

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2016 r. w Warszawie:

- A) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 1449/16),
B) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Qumak S.A. w Warszawie** (sygn. akt KIO 1501/16),

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Andra sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16 po stronie zamawiającego oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **S&T Services Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Megatel sp. z o.o. sp.k. w Krakowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Simplicity Poland sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16 po stronie zamawiającego

1

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Andra sp. z o.o. w Warszawie** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyrażający się w działaniu sprzecznym z dobrymi obyczajami, które naruszyło interes klienta oraz innych przedsiębiorców, polegający za zaoferowaniu 30 – letniego okresu gwarancji na zaoferowane maty i przełączniki, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
2. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16,
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16 obciąża **Andra sp. z o.o. w Warszawie**, zaś kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16 obciąża **Qumak S.A. w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcę **Qumak S.A. w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań, po 15.000 zł przez każdego z odwołujących,
 - 3.2. zasądza od **Andra sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy

sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 **w Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 1449/16, KIO 1501/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zwiększenie zasobów dyskowych systemu KSI (Krajowego Systemu Informatycznego)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 maja 2016 r., nr 2016/S 100-178845.

1 sierpnia 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym Comparex”, a także wykonawcę Qumak S.A. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym Qumak” o zaproszeniu ich do udziału w aukcji elektronicznej. Odwołania te oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 1449/16 i KIO 1501/16.

Wobec czynności:

- a) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Andra sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym Andra”,
 - b) zaniechania czynności wezwania przystępującego Andra do wyjaśnienia treści oferty, w tym rażąco niskiej ceny oferty;
 - c) czynności zamawiającego polegającej na zaproszeniu do aukcji elektronicznej przystępującego Andra
- odwołujący Comparex wniósł 5 sierpnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący Comparex zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- a) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- b) art. 26 ust.4 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
- c) art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący Comparex wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności w postaci zaproszenia przystępującego Andra do aukcji elektronicznej jako dokonanej z naruszeniem art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) odrzucenia oferty przystępującego Andra,
- 3) względnie, na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą braku podstaw do uwzględnienia żądania z pkt. 2, do nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego Andra do złożenia wyjaśnień:

3

-
- a) w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp w przedmiocie sposobu realizacji gwarancji po upływie pierwszych 7 lat dla macierzy i 5 lat dla przełączników obowiązywania gwarancji oraz
 - b) w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Comparex podniósł, że zasadniczym przedmiotem zamówienia jest zakup zasobów dyskowych (macierzy) dla infrastruktury technicznej wykorzystywanej przez eksploatowany przez zamawiającego Krajowy System Informatyczny. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) sformułował dwa kryteria oceny ofert: „cenę” (waga 60%) i „okres gwarancji [wsparcia]”

(waga 40%). Złożone przez wykonawców innych niż przystępujący Andra oferty mieściły się w zakresach:

- 1) dla kryterium „cena” - od 9.778.500 zł brutto do 18.000.000 zł brutto;
- 2) dla kryterium „okres gwarancji [wsparcia]” - od 60 do 84 miesięcy (od 5 do 7 lat).

Z kolei oferta przystępującego Andra obejmowała następujące parametry:

- 1) dla kryterium „cena” -29.000.00 zł brutto,
- 2) dla kryterium „okres gwarancji [wsparcia]” 360 miesięcy, to jest 30 lat.

Odwołujący Comparex wskazał, iż „okres gwarancji [wsparcia]” oznacza w istocie rzeczy dwie instytucje:

- 1) gwarancję jakości w rozumieniu przepisów k.c. udzielaną przez wykonawcę,
- 2) wsparcie producenta w rozumieniu pkt. 7) załącznika nr 3 do wzoru umowy zawartego w SIWZ tj. subskrypcja poprawek do oprogramowania macierzy i przełączników.

Odwołujący Comparex wskazał, iż w obecnym stanie techniki okres przydatności urządzeń klasy odpowiadającej wymaganiom przedmiotowym zamawiającego do wykorzystania na potrzeby przetwarzania danych systemów informatycznych wynosi odpowiednio 7 lat (dla macierzy będących urządzeniem kategorii pamięci masowej) i 5 lat dla przełączników sieciowych (będących urządzeniem sieciowym). Powyższe wynika z dwóch okoliczności:

- 1) starzenia elementów fizyki urządzenia;
- 2) starzenia technologii urządzenia, uniemożliwiającej jego wykorzystanie w zmieniającym się technologicznie środowisku technicznym i aplikacyjnym macierzy względem którego urządzenie pełni rolę służebną.

Konsekwencją starzenia technologii urządzenia jest wycofywanie przez producentów urządzenia z produkcji, zarówno w zakresie samego urządzenia jak i w zakresie części zamiennych, a także zakończenie tzw. „wsparcia” tj. zaprzestania wydawania poprawek do oprogramowania urządzenia, czy też wykonywania usług serwisowych.

