

Sygn. akt: KIO 1446/16

Sygn. akt: KIO 1447/16

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Mawilux S.A z siedzibą w Raszynie**

B. w dniu 4 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Qumak S.A z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **2 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum: CSS Clear Sky Systems Sp. z o.o., UNITY S.C. M.T., D.C., MPROJEKT Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Blizne Łaszczyńskiego** zgłaszających przystąpienie do

postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1446/16 po stronie zamawiającego wykonawcy **Qumak S.A z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1446/16 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **Mawilux S.A z siedzibą w Raszynie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1447/16 po stronie odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum: CSS Clear Sky Systems Sp. z o.o., UNITY S.C. M.T., D.C., MPROJEKT Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Blizne Łaszczyńskiego** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1447/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.1. Uwzględni odwołania o sygn. KIO 1446/16 i 1447/16 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: CSS Clear Sky Systems Sp. z o.o., UNITY S.C. M.T., D.C., MPROJEKT Polska Sp. z o.o.

1

1.2. W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygnaturze akt KIO 1446/16 dotyczących oferty Wykonawcy Mawilux S.A. - oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **2 Regionalna Bazę Logistyczna z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców: **Mawilux S.A z siedzibą w Raszynie** i **Qumak S.A z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań KIO 1446/16 i 1447/16,

2.2. zasądza od Zamawiającego **2 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Warszawie** na rzecz Wykonawcy **Mawilux S.A z siedzibą w Raszynie** kwotę **zł 18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od Zamawiającego **2 Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą w Warszawie** na rzecz Wykonawcy **Qumak S.A z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 1446/16

UZASADNIENIE

Zamawiający – 2 Regionalna Baza Logistyczna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Projekt, dostawa, instalacja i uruchomienie lotniskowych automatycznych systemów pomiarów meteorologicznych (AWOS) w latach 2016-2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 01 sierpnia 2015r. pod numerem 2015/S 147-270447.

Wykonawca MAWILUX S.A. wniósł odwołanie wobec bezpodstawnego zaniechania przedstawienia wyczerpującego i klarownego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że w całym zakresie jest ona zgodna z wymaganiami odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), lub po wyczerpaniu procedury wyjaśnień treści oferty i poprawienia omyłki w tym również w zakresie rozwiązania technicznego zastosowanego montażu masztu wraz z wiatromierzem w ogródku, a z ostrożności wobec bezpodstawnego zaniechania poprawienia innej omyłki, polegającej na nie dopisaniu w ofercie dwóch masztów o wysokości 2,5 m i 3m, w sposób zgodny ze wskazanym w treści uzasadnienia, oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia publicznego: Clear Sky Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, UNITY S.C. z siedzibą w Warszawie oraz MPROJEKT Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum CSS”), z uwagi na zaferowanie przez tego Wykonawcę monitora LCD o przekątnej 18,5" zamiast 19", co jest niezgodne z treścią SIWZ, zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum CSS, z uwagi na zaferowanie przez tego Wykonawcę konsoli KON LCD, która nie posiada wyjścia IxRR4 36p, umożliwiającego bezpośrednie połączenie z przełącznikiem KVM, co jest niezgodne z treścią SIWZ, zaniechania wykluczenia Konsorcjum CSS, z uwagi na złożenie przez Konsorcjum CSS nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania, a dotyczących danych technicznych konsoli KON LCD, prowadzenie negocjacji z Konsorcjum CSS, poprzez wezwanie Konsorcjum CSS do wyjaśnień, a następnie poprawienie w ramach innej omyłki niezgodnej z SIWZ treści oferty, co w sposób istotny zmieniło treść oferty Konsorcjum CSS, zaniechanie równego traktowania wykonawców, biorących udział w Postępowaniu, oraz prowadzenia Postępowania w sposób konkurencyjny, zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego uzasadniania podstaw faktycznych odrzucenia oferty, a co za tym idzie jest

3

uprawniony do ogólnikowego i niewyczerpującego przedstawienia tych podstaw w *Informacji o wynikach postępowania*, a następnie ustnego dopowiadania, co Zamawiający miał na myśli formułując to uzasadnienie w tak ogólnikowy sposób; art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do stwierdzenia, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, choć oferta ta spełnia wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego, również te wskazane w Zmianach SIWZ 19.04.2016 r. z ostrożności: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do poprawienia niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty Odwołującego; oraz: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do stwierdzenia, że oferta Konsorcjum CSS

jest zgodna z treścią SIWZ, choć Wykonawca ten zaoferował konsolę KON LCD z monitorem LCD o przekątnej sprzecznej z jednoznacznymi żądaniem Zamawiającego; art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do stwierdzenia, że oferta Konsorcjum CSS jest zgodna z treścią SIWZ, choć Wykonawca ten zaoferował konsolę KON LCD bez wyjścia lxRR4 36p, umożliwiające bezpośrednie połączenie z przełącznikiem KVM, co jest sprzeczne z jednoznacznymi żądaniem Zamawiającego; art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do stwierdzenia, że podanie przez Konsorcjum CSS nieprawdziwych danych technicznych konsoli KONLCD nie obliguje go do wykluczenia tego Wykonawcy, choć nieprawdziwe informacje podane przez Konsorcjum CSS mają wpływ na wynik postępowania; art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie jest uprawniony do stwierdzenia, że (i) zaniechanie podania parametru rozdzielczości pomiaru wilgoci czujnika temperatury i wilgotności wraz z osłoną radiacyjną, oraz (ii) zaniechanie podania przez Konsorcjum CSS pięciu (5) parametrów miernika grubości pokrywy śnieżnej - uprawnia Zamawiającego do zmiany lub dopisania ich przez Zamawiającego do oferty po terminie składania ofert (po uprzednim wniosku do zamawiającego, aby wskazał co jest przedmiotem oferty) oraz nie stanowi niedozwolonych negocjacji z Wykonawcą, oraz że Zamawiający nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty wprost niezgodnej z SIWZ; art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

