieważ na potrzeby przedmiotowego postępowania producent nadał zbiorczo komponentom oferowanego przez ZSK serwera SKU tożsame z oznaczeniem jego modelu, czyli R282-Z90, stąd takie oznaczenie zostało podane zarówno w 3., jak i 4. kolumnie tabeli formularza ofertowego.

Po piąte – po przeanalizowaniu brzmienia wezwania do wyjaśnień z 21 października 2020 r. oraz wyjaśnień udzielonych ZSK z 27 października 2020 r. – Przystępujący doszedł do wniosku, że Zamawiający zwrócił się o podanie pełnej specyfikacji oferowanego serwera, czyli o informacje wykraczające poza wymagania SIWZ odnośnie treści oferty. Stąd ZSK wskazało dodatkowo tzw. part numbers {dalej również: „P/N”} podzespołów oferowanego serwera. Zaznaczył, że w przeciwieństwie do SKU termin „part number” (czyli numer części) jest jednoznaczny, gdyż powszechnie {patrz Wikipedia zgodnie z linkiem podanym w piśmie} jest rozumiany jako identyfikator konkretnego projektu części używanego w danej branży, w celu uproszczenia odniesienia się do tej części.

Po szóste – biorąc powyższe pod uwagę oraz okoliczność, że odwołanie opiera się w istocie na braku podania w ofercie P/N dla komponentów serwera – Przystępujący doszedł do konkluzji, że nie doszło ani do uzupełnienia lub zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert z naruszeniem art. 87 ust. 1 pzp, ani do zaniechania odrzucenia oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępujących uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Natomiast zaniechanie odrzucenia oferty Dabacomu, która została sklasyfikowana za ofertą ITSF, jest bez znaczenia dla zaspokojenia interesu Odwołującego w uzyskaniu tego zamówienia. Za wyłącznie hipotetyczny należy uznać sugerowany przez Odwołującego interes w odrzuceniu również oferty Dabacomu w sytuacji, gdy w postępowaniu zostały złożone oferty, w tym ITSF, co do których nie zgłoszono żadnych zastrzeżeń.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: s.i.w.z.} składa się przede wszystkim z tabeli, gdzie dla czternastu – jak to określono – „obszarów” serwera sprecyzowano wymagania, głównie w zakresie parametrów technicznych (pkt 1.-11.) czy pochodzenia od jednego producenta (pkt 13.) poszczególnych jego komponentów {dalej również: podzespołów}, ale także odnośnie zgodności z systemami operacyjnymi (pkt 12.) czy wsparcia technicznego (pkt 14.).

W pkt 3. opracowanego przez Zamawiającego wzoru formularza oferty (stanowiącego załącznik nr 4 do s.i.w.z.), bezpośrednio pod miejscem przeznaczonym na podanie łącznej ceny oferty, zamieszczono analogiczne tabele, odrębnie dla zamówienia podstawowego i opcjonalnego, przeznaczone – poza podaniem odrębnie wartości zamówienia podstawowego i opcjonalnego – na sprecyzowanie kolejno (odpowiednio w kolumnach „B”, „C” i „D”): modelu, producenta i oznaczeń komponentów oferowanego serwera.

Jednocześnie w ramach opisu sposobu sporządzenia oferty (rozdział X s.i.w.z.) Zamawiający zastrzegł (w pkt 7. ppkt 1.), że oferta musi zawierać formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do s.i.w.z.

Z formularza oferty złożonego przez ZSK wynika, że oferuje dostawę serwera „R282Z90” producenta Gigabyte, natomiast nie wynika, z jakich komponentów składa się oferowany model serwera, gdyż zamiast ich oznaczeń powtórzono oznaczenie modelu.

Z formularza oferty złożonego przez ADT wynika, że oferuje dostawę serwera „A+Serwer 2023US-TR4” producenta Supermicro, natomiast nie wynika, z jakich komponentów składa się oferowany serwer, gdyż zamiast ich

oznaczeń powtórzone, z niewielką zmianą sposobu zapisu, oznaczenie modelu („AS-2023US-TR4”).