4

Powyższe prowadzi do wniosku, iż zamawiający po upływie odpowiednio 7 i 5 lat od dnia zakupu urządzeń podejmie wymuszoną stanem techniki decyzję o wyłączeniu z eksploatacji urządzeń zakupionych w wyniku rozstrzygnięcia postępowania, co oznaczać będzie iż zamawiający:

- 1) nie będzie napotykał usterek w pracy urządzeń, zatem nie będzie zgłaszał dostawcy urządzeń usterek w trybie gwarancji;
- 2) nie będzie potrzebował poprawek do oprogramowania urządzeń, zatem nie będzie zgłaszał do dostawcy żądań ich dostarczenia a także uwzględnienia poprawek w czynnościach konserwacyjnych.

W konsekwencji świadczenie przystępującego Andra w postaci gwarancji i wsparcia zapewnianej na okres ponad odpowiednio 7 i 5 lat tj. gwarancja i wsparcie od odpowiednio 8 i 6 roku od dnia uruchomienia sprzętu jest dla zamawiającego świadczeniem zbędnym a uprawnienia zamawiającego wynikające z gwarancji i wsparcia z przyczyn zewnętrznych (wiek sprzętu i przestarzałość technologiczna) nie będą realizowane. W taki stanie rzeczy zaoferowanie zamawiającemu przez przystępującego Andra 30 letniej gwarancji tj. gwarancji przewyższającej o ponad 20 lat okres użyteczności zaoferowanych urządzeń nastąpiło w celu pozyskania przez tego wykonawcę dodatkowej liczby punktów w kryterium „okres gwarancji [wsparcia]” oraz:

- 1/ nie wiąże się z przyznaniem zamawiającemu żadnych korzystnych warunków realizacji zamówienia w stosunku do sytuacji gdyby przystępujący Andra udzielił zamawiającemu gwarancji w okresie odpowiadającym cyklowi życia urządzenia,
- 2/ jest obliczone wyłącznie na uzyskanie przez przystępującego Andra dodatkowej, nieuzasadnionej liczby punktów w celu skompensowania mniejszej liczby punktów jaka zostałaby przyznana tej ofercie Andra w wyniku aukcji elektronicznej.

Zachodzi wypadek klasycznego manipulowania przez przystępującego Andra zaoferowanym parametrem kryteriów oceny ofert jedynie w celu uzyskania dodatkowej liczby punktów, z którymi nie wiąże się rzeczywiste zwiększenie ilości lub jakości świadczenia objętego ofertą. Konstrukcja oferty pod kątem zaoferowanego parametru dla kryterium oceny ofert „okres gwarancji [wsparcia]” zmierza do wyłączenia możliwości zamawiającego do wyboru oferty innego wykonawcy pomimo, iż oferta ta będzie zawierała korzystną cenę i adekwatny do okresu cyklu życia macierzy termin gwarancji/wsparcia. Proceder

manipulowania przez przystępującego Andra zaoferowanymi parametrami oferty dla kryterium okresu gwarancji [wsparcia] stanowi działanie zmierzające do wyrządzenia deliktu w postaci opisanej w art. 15 ust. 2 pkt. 1 uznk a także deliktu z klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 uznk. Niewątpliwie manipulacja parametrem na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji i nieuzasadnione jakością lub ilością świadczenia wzajemnego prowadzi do naruszenia:

5

- (a) interesów pozostałych wykonawców składających oferty na warunkach rynkowy i adekwatnych charakteru przedmiotu zamówienia;
- (b) interesu zamawiającego w postaci wymuszania na zamawiającym zakupu po cenie wyższej, niż cena możliwa do uzyskania od innych wykonawców bez stosownej rekompensaty w jakości świadczenia w postaci realnej (możliwej do wykorzystania) gwarancji i wsparcia.

Odwołujący przywołał szereg orzeczeń KIO, w których uznano za czyn nieuczciwej konkurencji manipulowanie kryteriami oceny ofert, w tym składanie ofert z nierealnym okresem gwarancji.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący Comparex podniósł, że zamawiający eksploatuje dużą liczbę urządzeń informatycznych, w tym oczywiście macierze i przełączniki, wliczając w to aktualnie eksploatowane macierze infrastruktury Krajowego Systemu Informatycznego, co determinuje wniosek, iż zamawiającemu są znane realia eksploatacji tego typu urządzeń, okres cyklu ich życia, zakres i okres wsparcia producenta oraz uwarunkowania rynku części zamiennych. Biorąc pod uwagę powyższą wiedzę zamawiającego należy zauważyć, iż zamawiający zapoznając się z ofertami złożonymi w postępowaniu winien zwrócić uwagę na niezmiernie długi okres gwarancji podany w ofercie Andra ponad 4 razy dłuższy niż okres cyklu życia zaoferowanego urządzenia oraz rozważyć czy realne wykonywanie usług gwarancyjnych względem dostarczonej macierzy będzie możliwe:

- 1/ w stosunku do wyeksploatowanego urządzenia;
- 2/ w zakresie dostępności i cen części zamiennych w przyszłości;
- 3/ w zakresie dostępności i ceny nowych wersji oprogramowania urządzenia w przyszłości;
- 4/ w zakresie bezpieczeństwa i ciągłości funkcjonowania po wycofaniu urządzeń ze wsparcia producenta;
- 5/ w zakresie możliwości lub konieczności rozbudowy urządzenia celem utrzymania jego zdolności technicznych a także nakładów z tym związanych;
- 6/ w przypadku wycofania urządzenia z produkcji i niemożności dostarczenia identycznego urządzenia w miejsce uszkodzonego.

Całkowicie nienormatywny okres gwarancji był przesłanką determinującą obowiązek zamawiającego do skierowania do Andra wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w celu zbadania czy Andra zapewnia świadczenie usług gwarancyjnych i wsparcie dla macierzy na jednolitych zasadach w całym okresie 30 letniej gwarancji oraz uzyskania informacji o sposobie w jakim Andra zamierza zapewnić oferowane usługi po upływie okresu cyklu życia zaoferowanych urządzeń, w szczególności także pod kątem ustalenia czy Andra nie oferuje świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 k.c. ze

6

skutkiem w postaci konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp względnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaoferowanie usług o charakterze niezgodnym z treścią SIWZ.

Jednocześnie zamawiający z pewnością musiał stwierdzić, iż na okres 30 letniej gwarancji przypadają 4 okresy cyklu życia urządzenia typu macierz (1 okres cyklu życia macierzy to 7 lat) oraz 6 okresów cyklu życia przełączników (1 okres cyklu życia przełącznika to 5 lat), a to oznaczała, iż Andra w celu wywiązania się z zobowiązań gwarancyjnych powinna w okresie gwarancji dostarczyć 3 sztuk zestawów macierzy celem usunięcia usterek, które z uwagi na śmierć techniczną pierwotnie dostarczonych macierzy nie nadają się do usunięcia. Zatem względem macierzy należało uwzględnić w cenie oferty co najmniej koszt dostawy macierzy jako przedmiotu zamówienia oraz koszt dostaw macierzy zamiennych w 7, 14, 21, 28 rocznicę gwarancji. Analogicznie względem przełączników w

cenie oferty należało uwzględnić co najmniej koszt dostawy przełączników jako przedmiotu zamówienia oraz koszt dostaw przełączników zamiennych w 5, 10, 15, 20 i 25 rocznicę gwarancji. Zamawiający ustalił wartość środków na sfinansowanie zamówienia na kwotę 9.471.000 zł. Średnia cena ofert pozostałych wykonawców wyniosła 13,889.250 zł. Biorąc pod uwagę potencjalną liczbę dostaw nowych urządzeń w ramach gwarancji z uwagi na śmierć techniczną pierwotnie dostarczonych urządzeń a także ich zamienników.

5 zestawów po cenie równej wartości środków przeznaczonych na finansowanie zamówienia oznaczają, iż oferta Andra powinna być nie mniejsza niż 47.355.000 zł a przyjęciu średniej ceny pozostałych wykonawców iż oferta powinna być nie mniejsza niż 69.446.250 zł. Taka prosta kalkulacja determinowała konieczność zbadania oferty Andra pod kątem rażąco niskiej ceny czego zamawiający zaniechał.

Wobec czynności:

- a) czynności oceny ofert i dopuszczenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o., wykonawcy Megatel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k., wykonawcy Simplicity Poland sp. z o.o.,
 - b) zaniechania czynności odrzucenia ofert ww. wykonawców,
 - c) czynności przeprowadzenia aukcji z udziałem ww. wykonawców
- odwołujący Qumak wniósł 11 sierpnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący Qumak zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców pomimo tego, że wykonawcy ci nie zaoferowali wymaganej w SIWZ ilości macierzy oraz dwóch przełączników sieciowych SAN zapewniających redundancję dla każdego z ośrodków zamawiającego,