4

poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo że po zastosowaniu przedstawionych w ust. 13 SIWZ kryteriów oceny ofert uzyskuje ona najwyższą ilość punktów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, z ewentualnym poprawieniem innej omyłki w ofercie Odwołującego, jeżeli podstawą faktyczną odrzucenia było również zaniechanie zaoferowania przez Odwołującego masztów 2,5m oraz 3m, odrzucenia oferty Konsorcjum CSS z uwagi na jej niezgodność z SIWZ w zakresie: zbyt krótkiej przekątnej monitora LCD, braku wyjścia lxRR4 36p na konsoli KONLCD, umożliwiające bezpośrednie połączenie z przełącznikiem KVM, rozdzielczości pomiaru wilgoci czujnika temperatury i wilgotności wraz z osłoną radiacyjną, zaniechania podania pięciu (5) parametrów miernika grubości pokrywy śnieżnej, wykluczenia Konsorcjum CSS z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że: „w informacji o podstawach faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający niemalże na dwie i pół strony przytacza rzekome uzasadnienie faktyczne swojej czynności, lecz w istocie obszernie cytuje on treść SIWZ oraz wrywkowo zmianę tej treści z dnia 19.04.2016 r., bez precyzyjnego wskazania, z którą częścią cytowanych fragmentów treść oferty Odwołującego jest niezgodna”. Odwołujący wskazał także, że z ustnych konsultacji z Zamawiającym, dotyczących wyjaśnienia podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego powziął wiadomość, że usadowienie masztu wiatromierza w ogródku meteorologicznym strefy MID nie jest jedynym zarzutem Zamawiającego. Również fakt, iż Odwołujący nie wskazał w ofercie (i) masztu miernika temperatury i wilgotności 2 m AGL i miernika temperatury na 5 cm AGL oraz (ii) masztu miernika grubości pokrywy śnieżnej, jest podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego. O tej podstawie jednak Zamawiający nie wspominał w informacji o wynikach postępowania. Odwołujący wskazywał także, że nadal nie jest mu znane pełne stanowisko Zamawiającego, także w kwestii, dlaczego Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień Odwołującego i z którym ich fragmentem się nie zgadza, jako że w jego przekonaniu jest sprzeczne z SIWZ. Wyjaśnił, że oferta nie pozostaje w sprzeczności z cytowaną SIWZ (uwzględniającą zmiany jej treści) i jest zgodna z pozostałymi wymaganiami SIWZ, obowiązującymi w dniu otwarcia ofert.

Odwołujący podkreślił, że w odwołaniu jedynie z ostrożności uzasadnił, nie tylko dlatego montaż masztu wiatromierza (o wysokości 10 m) w ogródku meteorologicznym strefy MID

5

jest zgodny z treścią SIWZ, lecz również z ostrożności podnosi zarzut zaniechania ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty i poprawienia przez Zamawiającego innej omyłki, która tyczy się ewentualnego, nie wyszczególnionego w informacji o wynikach postępowania zarzutu, tyżącego się dwóch ww. masztów (jeden o wysokości 2,5m, a drugi o wysokości 3m), przy jednoczesnym wykreśleniu z oferty masztu o wysokości 10 m.

Zdaniem Odwołującego, jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a także innymi dokumentami wskazanymi w Rozdziale II ust. 10 SIWZ. W ustępie tym Zamawiający zażądał:

„10. Wymagania dodatkowe dotyczące przedmiotu zamówienia:

10.1. Wykonawca zobowiązuje się wykonać i dostarczyć przedmiot zamówienia zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie normami i przepisami tj.: (...);

- „Instrukcja dla stacji meteorologicznych IMGW” - Wydawnictwo Geologiczne, Warszawa 1988.

Dodatkowo, Odwołujący zażądał, aby oferta zgodna była także z Guide to Meteorological Instruments and Methods of Observations, wydawanej przez World Meteorological Organization.

Wykonawca wyjaśnił, że dostosował się do obu dokumentów, argumentację w tym zakresie wskazał w wyjaśnieniach, lecz próżno jest szukać choćby polemiki Zamawiającego w tym zakresie w informacji o odrzuceniu oferty.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i zestawienie dwóch metodologii wprowadzenia zmian do SIWZ, zmiany wprowadzone przez Zamawiającego miały charakter wprowadzający w błąd. Odwołujący zastosował się do tej metodyki, gdzie Zamawiający nie wykreślił wiatromierza ze strefy MID („ogródek meteorologiczny”).

Odwołujący podkreślił, że zmiana treści SIWZ, na którą powołuje się Zamawiający, wcale się nie odbyła, gdyż w oryginalnej SIWZ oraz w każdej kolejnej zmianie, fragment SIWZ dotyczący schematu rozmieszczenia poszczególnych elementów nie uległ zmianie. Za każdym razem, strefa MID była zobrazowana identycznie.

Odwołujący podkreślał także, że rozwiązanie przez niego zaproponowane jest w pełni profesjonalne i nie obniża standardu lotniska, pozostaje w zgodności z SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zajmując stanowisko w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego, wprost obniża bezpieczeństwo użytkowania lotnisk, bo po zainstalowaniu nowego AWOS i obowiązkowej likwidacji starych systemów MetNet oraz zapasowych systemów pomiarowych ZSPM-10, lotniska, w razie awarii przedmiotowego systemu AWOS,

6

stają się pozbawione podstawowych danych meteo, niezbędnych do ich funkcjonowania.

Tym samym Zamawiający cofa infrastrukturę lotniskową o dekadę.

Odwołujący w konkluzji stwierdził, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a zatem nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że oferując Zamawiającemu rozwiązanie, kierował się zasadą zaufania i lojalności pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Był przekonany, że jak w innych przetargach tak i w tym, intencją Zamawiającego jest posiadanie tak jak dotychczas obok systemu zasadniczego AWOS również system zapasowy. Dla Odwołującego niewyobrażalnym było, że Zamawiający obniży standardy bezpieczeństwa użytkowania lotnisk. Powodem popełnienia błędu był brak precyzji Zamawiającego w procesie modyfikacji treści SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, uchybienia przez niego popełnione mogą być uznane za nieistotne z punktu widzenia całości oferowanego świadczenia oraz ze względu na koszt poprawionych elementów oferty. Koszt obu masztów to jedynie zł 16.583,00 zł, co stanowi nieznaczny ułamek wartości oferty. Jak wskazywał Odwołujący: okoliczność, iż po dokonaniu poprawek w ofercie Odwołującego koszt 2 masztów zostanie wyceniony na 0 zł, nie może być uznany

jako przeszkoda w procedurze poprawiania innej omyłki. „W ofercie Odwołującego masz wiatromierza (10m) wraz z oświetleniem przeszkodowym i instalacją odgromową (koszt = 15.000 zł) plus wiatromierz WMT 700 (koszt = 13.500 zł / 2700 EUR) i tor komunikacji z serwerem (koszt» 1.500) daje łącznie sumę ponad Zestawienie tych dwóch sposobów podejścia do przedmiotu zamówienia i kosztów jakie generują, pokazuje, że Odwołujący nie próbował zaoszczędzić kosztem jakości wyposażenia. Wręcz przeciwnie, oferował rozwiązanie nieco lepsze od obecnie użytkowanego, zaś Zamawiający, jak się wydaje, forsuje rozwiązanie zagrażające ciągłości funkcjonowania lotnisk. Oferta Odwołującego chociaż jest najlepsza pod względem technicznym i ekonomicznym, a przy tym mieszcząca się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, została odrzucona”.

Odwołujący wskazał, że oferta Wykonawcy Konsorcjum CSS nie spełnia wymagań Zamawiającego ujętych w w/w dokumencie, w zakresie pkt. 19. Konsola z monitorem LCD-KONLCD. Zaoferowany przez CSS monitor LCD nie posiada przekątnej 19", jak wymagał Zamawiający, a posiada przekątną 18,5". Zamawiający w odpowiedzi na pytanie zawarte w pkt. 25, zdecydowanie odrzucił możliwość zaoferowania innej konsoli niż przewidziana w SIWZ. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum CSS w ofercie poświadczyło nieprawdę wpisując 19".