Z formularza oferty złożonego przez Dabacom wynika, że oferuje dostawę modelu serwera „R282-Z90” producenta Gigabyte w konfiguracji składającej się z następujących komponentów – obudowy typu rack (o wymiarach 2U z 12 zatokami typu hot-swap na napędy HDD/SSD o wymiarach 3,5” oraz 2 zatokami na napędy o wymiarach 2,5”), wyposażonej w redundantne zasilacze (o mocy 2 x 1200 W, 80+ Platinum/80+ Platinum, z czterema 8-cm redundantnymi wiatrakami chłodzącymi), pięć złączy USB 3.0 (dwa z tyłu, dwa z przodu i 1 typu A), płyty głównej (z dwoma gniazdami na procesory, trzydziestoma dwoma gniazdami na pamięć DIMM, ośmioma gniazdami rozszerzeń PCIe 4.0/M2, dwoma złączami OCP Mezzanine/TPM/NVMe, dwoma interfejsami sieciowymi 1GbE RJ45, pięćmioma złączami USB 3.0, portem VGA, portem COM), na której zainstalowano: dwa procesory AMD Epyc 7742 CPU (6rdzeniowe, 2,25GHz, 256 MB L3 cache, TPD 225W), trzydzieści dwa moduły pamięci 64 GB RAM DDR4 ECC-3200 MHz, kontroler RAID (obsługujący 12 portów SATA/SAS 12Gb, wyposażony w 2GB cache + obsługę modułu C2F obsługujących poziomy RAID 0, 1, 5, 6, 10, 50, 60), dwa dyski SSD (480GB 2.5" SATA 6Gb 3DWPD enterprise), kartę HBA z czterema złączami 25 GbE SFP 28, kartę HBA z dwoma podwójnymi złączami 32 Gb FC, moduł zarządzania IPMI z odrębnym złączem LAN, przy czym w zakres dostawy wchodzi również: zestaw szyn rack, dwa przewody zasilające, cztery wkładki optyczne SFP 10 GB.

Pismami z 22 października 2020 r. Zamawiający – wskazując, że działa na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, w związku z powyższymi w trakcie szczegółowego badania i oceny oferty wątpliwościami dotyczącymi jej treści, w celu oceny, czy zaofertowany serwer spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia (załącznika nr 1 do s.i.w.z.) – wezwał: – zarówno ZSK, jak i ADT do podania pełnej specyfikacji serwera, zawierającej numery SKU nadane przez producenta, umożliwiające weryfikację oferty;

– Dabacom do podania numerów SKU nadanych przez producenta dla modułów wymienionych w kolumnie C Formularza ofertowego, umożliwiające weryfikację oferty.