7

-
- b) art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie ww. wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej pomimo tego, że ich oferty podlegały odrzuceniu,
 - c) art. 7 ust 1 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, poprzez m. In. bezkrytyczne przyjęcie przez zamawiającego treści zawartej w ofertach Comparex, Megatel, i Simplicity, podczas gdy podmioty te zaoferowały zamawiającemu przedmiot niezgodny z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący Qumak wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności oceny ofert i zaproszenia ww. wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej,
- b) unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej (jeżeli takowa do czasu rozpoznania odwołania zostanie przeprowadzona),
- c) dokonania ponownej oceny ofert i:
 - odrzucenia ofert ww. wykonawców jako ofert sprzecznych z treścią SIWZ,
 - zaproszenia do aukcji wyłącznie wykonawców: Andra sp. z o.o., Qumak S.A., Data Techno Park sp. z o.o. oraz S&T Services Polska sp. z o.o.,
 - ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Qumak podniósł, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, w ramach rozbudowy wykonawcy obowiązani byli dostarczyć macierze rozbudowane o określone dyski (w każdym z ośrodków), a także przełączniki sieciowe SAN 96-cio portowe, przy czym do każdego z ośrodków muszą zostać dostarczone po dwa przełączniki sieciowe SAN zapewniające redundancję. Zamawiający wskazał jednocześnie, że rozbudowa ma dotyczyć dwóch ośrodków.

Megatel oraz Simplicity w swoich ofertach w ogóle nie zaoferowali przełączników. Megatel w pozycji 6 formularza ofertowego wpisał bowiem, że oferuje urządzenie Hewlett Packard Enterprise, 3PAR StoreServ/8200, z kolei Simplicity wpisał, że oferuje IBM Storwize V7000. Są to jedynie modele macierzy, nie zawierają one jednak w wyposażeniu wymaganych przez zamawiającego przełączników. Podmioty te nie wskazały także, że oferowane przez nich rozwiązanie zostanie dostarczone dla każdego z ośrodków zamawiającego. Wręcz przeciwnie, w formularzu ofertowym zawarli formułę „oferujemy

urządzenie", co wskazuje na oferowanie jednej, a nie dwóch macierzy. Brak zaoferowania przez Megatel oraz Simplicity dwóch przełączników, a także brak zaoferowania macierzy dla każdego z ośrodków skutkować winien odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący Qumak wywodził, że zaoferowane

8

przez tych wykonawców świadczenie nie spełnia wymogów zamawiającego. Dodatkowo argumentował, że tego rodzaju uchybienia nie można konwalidować w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Po pierwsze bowiem, z pewnością nie mamy do czynienia w tym przypadku z oczywistą omyłką pisarską, ani omyłką rachunkową. Po drugie, nie jest to także inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Niewątpliwie bowiem istotą przedmiotu zamówienia jest świadczenie całościowe, służące osiągnięciu zakładanego przez zamawiającego celu, tj. zwiększenia zasobów dyskowych systemu KSI w obu ośrodkach.

Zdaniem odwołującego Qumak także oferta Comparex jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu. Zgodnie bowiem z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, w ramach rozbudowy wykonawcy obowiązani byli dostarczyć m.in. przełączniki sieciowe SAN 96-cio portowe, przy czym do każdego z ośrodków muszą zostać dostarczone po dwa przełączniki sieciowe SAN zapewniające redundancję. Także macierze miały zostać rozbudowane o określone dyski (w każdym z ośrodków), przy czym zamawiający wskazał, że rozbudowa ma dotyczyć dwóch ośrodków.

Comparex w swojej ofercie wskazał przy tym w pozycji 6 formularza ofertowego: „Oferujemy urządzenie Producent, Model/Typ: IBM Storwize v7000, IBM System Networking SAN96B-5.” Comparex przewidział więc w swojej ofercie przełącznik SAN, jednak w ilości mniejszej niż wymagana przez zamawiającego. Comparex zaoferował też rozbudowę macierzy, ale wyłącznie dla jednego ośrodka, a nie dwóch, jak tego wymagał zamawiający. Odwołujący wskazywał, że postanowienia SIWZ były w tym zakresie jednoznaczne, a niespełnienie któregośkolwiek z wymagań SIWZ dyskwalifikuje całą ofertę. Pozostali wykonawcy w sposób wyraźny, bądź pośredni potwierdzili, że dostarczane przez nich rozwiązanie spełnia wymogi SIWZ. Odwołujący Qumak wskazał w swojej ofercie wyraźnie, że oferuje po 2 przełączniki SAN oraz po jednej macierzy dla każdego z ośrodków. Z kolei wykonawcy Data Techno Park Sp. z o.o. oraz S&T Services Polska Sp. z o.o. wpisali, że oferują macierze oraz przełączniki w ukompletowaniu zgodnie z wymogami SIWZ. Oświadczenia takiego nie złożył Comparex, co wskazuje na to, że wykonawca ten stwierdził, że wystarczające jest dostarczenie wyłącznie jednego przełącznika oraz jednej macierzy. Potwierdza to także użycie przez Comparex liczby pojedynczej w formularzu ofertowym w pozycji 6, tj. „oferujemy urządzenie”, co wskazuje, że z każdej z niżej wskazanych pozycji oferowana jest tylko jedna sztuka (łącznie dla obu ośrodków). Oferta Comparex nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zmiana w zakresie zwiększenia ilości oferowanych przełączników stanowiłaby bowiem istotną zmianę oferty, wpływającą na cenę ofertową oraz funkcjonalność oferowanego systemu. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp jest przede wszystkim konsekwencją naruszeń wyżej opisanych.

