

Sygn. akt: KIO 708/16

WYROK
z dnia 17 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **itprojekt Sp. z o.o., Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Centrum Unijnych Projektów Transportowych, Warszawa

przy udziale wykonawcy **ADT Group Sp. z o.o. Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża itprojekt Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez itprojekt Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.

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:

1

Sygn. akt: KIO 708/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Unijnych Projektów Transportowych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i wdrożenie infrastruktury serwerowej, system pamięci masowej oraz platformy witalizacyjnej dla CUPT” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 stycznia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 012-016534. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – itprojekt Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo iż w pełni odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oparciu stanowiska Zamawiającego wyłącznie na pozyskanej ze strony internetowej producenta informacji co do danych technicznych urządzenia,
 2. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odstąpienie od żądania wyjaśnienia treści złożonej oferty w sytuacji, gdy u Zamawiającego zrodziły się wątpliwości co do treści oferty Odwołującego w zakresie funkcjonalności macierzy i ustaleniu przez Zamawiającego powyższych cech urządzenia w oparciu o informacje marketingowe zawarte na stronie producenta,
- co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego i wyborem oferty ADT Group Sp z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru

- oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

2

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zaoferował macierz, która została przygotowana w specjalnej konfiguracji dostosowanej do indywidualnych potrzeb Zamawiającego. Wykonawca opracował, a następnie dostosował powyższe rozwiązanie wraz z producentem macierzy. Odwołujący w formularzu ofertowym zobowiązał się do dostarczenia macierzy o parametrach technicznych dokładnie takich, jakich wymagał Zamawiający wypełniając, zgodnie z zaleceniem Zamawiającego, „Zestawienie parametrów techniczno-jakościowych”. Natomiast Zamawiający oparł swoje stanowisko wyłącznie na nieaktualnej informacji co do danych technicznych pozyskanych ze strony internetowej producenta macierzy. Ponadto Zamawiający nie uwzględnił, iż ogólne dostępne informacje na temat produktu zamieszczone na stronie internetowej stanowią jedynie informację marketingową i nie mogą być kwalifikowane jako specyfikacja techniczna produktu, na podstawie której urządzenie jest modyfikowane na indywidualne potrzeby odbiorcy. Powszechnie wiadomo, iż producenci produkują dane urządzenia w oparciu o ogólną linię technologiczną, a następnie w ostatniej fazie wytwarzania produktu rozbudowują go o określone funkcje, dzięki czemu finalny produkt dostosowywany jest do konkretnych potrzeb zamawiającego. Same dokumenty zamieszczane w Internecie przez producenta czy dystrybutora, dotyczące jakiegoś przedmiotu, nie mogą być uznawane bez zastrzeżeń za dokumentację konkretnego produktu, gdyż w trakcie produkcji czy ostatecznej konfiguracji produktu zdarzają się odstępstwa od pokazanych mniej lub bardziej szczegółowo dokumentów. Wiele funkcji produktów jest uzyskiwanych nie tylko dzięki konstrukcji, ale także dzięki odpowiedniej konfiguracji czy oprogramowaniu. Dlatego nie może być bez zastrzeżeń wiarygodny sam wydruk ze strony internetowej. Zamawiający nie miał prawa uznać, że oferta nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie dokumentacji niewymaganej w toku postępowania oraz nie składającej się na treść oferty, a stanowiącej nieaktualną informację reklamową o produkcie zamieszczoną na stronie internetowej producenta. Istotne jest przy tym, że Zamawiający, dostrzegając sprzeczności formularza zestawienia parametrów techniczno-jakościowych z informacją marketingową dostępną na stronie internetowej producenta nie miał prawa do arbitralnej oceny, czy oferowana macierz faktycznie posiada dane funkcje. Jedynym sposobem rozstrzygnięcia owej sprzeczności winno być wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić on żadnych elementów treści oferty niewyjaśnionych. Odrzucić ofertę można, gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w żadnym razie nie można tego dokonać, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, uzupełniona, albo wyjaśniona.