7

Ponadto Odwołujący podniósł, że zaoferowana przez Wykonawcę Konsorcjum CSS konsola KONLCD nie posiada wyjścia IxRR4 36p umożliwiającego bezpośrednie połączenie z przełącznikiem KVM. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum CSS w ofercie poświadczyło nieprawdę, poświadczając, że zaoferowana konsola KONLCD spełnia przedmiotowy parametr.

Jako przykład nieprawidłowości w ocenie ofert Odwołujący wskazał na niefrasobliwe kopiowanie przez Wykonawcę Konsorcjum CSS treści wymagań Zamawiającego z kolumny „Wartość (funkcjonalność) wymagana" do kolumny, w której oferent miał wpisać oferowane parametry „Wartość (funkcjonalność) oferowana". Zmiana treści oferty Konsorcjum CSS w tym zakresie byłaby uzupełnieniem treści oferty, niedopuszczalna w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.”

Odwołujący zwrócił także uwagę, że Zamawiający wystosował do Konsorcjum CSS prośbę o wyjaśnienie następujących zakresów oferty tego Wykonawcy: rozdzielczość pomiaru wilgotności czujnika temperatury i wilgotności wraz z osłoną radiacyjną, gdyż pomimo że Zamawiający wymagał dokładność 1%RH to Konsorcjum CSS nie wskazało tego parametru, parametrów miernika grubości pokrywy śnieżnej, gdyż pomimo że Zamawiający wymagał, aby urządzenie to miało możliwość wyłączenia czujnika, jego montaż odbył się na maksymalnej wysokości 3m, aby zastosowano cyfrowe wyjście danych, aby podane zostały skrajne temperatury pracy oraz wilgotność względna, to Konsorcjum CSS nie wskazało tych pięciu (5) parametrów. Na tak sformułowane wezwanie, w dniu 27 czerwca 2016r. (po terminie składania ofert) Konsorcjum CSS oświadczyło, co jest przedmiotem oferty, tj. jakie parametry posiada oferowany przez tego Wykonawcę sprzęt. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, zamiast uznać, że doszło do złożenia oferty, której przedmiot nie był znany w dniu jej złożenia, to uwzględnił wyjaśnienia Konsorcjum CSS i w dniu 11 lipca 2016r. dopisał brakującą treść w ofercie Konsorcjum CSS.

Odwołujący podkreślił, że omyłka, która wystąpiła w ofercie Odwołującego została popełniona z uwagi na niejednoznaczną zmianę SIWZ. Odwołujący od początku oferował wszystkie żądane systemy, które w swej specyfice były od początku zgodne z treścią SIWZ. Zostały one jedynie zaplanowane do montażu na innym (lepszem) maszynie. Natomiast błąd Konsorcjum CSS polega na zaoferowaniu sprzętu, którego specyfikacji Zamawiający nie znał w dniu składania ofert. Dopisanie przez Zamawiającego sześciu parametrów, które w dniu składania ofert były Zamawiającemu nieznane, w sposób istotny zmienia treść oferty Konsorcjum CSS. Zamawiający stał się kreatorem oferty Konsorcjum CSS. Dopiero po dokonanej zmianie Zamawiający oraz pozostali wykonawcy dowiedzieli się, co właściwie jest przedmiotem oferty. Poprawienie tego błędu było zdaniem Odwołującego niemożliwe w

8

świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem stanowiło niedozwolone negocjacje, o których mowa w art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego napisał: „Reasumując powyższe zapisy SIWZ oraz wyjaśnienia Wykonawcy, że rozwiązania techniczne proponowane przez Wykonawcę w postaci montażu masztu wiatromierza wraz z wiatromierzem w ogródku meteorologicznym w obrębie strefy MID są niezgodne ze specyfikacją. Zamawiający w zmianie treści SIWZ z dnia 19.04.2016 r. odrzucił również „możliwość wykorzystania konstrukcji masztu wiatromierza w ogródku meteorologicznym na potrzeby realizacji pomiarów temperatury powietrza i wilgotności powietrza, temperatury przy gruncie i temperatury gruntu.” „Zamawiający stwierdza, że zaoferowany przez Wykonawcę wykonanie przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, tym samym oferta Wykonawcy jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu jej treść nie odpowiada treści SIWZ.”

W ocenie Izby, z powyższych stwierdzeń Zamawiającego jednoznacznie wynika powód odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu. Powodem jest niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Zamawiający wyraźnie stwierdził, że proponowane przez Odwołującego rozwiązanie w postaci montażu masztu wiatromierza wraz z wiatromierzem w ogródku meteorologicznym w obrębie strefy MID jest niezgodne ze specyfikacją. Zamawiający wskazał, że 19 kwietnia 2016 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ. W SIWZ przed zmianami, konstrukcja masztu 10 m była dopuszczalna, natomiast po zmianach, Zamawiający nie dopuścił takiego rozwiązania.

W ocenie Izby, nie można mówić o braku lub niejasności informacji o podstawie odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał zarówno podstawę faktyczną, jak i prawną

9

swoich działań. Dodatkowo szeroko przytoczył zmiany, jakich dokonywał w treści SIWZ, celem umożliwienia dokonania porównania wymóg przed i po zmianie treści SIWZ. Z tego też powodu Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zwrócił uwagę w treści odwołania, że dodatkowo w jego ofercie nie znalazły się dwa maszty 2,5 m oraz 3 m, co również stanowi o niezgodności z treścią SIWZ, pomimo, że nie było wskazane w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Brak ujęcia tej okoliczności przez Zamawiającego w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, świadczy o niedokładności Zamawiającego w tym zakresie. Jednakże w ocenie Izby okoliczność ta (pominięcie w ofercie Odwołującego dwóch wymaganych przez Zamawiającego masztów), stanowi dodatkową przesłankę wskazującą na niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ i uzasadnia odrzucenie oferty Odwołującego.

W ocenie Izby, bezzasadny jest także zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego. Jak wyżej podniesiono, Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, w ramach której zrezygnował z określonych rozwiązań, w tym z masztu o wysokości 10 m z zainstalowanym na nim wiatromierzem w ogródku meteorologicznym. Odwołujący taki maszt zaoferował, co stanowi bezpośrednio niezgodność jego oferty z treścią SIWZ. Co więcej, jak wskazał Odwołujący, kolejną niezgodność jego oferty dotyczyła braku zainstalowania dwóch masztów o wysokości 2,5 m oraz 3 m w innej strefie lotniskowej – tj. na początku i na końcu pasa startowego. Stanowi to o zaoferowaniu rozwiązania niezgodnego z wymaganiami

SIWZ. Odwołujący w treści odwołania stwierdził, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Z takim twierdzeniem nie sposób się zgodzić. Jak wskazano powyżej, Zamawiający dokonał w dniu 19 kwietnia 2016 roku modyfikacji treści SIWZ, na mocy której usunął przedmiotowy maszt o wysokości 10 m. Oznacza to, że Zamawiający nie oczekiwał takiego rozwiązania. Co więcej, modyfikacja była jednoznaczna.