9

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w sprawie KIO 1449/16 w całości. Wniósł o uwzględnienie odwołania w tej sprawie. W sprawie o sygn. akt KIO 1501/16 zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1449/16 po stronie zamawiającego, a w sprawie KIO 1501/16 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odpowiednio zamawiającego i odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Andra sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania w sprawie KIO 1449/16 oraz o uwzględnienie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16. Wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16 w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1449/16 po stronie zamawiającego, a w sprawie KIO 1501/16 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odpowiednio zamawiającego i odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca S&T Services Polska sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania w sprawie KIO 1449/16 oraz o uwzględnienie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1501/16 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Megatel sp. z o.o. sp.k. w Krakowie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1501/16 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1501/16 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Simplicity Poland sp. z o.o. w Warszawie.

10

Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez wykonawców Andra, Comparex, Simplicity Poland, Megatel, zawiadomienie zamawiającego z 1 sierpnia 2016 r. o zaproszeniu wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, odwołania, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16, sprzeciw w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16, pisma procesowe uczestników postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczzone od nich wpisy. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba, na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, postanowiła uwzględnić opozycję odwołującego Comparex wobec przystąpienia wykonawcy S&T Services Polska sp. z o.o. w Warszawie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16, gdyż odwołujący Comparex uprawdopodobnił, że wykonawca S&T Services Polska sp. z o.o. w Warszawie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Zgłaszający opozycję podniósł, że skutkiem uwzględnienia odwołania może być odrzucenie oferty przystępującego Andra, który jest konkurentem zgłaszającego przystąpienie. W tej sytuacji w interesie zgłaszającego przystąpienie powinno być raczej popieranie odwołania, aniżeli jego zwalczanie. Opozycję poparł również zamawiający. Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego Comparex i zamawiającego jest zasadne. Oczywiście jest bowiem, że w interesie S&T Services Polska sp. z o.o. w Warszawie powinno być zmniejszenie konkurencji w ewentualnej aukcji elektronicznej, gdyż to zwiększa jego szansę

rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Wobec powyższego opozycja podlegała uwzględnieniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący Comparex został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej, domagał się odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Andra. Z kolei odwołujący Qumak, który również został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej, domagał się odrzucenia ofert złożonych przez trzech swoich konkurentów. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał odrzucenia ofert ww. wykonawców skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być zwiększenie szansy odwołujących na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej w toku aukcji elektronicznej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16 zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) sformułował dwa kryteria oceny ofert: „cenę” (waga 60%) i „okres gwarancji (wsparcia)” (waga 40%). Złożone przez wykonawców innych niż przystępujący Andra oferty mieściły się w zakresach:

- 1) dla kryterium „cena” - od 9.778.500 zł brutto do 18.000.000 zł brutto;
- 2) dla kryterium „okres gwarancji [wsparcia]” - od 60 do 84 miesięcy (od 5 do 7 lat).

Z kolei oferta przystępującego Andra obejmowała następujące parametry:

- 1) dla kryterium „cena” - 29.000.00 zł brutto,
 - 2) dla kryterium „okres gwarancji (wsparcia)” 360 miesięcy, to jest 30 lat.
- Ww. okres gwarancji zapewniono dla macierzy Huawei OceanStor, 5800 V3c oraz przełączników Brocade SAN switch (OEM), co wynikało z pkt 6 formularza oferty przystępującego Andra.

Jak słusznie wskazywał odwołujący Comparex „okres gwarancji (wsparcia)” w rozumieniu SIWZ oznaczał dwie instytucje:

- 1) gwarancję jakości w rozumieniu przepisów k.c. udzielaną przez wykonawcę;
- 2) wsparcie producenta w rozumieniu pkt 7 załącznika nr 3 do wzoru umowy zawartego w SIWZ tj. subskrypcja poprawek do oprogramowania macierzy i przełączników.

Nie ulegało wątpliwości Izby, że w przypadku macierzy i przełączników tak długi okres gwarancji przekracza i to w sposób zdecydowany cykl życia macierzy i przełączników, a

przede wszystkim okres przydatności macierzy i przełączników do wykorzystania na potrzeby zamawiającego. Okoliczności te zostały wykazane przez odwołującego Comparex w sposób dostateczny poprzez złożone przez niego publikacje.