Przy czym Zamawiający pouczył na końcu tych pism, że zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp udzielone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty ani stanowić negocjacji dotyczących jej treści.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z 27 października 2020 r. ZSK następująco sprecyzowało konfigurację oferowanego serwera (w nawiasach nr podane jako SKU poszczególnych komponentów): platforma – Gigabyte R282-Z90 (6NR282Z90MR-00), procesor – AMD Epyc 7742 (100-000000053), pamięć: Samsung M393A8G40AB2-CWE kontroler RAID z zabezpieczeniem flash – Broadcom MegaRAID 05-25420-08 + 05-25444-00, dysk SSD – Intel SSDSC2KG480G8, karta sieciowa – Broadcom BCM957504-N425G, wkładka optyczna 10Gb – GPC Photonics SI MM85030D-GP, karta FC z wkładkami optycznymi – Broadcom LPe32002-M2, wyprowadzenie portu szeregowego: Gigabyte 25CF8-200602-K1R.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z 27 października 2020 r. ADT następująco sprecyzowało konfigurację oferowanego serwera (kolejno: nr podane jako SKU poszczególnych komponentów / opis komponentu / liczba szt.): MBD-H12DSU-iN H12DSU-iN motherboard / RSC-W2-8888G4 / 1; PSE-ROM7742-0053 Rome 7742 DP/UP 64C/128T 2.25G 256M 225W 4094, HF, RoHS 2; MEM-DR464L-CL02-ER32 64GB DDR4-3200 2Rx4 LP (16Gb) ECC RDIMM / 32; HDS-T2TKHK61VSE480G / Toshiba HK6-V 480GB, SATA 6Gb/s, TLC, 2.5" 7mm, 3DWPD 2; MCP-220-00118-0B / Black gen-5.5 tool-less 3.5-to-2.5 converter drive tray, RoHS 1; AOC-S25G-M2S-O / Std LP 2-port 25G SFP28, Mellanox ConnectX-4 L (Retail Pack) 2; SFP-10G-SR SFP+ SR 10Gbs 850nm LC MMF 4; AOC-S3108L-H8IR-16DD / AOC-S3108L-H8IR-16DD Retail Pack W/ Accessory 1; BTR-TFM8G-LSICVM02 03-25444-06 LSI Supercap w/ 8GB CV + 24" cable (whole kit) / 1 BKT-BBU-BRACKET-05 LSI BBU-BRACKET-05 Remote Mounting Board / 1; CBL-SAST-0593 / Internal Mini-SAS HD to Mini-SAS HD 60cm, 30AWG, 12Gb/s; SFT-DCMS-SINGLE SMC System Management Software Suite Node License 1; AOC-QLE2742SR QLE2742-SR, Dual ports 32GFC, PCIe3.0 x8, SFP+, Low Profile / 2.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z 27 października 2020 r. Dabacom następująco sprecyzowało jako nr SKU poszczególnych komponentów (dodatkowo podając nazwy ich producentów): platforma – Gigabyte R282-Z90 (6NR282Z90MR-00), procesor – AMD Epyc 7742 (100-000000053), pamięć – Samsung (M393A8G40AB2-CWE kontroler RAID z zabezpieczeniem flash – Broadcom MegaRAID (05-25420-08 + 05-25444-00), dysk SSD – Intel (SSDSC2KG480G8), karta sieciowa – Broadcom (BCM957504-N425G), wkładka optyczna 10Gb – GPC Photonics (SI MM85030D-GP), karta FC z wkładkami optycznymi – Broadcom (LPe32002-M2), wyprowadzenie portu szeregowego – Gigabyte 25CF8-200602-K1R.

Reasumując, Izbą ustalono, co następuje.

Po pierwsze, postanowienia s.i.w.z. dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i sposobu złożenia oferty zostały tak skorelowane, że dzięki wymaganiu sprecyzowania w treści oferty modelu, producenta oraz unikalnych oznaczeń komponentów serwera Zamawiający zapewnił sobie możliwość zweryfikowania we własnym zakresie, czy model serwera w danej konfiguracji jest zgodny z parametrami określonymi w odniesieniu do poszczególnych komponentów. Zamawiający nie musiał żądać w tym celu wskazania nazwy podzespołów, gdyż okolicznością notoryjną jest, że dzięki tym unikalnym oznaczeniom bez trudu można ustalić w specyfikacjach technicznych dostępnych na stronach internetowych producentów sprzętu IT, jaki konkretnie podzespół za nim się kryje.

O tym, że taki był cel wprowadzenia powyższej regulacji w s.i.w.z. świadczy dodatkowo przebieg badania zgodności treści ofert z treścią opisu przedmiotu zamówienia, którego Zamawiający obiektywnie nie mógł przeprowadzić na podstawie samej treści ofert złożonych przez ZSK i ADT do upływu terminu składania ofert, właśnie z powodu braku skonkretyzowania oznaczeń komponentów.

Z kolei na to, że pomimo niegramatycznie sformułowanego we wzorze formularza oferty opisu kolumny „D” {w brzmieniu: *SKU nadanych przez producenta komponentów*}, wykonawcy profesjonalnie działający na rynku IT przy dołożeniu należytej staranności mogli bez trudu odczytać wolę Zamawiającego, świadczy również zachowanie ZSK i ADT. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – sprowadzające się *facto* do powtórzenia opisu tej kolumny – każdy z nich spontanicznie podał bowiem jako żądane nr SKU oznaczenia liczbowo-literowe poszczególnych komponentów dla sprecyzowania konfiguracji modelu serwera wskazanego uprzednio w ofercie.