Okoliczność, że (jak twierdził Odwołujący), oferowane przez niego rozwiązanie odpowiada chociażby konwencji chicagowskiej, nie przesądza o zgodności oferty z treścią SIWZ. To Zamawiający decyduje, jak będzie wyglądała strefa lotniska. Co więcej, konwencje zawierają zalecenia, jednak o ostatecznej treści SIWZ decyduje Zamawiający, to on jest odpowiedzialny za kształt zamówienia i jego zgodność z przepisami prawa.

Nadto wszystkie oferty winny zawierać jednakowe rozwiązanie, gdyż w przeciwnym razie byłyby nieporównywalne. Izba nie jest organem, który za Zamawiającego zdecyduje, jaki kształt ma przedmiot zamówienia. Tę kwestię rozstrzyga Zamawiający. Należy zauważyć że zmiana wprowadzona przez Zamawiającego dotyczyła wszystkich wykonawców i poza Odwołującym wszyscy dostrzegli dokonaną zmianę. Odnosząc się do braku zmian na

10

przedstawionych w odwołaniu schematycznych rysunkach należy zauważyć, że od początku nie był na nich zaznaczony maszt. Tym samym fakt jego usunięcia nie był konieczny do zaznaczenia na rysunku.

W ocenie Izby, bezzasadny jest także zarzut zaniechania poprawienia omyłki (w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) w ofercie Odwołującego. Należy zauważyć, że do poprawienia omyłki może dojść w sytuacji, gdy określona niezgodność fragmentu oferty wykonawcy z treścią SIWZ jest oczywista oraz poprawienie takiej omyłki nie spowoduje zmiany w treści oferty.

Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający dokonywał dwukrotnie wyjaśnienia treści oferty Odwołującego i za każdym razem Odwołujący podtrzymywał rozwiązanie, które zaproponował w treści swojej oferty, a więc zawierające posadowienie masztu o wysokości 10 m wraz z wiatromierzem (w ogródku meteorologicznym). Już z tego powodu należy uznać, że nie można mówić o omyłce. Co więcej, w treści odwołania Odwołujący podnosi, że treść jego oferty (mimo, iż zawiera maszt 10 m, z którego Zamawiający zrezygnował i nie zawiera masztów 2,5 m oraz 3 m, których Zamawiający wymagał) jest zgodna z treścią SIWZ. Skoro zatem Odwołujący twierdzi, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, to nie można w takiej sytuacji uznać, że zawiera omyłkę. W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego sprowadza się do uzgadniania treści oferty po terminie składania ofert. Zamawiający wobec jednoznacznego stanowiska Odwołującego co do zaoferowanego rozwiązania (zawartego w treści SIWZ), nie mógł uznać, że oferta zawiera omyłkę. Ponadto, jak wyżej wskazano, Zamawiający może dokonać poprawienia omyłki w sytuacji, gdy wie, jak takiej poprawy dokonać. W chwili, gdy Odwołujący jednoznacznie stwierdził, że jego rozwiązanie jest zgodne z treścią SIWZ (podczas gdy w rzeczywistości jest niezgodne), Zamawiający nie może uznać, że Odwołujący popełnił omyłkę, ale że świadomie zaoferował rozwiązanie niezgodne z treścią SIWZ.

Jak słusznie zauważył Odwołujący w treści odwołania, zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy, polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści.

Ponadto poprawienie omyłki nie może powodować zmian w treści oferty. W niniejszym postępowaniu Odwołujący w treści wyjaśnień podtrzymał proponowane przez siebie rozwiązanie, które jest niezgodne z treścią SIWZ. W takiej sytuacji omyka wprowadza istotną zmianę do treści oferty, gdyż następuje zmiana zaoferowanego rozwiązania.

Izba za zasadny uznała zarzut braku odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum CSS z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ.

11

Izba ustaliła, że Wykonawca Konsorcjum CSS zaoferował konsolę z monitorem LCD-KONLCD, nazwa: Avocent LCD Console, typ: Avocent 18,5" Local Rack Access. W ocenie Izby, już wskazany typ urządzenia określa, jakiej wielkości jest monitor. Rzeczywiście jest to

jedynie 18,5", podczas gdy Zamawiający wymagał 19". Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił wydruk, z którego wynika, że producent Avocent nie posiada w swojej ofercie monitorów o wielkości 19". Przystępujący Konsorcjum CSS nie zaprzeczył takiemu oświadczeniu. Tym samym, zdaniem Izby, Przystępujący przyznał, że nie ma możliwości zaferowania monitora o wielkości 19", gdyż producent nie posiada takich monitorów w swojej ofercie. Co więcej, Odwołujący przedstawił jako dowód karty katalogowe producenta, w których wszystkie monitory posiadają wielkość 18,5", co oznacza, że producent nie posiada w swojej ofercie monitorów 19". Przystępujący stwierdził natomiast, że specjalnie dla niego zostanie taki produkt wyprodukowany. To oświadczenie jest w ocenie Izby niewiarygodne. Przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu, który mógłby potwierdzić jego wersję. Nie przedstawił żadnej korespondencji z producentem, która mogłaby potwierdzić, że specjalnie na potrzeby tego zamówienia zostanie wyprodukowany specjalny monitor. W ocenie Izby, zaferowanie monitora, który w nazwie ma podaną wielkość cali oznacza, że wykonawca zaferował monitor o takiej wielkości. Wszelkie oświadczenia, iż na potrzeby tego zamówienia zostanie wyprodukowany specjalny monitor, jest niezgodne z rzeczywistością. Przedstawienie w treści oferty informacji, że monitor LCD ma 19" w sytuacji, gdy już jego nazwa wskazuje na jego inną wielkość, jest wprowadzeniem Zamawiającego w błąd i jest niezgodne z rzeczywistością. Podobnie Przystępujący nie wykazał, że zaferowana przez niego konsola KONLCD posiada wyjście IxRR4 36p umożliwiające bezpośrednie połączenie z przełącznikiem KVM. W świetle powyższego, zarzut Odwołującego dotyczący oferty Konsorcjum CSS jest zasadny. W konsekwencji Izba uznała, że oferta Wykonawcy Konsorcjum CSS podlega odrzuceniu. Wykonawca Konsorcjum CSS nie wykazał prawdziwości informacji, dotyczącej wielkości monitora i możliwości wykonania wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania monitora o wielkości większej niż monitory dotychczas oferowane przez producenta. Tym samym należy uznać, że informacja zawarta w ofercie Wykonawcy Konsorcjum CSS nie była prawdziwa.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wskazania w ofercie Wykonawcy Konsorcjum CSS poszczególnych parametrów urządzeń, należy wskazać, że Wykonawca ten nie wskazał określonych parametrów w treści oferty. Działanie Zamawiającego polegało na wypełnieniu treści oferty za Wykonawcę, nie zaś na prostowaniu ewentualnych omyłek, jakie w tej ofercie się znalazły. Parametry te nie wynikały z treści oferty Wykonawcy, a co więcej, Zamawiający poszukiwał ich i nie znalazł nawet na stronie producenta (co wynika z treści

12

wzewwania do wyjaśnień z dnia 21 czerwca, str. 2 – uzasadnienie dla wiersza 3 i 7). W ocenie Izby brak było możliwości oceny oferty na chwilę składania ofert, gdyż oferta ta nie zawierała podstawowych informacji o oferowanym produkcie (mimo jednoznacznego wymagania zamawiającego).