W szczególności z najbardziej szczegółowej i uzasadnionej publikacji pt. „szacowanie cyklu życia elementów infrastruktury teleinformatycznej” wynikało, że w przypadku pamięci masowych okres, po którym następuje wycofanie pamięci z eksploatacji jest znacznie krótszy od 30 lat wskazanych w ofercie przystępującego Andra. Natomiast w przypadku przełączników za wiarygodne uznano informacje pochodzące ze strony internetowej producenta tych przełączników firmy Brocade Inc. Za wiarygodne uznano także informacje przekazane przez T.P., z firmy Brocade Poland sp. z o.o., będącej przedstawicielem ww. firmy w Polsce. Z obu tych dowodów jednoznacznie wynikało, że w przypadku poprzednika przełączników oferowanych przez przystępującego Andra serwis dla nich świadczony był przez 6 lat jego obecności na rynku, a wsparcie zakończyło się po upływie 5 lat po wycofaniu go z rynku (zatem w sumie około 11 lat). Z dowodów tych wynikało także, że firma ta nie zmienia swej polityki wspierania swych produktów jedynie przez 5 lat po upływie okresu ich obecności na rynku. Ponadto z pisma z firmy Brocade Poland sp. z o.o. wynikało, że z uwagi na to, iż obecnie nie wiadomo kiedy oferowany przełącznik zostanie wycofany z rynku, możliwe jest wykupienie dla niego wsparcia jedynie przez 5 lat.

Ponadto z oświadczeń z 12 sierpnia 2016 r., złożonych przez odwołującego Comparex i zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, wynikał okres po upływie którego pamięci masowe są wycofywane z użytkowania u zamawiającego. Okres ten był znacznie krótszy od 30 lat. Przystępujący Andra, powołując się na umowy dotyczące serwisu pogwarancyjnego urządzeń eksploatowanych u zamawiającego (umowy nr 129/69/BŁiL/14/AL i nr 130/18/BŁiL/16/MP) wskazywał wprawdzie na rozprawie na urządzenia, które - jego zdaniem - pochodziły z lat 2000-2003, a mimo to są nadal w użytkowaniu przez zamawiającego. Jednakże faktyczna data produkcji tych urządzeń nie została udowodniona. Stanowisko przystępującego oparte zostało jedynie – według jego oświadczenia - na podstawie sposobu numeracji niektórych macierzy przez ich producentów. Stanowisko to pozostało jednak gołosłowne. Ponieważ druga strona temu stanowisku zaprzeczała, to przystępujący Andra, jeżeli chciał aby Izba uznała ten fakt za udowodniony, powinien go udowodnić. Niezależnie jednak od nieustalonej daty produkcji tych urządzeń, należało wziąć pod uwagę, że nie mniej istotnym jest okres, w jakim te urządzenia były u zamawiającego eksploatowane. Okres ten nie jest znany. Dostrzeżenia wymagało także, że sprzęt eksploatowany na podstawie przywołanych umów miał być objęty jedynie serwisem pogwarancyjnym. Tymczasem w przedmiotowej sprawie, jak wynikało z pkt 7 załącznika nr 3 do wzoru umowy, zabawiający wymagał serwisu zapewnianego przez producenta.

13

Natomiast tego, że cykl życia i szacowany okres pracy oferowanych macierzy Huawei u zamawiającego może wynieść aż 30 lat nie można było ustalić na podstawie oferty Huawei Polska sp. z o.o. z 30 czerwca 2016 r., którą przystępujący złożył na posiedzeniu i zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Okoliczność, że producent zobowiązał się do świadczeń gwarancyjnych przez taki długi okres nie świadczy jeszcze o udowodnieniu tego, że cykl życia tego produktu i efektywny, szacowany czas pracy tych urządzeń u zamawiającego może kiedykolwiek zbliżyć się do 30 lat. Producent mógł się zobowiązać do świadczeń gwarancyjnych nawet przez 100 lat, co jednak nie świadczy o tym, że w ten sposób udowodniono, iż cykl życia i przewidywany okres, w jakim urządzenia mogą być eksploatowane u zamawiającego wyniesie aż 30 lat. Na tę okoliczność przystępujący Andra nie przedstawił żadnego dowodu.