Z tego względu za niewiarygodne i przyjęte li tylko na potrzeby postępowania odwoławczego należało uznać późniejsze twierdzenia Przystępujących zmierzające do przeinaczenia znaczenia wymagania sprecyzowania w formularzu ofertowym oznaczeń podzespołów, z których składa się serwer. Trudno wyobrazić sobie, aby profesjonalni wykonawcy działający w dobrej wierze mogli odczytać takie wymagania jako oczekiwanie podania jednego zbiorczego oznaczenia i to w dodatku takiego, które zostało sformułowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania, ewentualnie używanego wyłącznie w logistyce wewnętrznej przez producenta {stanowisko Przystępującego ZSK odnośnie rozumienia SKU nie było w tym zakresie spójne}. Ponadto skoro wezwania zawierały pouczenie o tym, że udzielone

wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, ZSK i ADT przedstawiłoby taką argumentację, jak w toku postępowania odwoławczego, już w ramach wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu.

Niezależnie od powyższego, jeżeli Przystępujący mieli jakiegokolwiek wątpliwości co do rozumienia opisanych powyżej postanowień s.i.w.z. to powinni zwrócić się w tym zakresie w trybie art. 38 pzp o wyjaśnienie ich treści przez Zamawiającego. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/2013, w danych okolicznościach składanego i przyjmowanego zamówienia publicznego oraz wobec wątpliwości występujących po stronie wykonawcy art. 38 pzp stanowi w związku z art. 354 § 2 kc nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy, by zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści s.i.w.z.; zaniechanie tej powinności może być podstawą do zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 kc.

Po drugie, ZSK i ADT – podając dopiero na odrębne wezwanie Zamawiającego konfigurację podzespołów, z jakich składa się serwer – nieintencjonalnie potwierdzili również w ten sposób, że na etapie sporządzania oferty nie uczynili zadość wymaganemu w treści s.i.w.z. zakresowi sprecyzowania przedmiotu oferty. Gdyby uważali bowiem, że podanie w treści formularza oferty oznaczenia modelowego (względnie zbiorczego oznaczenia SKU) odpowiada temu wymaganiu i na ich podstawie Zamawiający może sprawdzić, z jakich komponentów składa się tak oznaczony serwer, powinni byli zakwestionować wezwania Zamawiającego do uzupełnienia tych informacji jako zbędnego lub wręcz narażającego ich na zarzut uzupełnienia treści oferty po upływie składania ofert.

Za oczywiście sprzeczne wewnętrznie należy uznać stanowisko Zamawiającego, który z jednej strony ogólnikowo twierdzi, bez wdawania się w istotne dla tej sprawy szczegóły {zamiast tego posługując się zbitką ogólnych tez z kilku uzasadnień wyroków Izby i sądów powszechnych}, że prawidłowo zastosował art. 87 ust. 1 pzp, a z drugiej podtrzymuje, że bez dodatkowych informacji odnośnie konfiguracji podzespołów nie byłby w stanie zweryfikować, czy serwery wskazane przez ZSK i ADT w formularzu oferty odpowiadają parametrom opisu przedmiotu zamówienia.

Ponownie za niewiarygodne, przyjęte li tylko na potrzeby postępowania odwoławczego, a ponadto niezgodne ze stanowiskiem Zamawiającego, należało uznać twierdzenie przez Przystępujących, jakoby wezwanie dotyczyło podania informacji wykraczających poza zakres wymagany w treści oferty, rzekomo na potrzeby dodatkowego upewnienia się przez Zamawiającego. Ponadto takie stanowisko w oczywisty sposób abstrahuje od faktu, że wezwanie oparte zostało na konkretnej podstawie prawnej, czyli art. 87 ust. 1 pzp, który reguluje instytucję wyjaśnień na potrzeby badania treści oferty przede wszystkim właśnie w celu ustalenia, czy oferta nie podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią s.i.w.z.