W konsekwencji powyższego, Izba w sentencji wyroku nakazała odrzucenie oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum CSS Clear Sky Systems Sp. z o.o., UNITY S.C. M.T., D.C., MPROJEKT Polska Sp. z o.o.

Sygn. akt: KIO 1447/16

Odwołujący Qumak S.A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie Clear Sky Systems Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, Unity S.C. M.T., D.C. Partner Konsorcjum oraz MPROJEKT Polska Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum (dalej również jako Konsorcjum Clear Sky Systems Sp. z o.o. lub Konsorcjum CSS), która to oferta jest niezgodna z SIWZ, a wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w Rozdziale V pkt. 1 ppkt. 1.2specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, poprzez m. in. bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. co do złożonych w postępowaniu dokumentów przedmiotowych dotyczących oferowanego serwera oraz parametrów oferowanego rozwiązania (w szczególności w zakresie czujnika temperatury i wilgotności oraz miernika grubości pokrywy śnieżnej) jak i co do zaświadczenia

o niekaralności Pana PLYHM Ake - członek zarządu Combitech AB- spółki udostępniającej wiedzę i doświadczenie dla Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. oraz pełnomocnictwa od członków Konsorcjum dla Clear Sky Systems Sp. z o.o., art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 3 Ustawy Pzp poprzez niezgodne z Ustawą Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej; art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. jako oferty niezgodnej z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ m. in. poprzez zaferowanie niezgodnego z SIWZ serwera i stacji roboczych/komputer oraz niewykazanie, że oferowane rozwiązania spełnia parametry SIWZ; art. 84 ust 1 Ustawy Pzp, poprzez zezwolenie Wykonawcy Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. w dniu 27 czerwca 2016 r. na zmiany w złożonej ofercie już po terminie jej złożenia w zakresie oferowanego serwera i parametrów rozwiązania; art. 87 ust 1 Ustawy PZP poprzez wezwanie przez Zamawiającego w dniu 21 czerwca 2016 r. Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. do

13

wyjaśnień treści oferty tego wykonawcy, w sytuacji, gdy braki i błędy w ofercie nie pozwalały na ich naprawę w tym trybie i prowadziły do zmiany treści złożonej już oferty, art. 87 ust 2 pkt 1) Ustawy PZP poprzez bezprawne uznanie przez Zamawiającego w dniu 11 lipca 2016 r. błędów w ofercie Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. co do niezgodnego z SIWZ serwera jako omyłki pisarskiej; art. 87 ust 2 pkt 3) Ustawy PZP poprzez bezprawne uznanie przez Zamawiającego w dniu 11 lipca 2016 r. błędów i braków w ofercie Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. w zakresie czujnika temperatury i wilgotności oraz miernika grubości pokrywy śnieżnej jako innych nieistotnych omyłek; art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o., mimo, iż nie wykazał on spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt Rozdziale V pkt. 1 ppkt. 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Postępowania - zaświadczenia o niekaralności Pana PLYHM Ake - członek zarządu Combitech AB - spółki udostępniającej wiedzę i doświadczenie dla CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. - jest niezgodne z obowiązującym Rozporządzeniem o rodzajach dokumentów (...) z dnia 19 lutego 2013 r.; art. 23 ust 2 Ustawy PZP poprzez uznanie przez Zamawiającego za właściwe pełnomocnictw złożonych oddzielnie przez Unity S.C. M.T., D.C. oraz MPROJEKT Polska Sp. z o.o., z których to dokumentów nie wynika ustanowienie Clear Sky Systems jako pełnomocnika do reprezentowania ich wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia; oraz: art 26 ust 3 i 4 Ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. do uzupełnień i wyjaśnień w zakresie dokumentów podmiotowych od Combitech AB- spółki udostępniającej wiedzę i doświadczenie dla Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. oraz przedłożonych przez Konsorcjum pełnomocnictw dla CLEAR SKY Systems Sp. z o.o., art. 96 ust 3 Ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Ustawy Pzp poprzez bezpodstawne utajnienie przez Zamawiającego opinii biegłego, powołanego przez Zamawiającego w dniu 14 lipca 2016 r., do oceny zgodności z SIWZ oferty Konsorcjum Clear Sky system Sp. z o.o., podczas gdy badane zarzuty dotyczą jawnej treści oferty Konsorcjum i wiadomości zawarte w opinii biegłego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwolujący wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o., odtajnienie opinii biegłego powołanego w sprawie przez Zamawiającego w dniu 14 lipca 2016 r. i przekazania opinii do wglądu Qumak S.A. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i w zależności od ustaleń: dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. jako oferty niespełniającej wymagań treści SIWZ oraz jako oferty złożonej przez Wykonawcę podlegającego

14

wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4) Ustawy PZP; dokonanie wyboru oferty Qumak S.A. jako najkorzystniejszej ramach niniejszego postępowania.

Odwolujący wskazał, że Wykonawca Konsorcjum CSS zaferował Zamawiającemu serwer DELL Power Edge T630, który jest niezgodny z wymaganiami SIWZ. Nie załączył do oferty

żadnych innych dokumentów, które mógłby potwierdzać, że zaoferowano inny serwer niż DELL Power Edge T630. Okoliczność tę zdaniem Odwołującego potwierdza treść wezwania Zamawiającego z 21 czerwca 2016 r. Pomimo obowiązku z wynikającego z pkt V 6.1 i VI 2.4 SIWZ, Wykonawca Konsorcjum CSS nie załączył do oferty żadnych certyfikatów od producenta, z których Zamawiający wynioskować, że zaoferowany serwer spełnia faktycznie wymagania SIWZ. Wszelkie dokumenty wraz z certyfikatami zostały złożone po terminie złożenia oferty.

Zamawiający oczekiwał by procesor spełniał następujące warunki: „Dwa zainstalowane procesory nie mniej niż 8-rdzeniowe z rodziny x86, 64 bitowe, umożliwiające osiągnięcie przez serwer wyniku SPECint_rate2006base = 700. Testy dla oferowanego modelu serwera w oferowanej konfiguracji (serwer/procesory) powinny być opublikowane i ogólnie dostępne na stronie www.spec.org”.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do oferty Wykonawca CSS zadeklarował spełnienie tego warunku oferując parametry „dwa procesory 8-rdzeniowe z rodziny x86, 64 bitowe, SPECint_rate2006base = 700”. Odwołujący podkreślił, że wynik SPECint_rate2006base = 700 osiąga właśnie serwer T630. Serwer R730 osiąga wynik SPECint_rate2006base = 703. Zdaniem Odwołującego, powyższa okoliczność jednoznacznie dowodzi, że Wykonawca Konsorcjum CSS zaoferował serwer T630 świadomie.

Zamawiający dokonał poprawienia omyłki zmieniając nazwę DELL Power Edge T630 na nazwę: DELL Power Edge R730.

Odwołujący podkreślał, że nie można dokonać kwalifikacji błędnej nazwy urządzenia jako omyłki pisarskiej. W związku tym, zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego, polegające na poprawieniu omyłki w ofercie Wykonawcy Konsorcjum CSS jest nieuprawnione.