Ponadto nie wykazano, aby oświadczenie firmy Huawei Polska sp. z o.o. mogło odnosić się do przełączników firmy Brocade SAN switch 6520, które wskazano w ofercie. Za niewystarczające celem udowodnienia, że firmę Huawei Polska sp. z o.o. można traktować jako producenta przełączników Brocade San switch 6520 uznano złożenie jedynie definicji wydrukowanej z internetowej encyklopedii wikipedia, odnoszącej się do pojęcia OEM. Nie wiadomo jaka jest treść porozumień pomiędzy firmami Brocade Inc a Huawei Polska sp. z o.o. Natomiast z samej definicji złożonej przez przystępującego Andra wynikało, że termin OEM nie jest jednoznaczny. W definicji można było bowiem wyczytać m.in., że *OEM to przedsiębiorstwo sprzedając epod własną marką produkty wytworzone przez inne firmy. Termin jest mylący, gdyż OEM nie zawsze jest wytwórcą, a nawet nie jest producentem, lecz czasem tylko sprzedawcą dla użytkownika końcowego, choć zdarza się też, że jest jego projektantem.* Zatem nie jest pewne, z jakim rodzajem podmiotu OEM mamy do czynienia i nie jest wiadome, czy Huawei Poland sp. z o.o. może składać oświadczenia co do okresu wsparcia dla produktów firmy Brocade.

Wreszcie za koniecznością uwzględniania odwołania przemawiały także zasady wiedzy i doświadczenia życiowego. Przy obecnej dynamice rozwoju techniki z powodu starzenia się urządzenia, a także starzenia się technologii, wprowadzania wciąż nowych technologii na rynek, po upływie okresu przydatności urządzenia do używania u zamawiającego tak długotrwałe świadczenie gwarancyjne jest zbędne i nie stanowi o konkutowaniu jakością. Nie stanowi o zaaferowaniu zamawiającemu lepszych warunków. Takie działanie przystępującego Andra jest działaniem ewidentnie sprzecznym z dobrymi obyczajami, a także narusza interes klienta (w tym przypadku zamawiającego), a także innych przedsiębiorców (w tym przypadku konkurującym z nim innymi wykonawców). Dostrzeżenia wymaga zaś, że dla popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest wymagane działanie sprzeczne z prawem. Dla wypełnienia dyspozycji tego przepisu wystarczy

14

zachowanie się sprzecznie z dobrymi obyczajami. Odwołujący Comparex prawidłowo dostrzegł, że działanie przystępującego Andra naruszało dobre obyczaje kupieckie. Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie przez przystępującego Andra działalności gospodarczej nie zwalnia go od przestrzegania ww. reguł. Co więcej obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.

Ukształtowanie przez przystępującego Andra okresu gwarancji na oferowane macierze i przełączniki na poziomie aż 30 lat miało na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Takie ukształtowanie okresu gwarancji miało na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na absurdalnie długi okres gwarancji uzyska on maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali okresy rynkowe, nawet zbliżone do maksimum istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. Wykonawca w tej sytuacji może pozwolić sobie na zaoferowanie nawet bardzo niekorzystnej cenowo oferty, którą zamawiający będzie musiał zapłacić od razu i czego nie zrekompensuje sztucznie wydłużony okres gwarancji. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostaną pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. O tym, w jaki sposób działanie przystępującego Andra wpłynęło na punktację ofert świadczy pkt 13 protokołu postępowania. Przy zaoferowaniu przez tego wykonawcę nierealnego 30 letniego okresu gwarancji w kryterium okres gwarancji (wsparcia) uzyskał on 40 pkt, podczas gdy inni wykonawcy, nawet oferujący okresy gwarancji na poziomie zbliżonym do rynkowego, uzyskali jedynie w granicach od 0 do 5,93 pkt.

Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie przystępującego Andra naruszało interes innych przedsiębiorców. Dostrzeżenia wymagało, że inni wykonawcy, jeśli zaoferowali okresy gwarancji wynikające z sytuacji rynkowej, znaleźli się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza zatem rynkowe reguły uczciwego konkutowania. Tym samym podzielano stanowisko już wcześniej wyrażane w orzecznictwie Izby, a przytoczone szeroko w treści odwołania, w których uznawano manipulowanie kryteriami oceny ofert, w

15

tym zaoferowanie nierealnych okresów gwarancji, za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający w wykonaniu wyroku Izby zobowiązany będzie do odrzucenia oferty przystępującego Andra na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie rozpoznawała zarzutów naruszenia art. 26 ust. 4 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż – jak wynikało ze strony 1 treści odwołania – odwołujący sformułował te zarzuty jako ewentualne – na wypadek niepodzielenia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16 nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie odwołującego Qumak oparte było na założeniu, jakoby zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek przedstawienia w pkt 6 formularza oferty oświadczenia, zawierającego szczegóły odnoszące się do liczby oraz rodzaju wszystkich oferowanych urządzeń. Odwołujący Qumak wskazał, że - jego zdaniem - źródła takiego obowiązku należało upatrywać w samym wzorze formularza oferty i brzmieniu jego pkt 6.