3

Zamawiający mógł zażądać złożenia wraz z ofertą opisu urządzeń technicznych, celem potwierdzenia, iż zaoferowana macierz sprostą wymaganiom. Natomiast odrzucenie oferty Odwołującego wyłącznie w oparciu o informacje zawarte na stronie internetowej producenta było nieuprawnione.

Zamawiający błędnie ocenił ofertę, albowiem oparł swoje stanowisko o nieaktualną informację marketingową, pominiął również kwestię, iż urządzenie zostało przygotowane w specjalnej konfiguracji, zaś jego parametry techniczne i funkcjonalność różnią się od oferowanych w wersji podstawowej urządzenia.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że w Załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia.

Dla potwierdzenia spełnienia wszystkich wymagań technicznych zaofertowanego sprzętu, wymagał złożenia zestawienia parametrów techniczno-jakościowych wypełnionego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1.1, w sposób umożliwiający weryfikację zgodności zaofertowanego przez wykonawcę rozwiązania z poszczególnymi wymaganiami technicznymi Zamawiającego wskazanymi w zestawieniu.

W swojej ofercie Odwołujący zaofertował rozwiązanie sprzętowe, dla którego w przedstawionym zestawieniu parametrów techniczno-jakościowych brak jest potwierdzenia wymagania dotyczącego systemu pamięci masowej, w zakresie komponentu „Kopie migawkowe”. Wykonawca nie opisał spełnienia wymogu, pozostawiając puste miejsce co do wymogu „...Musi istnieć możliwość odtwarzania pojedynczych plików i całych wolumenów z kopii migawkowych bez potrzeby kopiowania danych, przenoszenia bloków informacji (operacja wykonywana na wskaźnikach do danych)...”.

Odwołujący, w uzasadnieniu do odwołania wyjaśnił, iż ze względu na fakt, że w odpowiedziach na pytania Zamawiający dopuścił mechanizm kopii migawkowych Copy on Write (CoW), który z założenia wymaga wewnętrznego kopiowania danych/przenoszenia bloków podczas odtwarzania „...celowo nie zamieścił w ofercie informacji, że oferowane rozwiązanie umożliwia odtwarzanie pojedynczych plików i całych wolumenów z kopii migawkowych bez potrzeby kopiowania danych, przenoszenia bloków informacji (operacja wykonywana na wskaźnikach danych) z uwagi na dopuszczenie owego alternatywnego do rozwiązania CoW (Copy on Write). W przeciwnym razie dopuszczenie owego rozwiązania byłoby pozorne...”.

Opisywany przez Odwołującego mechanizm tworzenia kopii migawkowych CoW, dotyczy sposobu wykonywania kopii migawkowych, a nie sposobu odtwarzania danych. Zamawiający wymagał, aby wykonawca potwierdził spełnienie wymagania dotyczącego odtwarzania danych. Nie zamieszczając w ofercie informacji na temat odtwarzania danych, Odwołujący

4

nie potwierdził, że oferowane przez niego rozwiązanie umożliwia odtwarzanie pojedynczych plików i całych wolumenów z kopii migawkowych bez potrzeby kopiowania danych, przenoszenia bloków informacji (operacja wykonywana na wskaźnikach do danych).

Ponadto z argumentacji użytej w treści uzasadnienia do odwołania Zamawiający może wnioskować, iż Odwołujący przyznaje, że oferowane rozwiązanie nie spełnia przedmiotowego wymagania. Wobec niepotwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia ww. wymagania, Zamawiający uznał brak takiej funkcji w zaofertowanym rozwiązaniu.