Zamawiający nie był w stanie sam poprawić w ofercie Konsorcjum CSS symbolu oferowanego serwera ani poszczególnych rzekomo omyłkowo wpisanych parametrów urządzeń. Jak argumentował Odwołujący „Przyzwolenie na takie postępowanie Zamawiającego prowadzić będzie do niedorzecznych sytuacji, gdzie na wezwanie Zamawiających oferenci będą mogli dowolnie modyfikować treść swoich ofert, wbrew zasadzie z art. 84 Ustawy PZP”.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał możliwości samodzielnie dokonać poprawy w ofercie konsorcjum CSS, bowiem z żadnego innego miejsca w ofercie niż Załącznik nr 1

15

do oferty, nie wynikała nazwa serwera jak i parametry podlegające poprawie. W żadnym wypadku na uwzględnienie nie zasługują również wyjaśnienia Konsorcjum z dnia 18 lipca 2016 r., które są jedynie powtórzeniem de facto treści wyjaśnień wykonawczy z 27 czerwca 2016 r. Ponadto, zdaniem odwołującego, nie można zgodzić się, że jakkolwiek okoliczność na korzyść Wykonawcy stanowi to, że podał on w swoim formularzu poprawne parametry zgodnie z SIWZ. Formularz oferty polegał na przekopiowaniu w dosłownym brzmieniu wymagań SIWZ - była to zatem czynność nie pozwalająca na identyfikację danego modelu serwera - podczas gdy z oświadczeń Wykonawcy wynika, że zaoferował on DELL Power Edee T630.

Ponadto Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Zamawiający w pkt 16. Lp.9 danych techniczno-użytkowych do OPZ w zakresie wymagań urządzeń i sprzętu komputerowego wymagał karty sieciowej posiadającej „Minimum 4 złącza typu Gigabit Ethernet wbudowane na płycie głównej ze wsparciem dla protokołu IPv6 oraz możliwością obsługi iSCSI (w tym uruchamiania systemu z iSCSI). Dopuszcza się rozwiązanie równoważne funkcjonalnie oparte o 2 złącza typu 10/100/1000 wbudowane na płycie głównej oraz 2 złącza na dodatkowej karcie PCIe. Oferowany przez CSS serwer T630 nie spełnia wymagań w tym zakresie. Posiada jedynie 2 złącza typu Gigabit Ethernet. Zamawiający w pkt 16. Lp.10 danych techniczno-użytkowych do OPZ w zakresie wymagań urządzeń i sprzętu komputerowego oczekiwał, by obudowa serwera spełniła wymóg „maksymalna wysokość 2U”. Serwer T630 nie spełnia tego warunku ponieważ jego wysokość wynosi 5U.

W ocenie Odwołującego, nie jest możliwa jest zmiana treści oferty tego Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca nie wykazał spełnienia wymagań SIWZ, a przedłożone przez niego oświadczenie od producenta nie potwierdza spełnienia warunków Zamawiającego na dzień złożenia oferty - opatrzone

jest datą 25 czerwca 2016 r. - a zatem potwierdza wymagania dopiero na ten dzień.

W ocenie Izby zasadny jest zarzut braku zgodności oferty Wykonawcy Konsorcjum CCS z treścią specyfikacji.

Izba ustaliła, że Wykonawca Konsorcjum CSS zaferował serwer o nazwie DELL PowerEdge typ T630. Wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia w tabeli parametrów urządzenia. Jednym z wymaganych parametrów były „dwa procesory 8-rdzeniowe z rodziny x86, 64 bitowe, SPECint_rate2006base = 700”. Wynik SPECint_rate2006base = 700 osiąga serwer T630. Serwer R730 osiąga wynik SPECint_rate2006base = 703.

16

Powyższa okoliczność, w ocenie Izby dowodzi, że Wykonawca Konsorcjum CSS zaferował serwer T630 świadomie. Wykonawca Konsorcjum CSS świadomie wpisał nazwę urządzenia. Nadto parametry wpisane do tabeli odpowiadały zaferowanemu serwerowi T630. Zamawiający dokonał poprawienia omyłki zmieniając nazwę DELL Power Edge T630 na nazwę: DELL Power Edge R730. W ocenie Izby, taka czynność Zamawiającego była nieuprawniona.

Nie była to bowiem omyłka pisarska. Nie miała charakteru oczywistości. To, co przede wszystkim mieli określić wykonawcy, to nazwa serwera. Wykonawca Konsorcjum CSS wskazał w ofercie, że oferuje serwer o nazwie Dell Power Edge T630. Podane parametry również odpowiadają serwerowi Dell T630, jak chociażby wynik wskazany powyżej. Nie zachodziły zatem podstawy do poprawienia omyłki. Co więcej, w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia ze zmianą treści oferty po terminie składania ofert. Okoliczność, że Wykonawca Konsorcjum CSS zaferował serwer R730 nie wynikała z treści jego oferty. Dopiero po wezwaniu tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, Wykonawca zmienił nazwę oferowanego serwera. O oczywistej omyłce można by mówić w sytuacji, gdyby urządzenie o podanej nazwie nie istniało. W niniejszym postępowaniu – urządzenie to istnieje i ma parametry zgodne z przedstawionymi w tabeli.

Co więcej, Zamawiający nie był w stanie samodzielnie poprawić omyłki, co wyklucza jej oczywistość i to, że miała charakter jedynie omyłki pisarskiej. Nie była ona widoczna na pierwszy rzut oka i jednoznaczna dla każdego.

Nadto, jak wskazali Odwołujący Qumak i Przystępujący Mawilux, różnica pomiędzy dwoma serwerami Dell T-630 i R730 jest zasadnicza. Nie tylko w zakresie ceny ok. 160 000 złotych, ale także są to zupełnie inne serwery, o zupełnie innym charakterze.

Nadto, w ocenie Izby, wymagane przez Zamawiającego dokumenty winny przedstawiać informację o spełnieniu wymaganych warunków na dzień składania ofert, gdyż na ten dzień dokonywana jest ocena ofert przez Zamawiającego.

W świetle powyższego, Izba uznał zarzut za zasadny i nakazała w sentencji wyroku odrzucenie oferty Wykonawcy Konsorcjum CSS.

Zgodnie z Rozdziałem V pkt 6.1 SIWZ, podpunkt 7 SIWZ - stacje robocze musiały osiągać wynik 220 w testach BAPCo.