Po trzecie – obiektywnie rzecz biorąc za ogólnymi oznaczeniami modelowymi podanymi przez ZSK i ADT w formularzach ich ofert kryją się różne konfiguracje podzespołów, w tym takie, które nie spełniają parametrów opisu przedmiotu zamówienia. Zostało to dowiedzione przez Odwołującego, który na rozprawie złożył specyfikacje techniczne wraz z tłumaczeniem dla serwerów Gigabyte model R282-Z90 (rev.100) i Supermicro A+2023US-TR4 Produkt SKUs AS-2023US-TR4). Wynika z nich, że w ramach tak oznaczonych modeli mogą być zastosowane różne komponenty, co daje dużą liczbę możliwych konfiguracji, z których jedne będą spełniać parametry opisu przedmiotu zamówienia, a inne nie.

Przykładowo w Gigabyte R282-Z90 instaluje się procesory z rodziny Dual AMD EPYC 7002, a w Supermicro AS 2023US-TR4 z serii Dual AMD EPYC 7001/7002, przy czym – jak również dowiódł Odwołujący {także dzięki złożeniu specyfikacji procesorów AMD EPYC serii 7002} – dla serii 7001 w ogóle możliwe są maksymalnie 32 rdzenie, a seria 7002 obejmuje aż 25 modeli procesorów o liczbie rdzeni wahającej się od 8, przez 12, 16, 24, 32, 48, aż do 64 (w przypadku czterech najmocniejszych modeli). Natomiast z pkt 2. tabeli OPZ wynika, że Zamawiający wymagał właśnie procesora 64-rdzeniowego, a dodatkowo o min. częstotliwości taktowania 2,25 GHz, co spełniają tylko 2 najmocniejsze procesory AMD EPYC serii 7002.

Podobnie jest z pamięcią RAM – 32 sloty DIMM mogą zostać obsadzone kośćmi:

- model Gigabyte R282-Z90 – o pojemności do 128 GB i szybkości 2933 lub 3200 MHz, co oznacza jednocześnie, że określono jedynie na 4 TB maksymalną wielkość pamięci RAM;
- Supermicro AS-2023US-TR4 – o pojemności 4, 8, 16, 32 GB, 128 i 256 GB i szybkości 2666 lub 3200 MHz, przy czym maksymalną pojemność pamięci RAM określono na 4 lub 8 TB.

Natomiast z pkt 3. tabeli OPZ wynika, że Zamawiający wymagał łącznej pojemności pamięci 2 TB, osiągniętej przez zainstalowanie kości 64 GB o szybkości 3200 MHz.

Po czwarte – skoro w przypadku ZSK i ADT podstawą do ustalenia przez Zamawiającego zgodności z parametrami opisu przedmiotu zamówienia mogła być, obiektywnie rzecz ujmując, dopiero konfiguracja modeli serwerów sprecyzowana przez Przystępujących po upływie terminu składania ofert, *de facto* doszło w tym zakresie do uzupełnienia treści ofert, a wręcz swoistego poprawienia ich treści przez Zamawiającego, który z uwzględnieniem tych informacji pozytywnie zweryfikował oferty ZSK i ADT.

W tak ustalonych okolicznościach Izba uznała za bez znaczenia dla sprawy zgłaszane przez Przystępujących dowody w postaci oświadczeń producentów lub ich przedstawicieli handlowych, jakoby podane w ofertach pojedyncze oznaczenie SKU jednoznacznie identyfikowało dokładnie taką konfigurację, jaka została opisana w późniejszych wyjaśnieniach. Oświadczenia te Izba oceniła jako niewiarygodne i złożone li tylko na potrzeby postępowania odwoławczego i przyjętej w nim linii obrony Przystępujących, o czym świadczą daty ich sporządzenia. W przeciwnym razie nie powinno nastroczać trudności przedstawienie dokumentów z datą sprzed złożenia ofert, z których by wynikało, co oznaczają wpisane w nich oznaczenia.