Stanowisko odwołującego Qumak nie jest zasadne. Przywołany przez odwołującego

Qumak wzór formularza oferty w pkt 6 zawierał następujące postanowienia „Oferujemy urządzenie Producent, Model/Typ:”. Zamawiający nigdzie w treści SIWZ nie wskazał, jakoby w tym punkcie formularza należało wymienić wszystkie elementy oferowanego sprzętu, ani tym bardziej podać ich liczbę. Wręcz przeciwnie, zamawiający użył słowa „urządzenie” w liczbie pojedynczej, co mogło sugerować wykonawcom, że chodzi tylko o jedno, najistotniejsze z urządzeń, jakie należało zaoferować. Tym urządzeniem natomiast była ewidentnie macierz, jako urządzenie o największej wartości. Powyższe wnioskowanie możliwe było również z tego powodu, że zamawiający dopuścił 2 sposoby wykonania zamówienia: możliwość rozbudowy istniejących macierzy IBM Storewize V 700 lub dostawę nowych macierzy o parametrach zgodnych z SIWZ. Być może z tego powodu oczekiwał sprecyzowania danych odnośnie macierzy.

W tym miejscu przypomnienia wymaga utrwalone stanowisko prezentowane w orzecznictwie Izby, że wszelkich ewentualnych niejasności co do treści SIWZ nie można interpretować na niekorzyść wykonawców. Tymczasem interpretacja spornego postanowienia przeprowadzona w odwołaniu Qumak, zgodnie z którą w polu „Oferujemy urządzenie Producent, Model/Typ:” należało wskazać nie tylko macierze, ale także

16

przełączniki oraz określić ich liczbę, nie była jedyną możliwą. Wzięto pod uwagę, że zamawiający nie posłużył się liczbą mnogą, nie przewidział miejsca na wpisanie większego rodzaju oferowanych urządzeń, wreszcie nie zostawił miejsca na wpisanie liczby sprzętu. Niezasadne jest powoływanie się przez odwołującego Qumak na orzeczenia Izby przytoczone na rozprawie. Przywołane orzeczenia zapadły na tle innych stanów faktycznych. W sprawach tych podmioty zamawiające w SIWZ oczekiwały w sposób wyraźny złożenia przez wykonawców oświadczenia odnośnie przedmiotu oferty, czemu wykonawcy nie sprostali. W tych sytuacjach za słuszne należało uznać stanowisko Izby, która nakazywała odrzucenie ofert jako niezgodnych z treści SIWZ z uwagi na brak możliwości domniemywania ich treści. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w analizowanej sprawie, gdyż zamawiający w treści SIWZ nie wymagał podania w pkt 6 formularza oferty informacji odnośnie wszystkich oferowanych elementów przedmiotu zamówienia.

Odnosząc tak ustaloną treść SIWZ do treści ofert wykonawców Comparex, Megatel i Simplicity należało stwierdzić, że zamawiający prawidłowo uznał, iż pozostają one zgodne z treścią SIWZ. Wykonawcy ci ujawnili bowiem w pkt 6 złożonych przez siebie formularzy dane odnośnie producenta, typu i modelu oferowanych macierzy. Nie było obowiązku wskazywania w tym punkcie analogicznych informacji odnośnie oferowanych przełączników. Wreszcie wykonawcy ci nie musieli wskazywać liczby oferowanego sprzętu. W braku obowiązku ujawniania danych odnośnie wszelkich oferowanych urządzeń, a tym bardziej ich liczby, za wystarczające należało uznać oświadczenie wszystkich wykonawców złożone przez nich w pkt 2 formularza ofertowego, w którym jednoznacznie potwierdzili oni, że zapoznali się z dokumentacją przetargową udostępnioną przez zamawiającego i nie wnoszą do niej zastrzeżeń, oraz że zamówienie będzie realizowane zgodnie z wszystkimi wymaganiami kreślonymi w SIWZ oraz jej załącznikach. Biorąc powyższe pod uwagę nie stwierdzono naruszenia przez zamawiającego przywołanych przez odwołującego Qumak przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91b ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16 i nie miało miejsca w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie

17

Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w

wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nakazała zamawiającemu – w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16 - unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności odrzucenia oferty przystępującego Andra na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyrażający się w działaniu sprzecznym z dobrymi obyczajami, które naruszyło interes klienta oraz innych przedsiębiorców, polegający za zaoferowaniu 30 – letniego okresu gwarancji na zaoferowane macierze i przełączniki.

W konsekwencji, w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji. Natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odpowiedzialność za wynik

18

postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16 ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1501/16 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp, *koszty postępowania, w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, ponosi wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę*. Ponadto, stosownie do § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, *jeżeli uczestnik postępowania, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego*. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1449/16 ponosił w całości wnoszący sprzeciw przystępujący Andra, to tego uczestnika postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Przewodniczący:

19