Odwołujący wskazał, że wynik 220 w testach BAPCo jest w stanie osiągnąć stacja robocza posiadająca 16 GB pamięci RAM. Wykonawca Konsorcjum CSS zaferował urządzenie, które nie osiąga ww. wyniku. Zaferowana przez Konsorcjum CSS stacja robocza posiada 8 GB pamięci RAM, a tym samym nie spełnia przedmiotowego wymagania SIWZ. Odwołujący

17

podniósł również, że Wykonawca Konsorcjum CSS załączył do swojej oferty wyniki testów stacji roboczej, posiadającej 16 GB pamięci RAM, a nie zaferowanej stacji roboczej, która posiada 8 GB pamięci RAM. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy Konsorcjum CSS winna zostać odrzucona, jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała powyższy zarzut za zasadny. Podkreślić należy, że Przystępujący nie kwestionował, że stacje robocze posiadające 8 GB pamięci RAM nie są w stanie osiągnąć wymaganego przez Zamawiającego wyniku w testach BAPCo. Tym samym w zakresie powyższego zarzutu osiągnięciem sporu jest kwestia, czy Przystępujący zaferował stacje robocze

posiadające 8 GB pamięci RAM (co nie pozwala na osiągnięcie wymaganego przez Zamawiającego wyniku testów), czy też stacje robocze posiadające 16 GB pamięci RAM, co pozwala na osiągnięcie wymaganego przez Zamawiającego wyniku 220 w testach BAPCo. W ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, że zaoferowana przez Przystępującego konfiguracja stacji roboczych, wyposażonych w 8 GB pamięci RAM zamiast 16 GB tej pamięci, była wynikiem omyłki. Zdaniem Przystępującego, okoliczność, że zaoferowanie stacji roboczej z taką konfiguracją pamięci było wynikiem omyłki, potwierdzać ma złożenie przez Przystępującego oświadczenia o osiągnięciu przez oferowane stacje robocze wymaganych wyników testów. Jednakże w ocenie Izby, takie ogólne oświadczenie nie jest wystarczające do uznania, że mamy do czynienia z omyłką. Przystępujący nie wykazał, aby typ zaoferowanych przez niego stacji roboczych mógł zostać wyposażony wyłącznie w pamięć RAM o pojemności 16 GB, a więc, że możliwa jest wyłącznie taka konfiguracja tych stacji. Podkreślić należy, że Zamawiający nie wymagał jedynie wskazania oferowanych stacji roboczych poprzez podanie typu oferowanych stacji, ale także podanie szczegółowych ich parametrów. Przystępujący w treści swojej oferty podał, że zaoferował stacje, wyposażone w 8 GB pamięci, co nie spełnia wymogów Zamawiającego, dotyczących testów wydajności – fakt niespełnienia wymogów Zamawiającego przy takiej konfiguracji stacji roboczych potwierdził sam Przystępujący. Wskazać przy tym należy, że fakt złożenia przez Przystępującego wyników badań testów wydajności i sprawozdania z badań, przeprowadzonych przez Instytut Elektrotechniki, wcale nie przesądza, że Przystępujący zaoferował Zamawiającemu stacje robocze, których konfiguracja dokładnie odpowiada stacjom roboczym poddanym badaniom Instytutu Elektrotechniki. Tym samym Izba uznała zarzut za zasadny.

Odwołujący podniósł także zarzut, że Wykonawca Konsorcjum CSS nie załączył do oferty pełnej dokumentacji podmiotu, na którego wiedzy i doświadczeniu polega, co za tym idzie, nie wykazał spełniania podmiotowych wymagań warunkujących udział w niniejszym

18

postępowaniu. Odwołujący wskazał, że w treści SIWZ Zamawiający zastrzegł, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający wymaga od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w §3 ust. 1-3 Rozporządzenia o rodzajach dokumentów (...) z dnia 19 lutego 2013 r. Wykonawca Konsorcjum CSS polegał na wiedzy i doświadczeniu użyczonych przez Combitech AB. Wykonawca Konsorcjum CSS zobowiązany był zatem do przedłożenia m. in. KRK dla członków Zarządu Combitech AB – podmiotu użyczającego zasoby. Zgodnie z § 4 ust 1 pkt. 1) ppkt. b) Rozporządzenia w sprawie dokumentów: „Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt. 5-7 - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8,10 i 11 ustawy.”

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego Pan PLYHM Ake jako członek zarządu Combitech AB, mający zamieszkanie w Portugalii, zobowiązany był do przedłożenia KRK z Portugalii, nie zaś ze Szwecji. Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy Konsorcjum CSS z dnia 28 czerwca 2016 r. i z dnia 18 lipca 2016 r., nie mogą być uznane za wystarczające, z uwagi na okoliczność, że nie wykazano, że miejscem zamieszkania Pana PLYHM Ake jest Szwecja, a nie Portugalia. Zdaniem Odwołującego, oświadczenia Prezesa Zarządu CSS Clear Sky Systems sp. z o.o. nie ma mocy dowodowej i nie może zostać uznane przez Zamawiającego. Pomimo ponownego wezwania przez Zamawiającego, Wykonawca Konsorcjum CSS w dniu 18 lipca 2016 r. nie przedłożył żadnej dokumentacji na potwierdzenie swoich twierdzeń, co do miejsca zamieszkania członka zarządu podmiotu udostępniającego temu Wykonawcy referencji, podczas gdy w dokumentach urzędowych i rejestrze gospodarczym, miejscem zamieszkania Pana PLYHM Ake jest Portugalia, a nie Szwecja.

Odwołujący zaznaczył, że przedłożony wyciąg z policji z dnia 22 lutego 2016 r. nie jest odpowiednikiem polskiego zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego. Z dokumentu wprost wynika, że został wystawiony dla celów związanych z pobytem w kraju obcym lub

ubieganiem się o pozwolenie o pracę. Zakres tej informacji, w ocenie Odwołującego, nie może być zatem uznany za tożsamy z tym, czego wymaga polski ustawodawca w art 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała za bezzasadny zarzut braku potwierdzenia niekaralności członka zarządu Combitech AB (Pana PLYHM Ake).

19

W rozporządzeniu prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 roku w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, wymagane jest przedstawienie zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania podmiotu, którego dotyczą, a w przypadku nie wydawania w danym kraju takiego dokumentu – oświadczenia złożonego przed organem sądowym, administracyjnym, samorządowym lub notariuszem.

Wymaganie to nie wymaga identity rejestrów polskiego i obcego.

W przedmiotowej sprawie zostało wykazane, że Pan PLYHM Ake jest obywatelem Szwecji, zatem przedstawiony został właściwy dokument poświadczający jego niekaralność. Izba ustaliła, że Wykonawca Konsorcjum CSS przedłożył wyciąg z rejestru Urzędu Szwedzkiej Policji, gdzie wskazano dane personalne Pana PLYHM Ake (w tym datę i miejsce urodzenia) oraz adres w Portugalii. Przystępujący Konsorcjum CSS wyjaśnił, że Pan PLYHM Ake jest obywatelem Szwecji, posiada dom i w Szwecji i w Portugalii. Nadto Przystępujący przedstawił kartę identyfikacyjną, w której wskazano jednoznacznie na szwedzką narodowość Pana PLYHM Ake.

W ocenie Izby, na etapie badania ofert istniały przesłanki do wyjaśnienia okoliczności, w szczególności w świetle brzmienia Rozporządzenia w sprawie dokumentów, który odnosi się do miejsca zamieszkania danej osoby, jednakże w trakcie postępowania przed Izbą okoliczność została wyjaśniona w sposób dostateczny. Zatem, w ocenie Izby zarzut jest bezzasadny.