Przed wszystkim w zestawieniu z treścią złożonych przez Odwołującego specyfikacji technicznych oczywiście bez pokrycia jest potwierdzanie przez te podmioty, skądinąd zainteresowane zwiększeniem dzięki temu swojej sprzedaży, że pojedynczy nr SKU, analogiczny do oznaczenia modelu, identyfikuje dokładnie jedną konfigurację podzespołów odpowiadającą opisowi przedmiotu tego zamówienia. Szczególnie dobitnie wynika to ze specyfikacji technicznej pobranej ze strony internetowej producenta Supermicro, gdzie na samym początku wskazano, że model A+Server 2023USTR4 ma SKU AS-2023US-TR4, a następnie rozpisano możliwe konfiguracje podzespołów.

Po piąte – odmiennie przedstawia się stan rzeczy w odniesieniu do oferty Dabacomu, gdyż wobec jednoznacznego i szczegółowego opisanego w kolumnie „D” formularza ofertowego, w jakiej konfiguracji oferowany jest model serwera Gigabyte R282-Z90, nie ma znaczenia brak podania oznaczeń SKU dla wyspecyfikowanych komponentów. W konsekwencji ich późniejsze podanie w ramach procedury wyjaśnień treści oferty, obiektywnie rzecz ujmując, nie mogło doprowadzić do zmiany treści oferty, a Zamawiający mógł zweryfikować zgodność oferowanego serwera z opisem przedmiotu zamówienia już na podstawie informacji zawartych w ofercie Dabacomu.

W tych okolicznościach zarzuty odwołania są w istotnym zakresie zasadne.

Do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy pzp wskazanej na wstępie, a nie ustawy – Prawo

zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) {zwanej dalej „nowym pzp”}, gdyż z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.) wynika, że do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89 [czyli dotychczas obowiązującej ustawy pzp], wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Izba rozważyła zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podzielił utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obowiązuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty (np. przez wymaganie podania producenta, modelu, typu itd. oferowanego urządzenia, jak w tym postępowaniu).

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie tej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.. gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Skoro ustalony stan rzeczy jest taki, że treść ofert złożonych przez Przystępujących nie została sprecyzowana na wymaganym w treści s.i.w.z. poziomie szczegółowości, a następnie doszło *de facto* do uzupełnienia treści tych ofert, co stanowił obejście wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2 zakazu zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert, Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Powyższe rozstrzygnięcie znajduje również oparcie w orzecznictwie w sprawach, które dotyczyły zbliżonych stanów faktycznych. W szczególności w wyroku Izby 23 grudnia 2013 r. sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/13, podstawą uwzględnienia odwołania w pierwszej z tych spraw, było stwierdzenie przez Izbę, znalazł potwierdzenie zarzut, że wybrany wykonawca, wbrew jednoznacznie wyrażonemu w s.i.w.z. oczekiwaniu zamawiającego, nie sprecyzował oferty w zakresie urządzeń zasilania awaryjnego UPS w sposób umożliwiający weryfikację zgodności ich parametrów z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż typ „UPS2000G” wskazany dla dwóch urządzeń UPS odnosi się do grupy urządzeń, wśród których występują modele o mocy od 1 do 20 kVA. Następnie Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 14 maja 2014 r. sygn. akt V Ca 408/14 oddalił skargę zamawiającego na takie rozstrzygnięcie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Natomiast zarzuty odwołania są niezasadne w odniesieniu do oferty Dabacomu, która została sprecyzowana w taki sposób, że umożliwiała to Zamawiającemu zweryfikowanie zgodności jej treści z treścią opisu przedmiotu zamówienia, a procedura wyjaśnień nie doprowadziła do naruszenia zakazu zmiany treści oferty wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 3. sentencji – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie

rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy. Izba uznała, że znikomy i bez znaczenia dla wyniku postępowania zakres sporu przegrany przez Odwołującego nie jest wystarczający dla stosunkowego rozdzielenia kosztów.