Odwołujący podniósł zarzut dotyczący niespełnienia przez Wykonawcę Konsorcjum CSS wymagań art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do załączonych do oferty Wykonawcy Konsorcjum CSS pełnomocnictw, złożonych oddzielnie przez Unity S.C. M.T., D.C. oraz MPROJEKT Polska Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego, z tych pełnomocnictw nie wynika ustanowienie CSS Clear Sky Systems sp. z o.o. jako pełnomocnika do reprezentowania ich wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazał, że w żadnym z przedłożonych pełnomocnictw nie potwierdzono pełnego składu Konsorcjum. Z treści pełnomocnictwa wynika, że Unity S.C. umocowuje CSS Clear Sky Systems sp. z o.o. do reprezentowania Konsorcjum, podczas gdy w pełnomocnictwie jako członków Konsorcjum wymienia się jedynie Unity S.C. i CSS Clear Sky Systems sp. z o.o. - bez MPROJEKT Polska sp. z o.o. Brak jest informacji, czy Unity S.C. godzi się na wspólny udział w Postępowaniu razem z MPROJEKT Polska sp. z o.o. Analogiczna sytuacja ma miejsce w pełnomocnictwie, w którym MPPROJEKT Polska sp. z o.o. umocowuje CSS Clear Sky Systems sp. z o.o. do reprezentowania Konsorcjum, bez wskazania podmiotu Unity S.C. jako członka konsorcjum.

20

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że CSS Clear Sky Systems sp. z o.o. nie jest właściwie umocowanym pełnomocnikiem konsorcjum w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, z żadnego z obowiązujących przepisów nie wynika, aby umocowanie lidera do reprezentowania konsorcjum uzależnione było od wymienienia pełnego składu konsorcjum w każdym z pełnomocnictw, jakie udzielane jest liderowi. W szczególności wymogu takiego nie sposób wywieść z treści art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy wspólnie składający ofertę (członkowie konsorcjum) powinni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu (lidera). Dla skutecznego upoważnienia lidera do reprezentacji konsorcjum wystarczające jest więc jego umocowanie do reprezentacji konsorcjum, wynikające z udzielnych mu pełnomocnictw, a nie czysto formalna kwestia

związana z wymienieniem wszystkich członków konsorcjum w treści każdego z pełnomocnictw. W niniejszej sprawie wymóg ten został spełniony. Skoro każdy z członków konsorcjum upoważnił do reprezentowania lidera konsorcjum, to lider konsorcjum może reprezentować wszystkich, którzy udzielili mu pełnomocnictw. Co więcej, z treści art. 23 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że umowa regulująca współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia może zostać złożona na żądanie Zamawiającego po wyborze oferty tych wykonawców jako najkorzystniejszej. Oznacza to, że przed wyborem oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej, Zamawiający nie jest zobowiązany do żądania złożenia umowy konsorcjum. W świetle powyższego, zarzut należało uznać za bezzasadny.

Zamawiający wezwał Wykonawcę Konsorcjum CSS do złożenia wyjaśnień treści oferty, wskazując na błędy i braki w parametrach czujnika pomiaru temperatury i wiatru. Wykonawca w tabeli z parametrami przedmiotowego czujnika wskazał inne wartości niż oczekiwane przez Zamawiającego w SIWZ, a odnośnie rozdzielności pomiaru wilgotności z wiersza 7 nie wskazał żadnej wartości procentowej. Odwołujący podniósł, że są to braki i błędy których nie można uznać jako innych nieistotnych omyłek. Nadto Zamawiający wezwał Wykonawcę Konsorcjum CSS do złożenia wyjaśnień treści oferty, wskazując na błędy i braki w parametrach miernika grubości pokrywy śnieżnej. Wykonawca w tabeli z parametrami przedmiotowego miernika nie zaznaczył, że spełnia wymagania SIWZ oraz nie wskazał żadnej wartości dla temperatury pracy oraz wilgotności względnej. Zdaniem Odwołującego braki w opisie parametrów nie mogą być uzupełnione przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Ustawy PZP. Granicę korzystania przez Zamawiającego z instytucji żądania wyjaśnień od wykonawców

21

stanowi trwałość treści oferty w takim znaczeniu, że uzyskane wyjaśnienia nie mogą prowadzić do istotnych zmian w treści złożonej oferty.

W ocenie Odwołującego, nie sposób się zgodzić z tym, że prawnie dozwolone jest uzupełnianie braków w ofercie poprzez udzielanie wyjaśnień do złożonej już oferty, gdy parametry te nie wynikały z innych dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum CSS. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do zakwalifikowania błędów i braków co do czujnika temperatury i wilgotności oraz miernika grubości pokrywy śnieżnej w ofercie Konsorcjum CLEAR SKY Systems Sp. z o.o. jako innych nieistotnych omyłek i dokonać ich sanowania w trybie art. 87 ust 2 pkt 3) Ustawy PZP w dniu 11 lipca 2016 r. Działanie takie, zdaniem Odwołującego prowadzi do naruszenia równego traktowania oferentów i zachowania uczciwej konkurencji. Dla przykładu w ofercie Odwołującego nie było żadnych błędów i braków.

Odnosząc się do powyższego zarzutu, należy wskazać, że Wykonawca Konsorcjum CSS nie wskazał określonych parametrów w treści oferty. Działanie Zamawiającego polegało na wypełnieniu treści oferty za Wykonawcę, nie zaś na prostowaniu ewentualnych omyłek, jakie w tej ofercie się znalazły. Parametry te nie wynikały z innych dokumentów znajdujących się w ofercie Wykonawcy, a co więcej, Zamawiający poszukiwał ich i nie znalazł nawet na stronie producenta (co wynika z treści wezwania do wyjaśnień z dnia 21 czerwca, str. 2 – uzasadnienie dla wiersza 3 i 7). W ocenie Izby brak było możliwości oceny oferty na chwilę składania ofert, gdyż oferta ta nie zawierała podstawowych informacji o oferowanym produkcie (mimo jednoznacznego wymagania Zamawiającego).

Odwołujący podniósł również zarzut bezpodstawnego utajnienia opinii biegłego, powołanego w sprawie w dniu 14 lipca 2016 r. Wskazał, że Zamawiający bezprawnie odmówił Odwołującemu w dniu 27 lipca 2016 r. wglądu do opinii biegłego. Działanie takie w ocenie Odwołującego może być nacechowane chęcią utajnienia informacji, potwierdzających błędy w ofercie Wykonawcy Konsorcjum CSS oraz prowadzi do naruszenia równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie utajnił opinii biegłego, a więc, że zarzut Odwołującego jest bezzasadny. Z wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego w trakcie rozprawy wynika, że Odwołujący zwracał się o udostępnienie dokumentacji w dniu 27 lipca 2016 r. Zamawiający

udostępnił wszystkie dokumenty posiadane na tę chwilę. Należy podkreślić, że Zamawiający jest zobowiązany do udostępnienia dokumentacji przetargowej z uwagi na jawność postępowania, jednakże nie jest rolą Zamawiającego odszukiwanie poszczególnych dokumentów dla Wykonawcy. Nadto w aktach sprawy znajduje się notatka urzędowa, z którą

22

wykonawcy mieli możliwość zapoznania się. W świetle powyższego Izba oddaliła zarzut jako bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

23