Dodatkowym argumentem dla Zamawiającego był fakt, iż w toku postępowania Zamawiający poinformował wykonawców, odpowiadając na pytanie nr 11, iż dopuścił zaofertowanie rozwiązanie pozwalające na wykonywanie kopii migawkowych w technologii CoW. Jednak w odpowiedzi na pytanie nr 12 odniósł się do niepotwierdzonego przez Odwołującego wymogu, tj. „Musi istnieć możliwość odtwarzania pojedynczych plików i całych wolumenów z kopii migawkowych bez potrzeby kopiowania danych, przenoszenia bloków informacji (operacja wykonywana na wskaźnikach do danych)” podtrzymując wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie. Gdyby wolał Zamawiającego było zrezygnowanie z ww. wymogu w odniesieniu do technologii CoW, udzieliłby innej odpowiedzi na pytanie nr 12 wskazując, iż w odniesieniu do technologii Redirect on Write (RoW) ww. wymóg jest niezbędny, natomiast przy zaofertowaniu technologii CoW nie jest on wymagany. Skoro zaś Zamawiający podtrzymał wymogi w tym zakresie, należy uznać, że funkcja ta była wymagana bez względu na to, czy zastosowano technologię CoW czy RoW. W pozostałych ofertach złożonych w postępowaniu wykonawcy podali informacje dotyczące tego wymagania, niezależnie od zastosowanej technologii RoW lub CoW.

Tym samym Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, ponieważ zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych przedmiotowe zestawienie nie podlega uzupełnieniu, a każda próba wyjaśnień w tym zakresie mogłaby prowadzić do negocjacji Zamawiającego z Wykonawcą.

W związku z powyższym zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odstąpienie od żądania wyjaśnień treści złożonej oferty jest bezzasadny. Zamawiający nie miał wątpliwości co do konieczności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezawarcia informacji potwierdzających spełnienie postawionych wymagań. Nie można bowiem wyjaśniać informacji, których nie ma. Wyjaśnienia służą wówczas w istocie uzupełnieniu oferty o informacje, które nie zostały pierwotnie wskazane.

W odniesieniu do pozostałych okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty Odwołującego, Zamawiający nie wzywał do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie miał wątpliwości, że brak jest niektórych wymaganych

5

funkcji, a dodatkowo oferta Odwołującego i tak podlegała odrzuceniu z powyżej wskazanego powodu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że swoją ocenę oparł na informacjach zamieszczonych na stronach internetowych producenta zaoferowanego sprzętu. Nie można się zgodzić z tezą, że informacje opublikowane na oficjalnej stronie producenta urządzenia są informacjami marketingowymi lub reklamowymi, stanowią zaś one oficjalną dokumentację techniczną producenta. Sam Odwołujący w przedstawionym uzasadnieniu do odwołania powołuje się na dokumenty znajdujące się na stronach internetowych. Dokumentacja techniczna publikowana na oficjalnych stronach producenta jest powszechnie uznanym źródłem wiedzy na temat sposobu działania i funkcjonalności produktów oraz urządzeń. Zamawiający dokonując oceny złożonej oferty z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia badał najaktualniejszą na dzień składania ofert dokumentację oferowanego systemu pamięci masowej, opublikowaną na stronach producenta. Dokumentacja techniczna dostępna na stronie internetowej producenta opisuje w sposób bardzo szczegółowy posiadane przez zaoferowane urządzenie funkcjonalności oraz jego ograniczenia funkcjonalne. Fakt, iż na podstawie powyższego, oferowane rozwiązanie w wielu obszarach nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wprost jest potwierdzone w ww. dokumentach, był wystarczający dla Zamawiającego do dokonania oceny zgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany do oceny ofert z należytą starannością, czego dopełnił. W ocenie Zamawiającego niepodważalnym potwierdzeniem wiarygodności dokumentacji jest uzyskanie takiego potwierdzenia od producenta rozwiązania, którego dokumentacja dotyczy, np. poprzez powzięcie informacji bezpośrednio ze strony producenta, co miało miejsce w niniejszym przypadku.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść wyjaśnień do niej oraz treść oferty Odwołującego) nie jest sporny między Stronami.

6

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Brzmienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu, dotyczących zarówno naruszenia art. 87 ust. 1, jaki i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, koncentruje się na oparciu decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wyłącznie na pozyskanych ze strony internetowej producenta informacjach co do danych technicznych oferowanego urządzenia, przy odstąpieniu od żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w sytuacji, gdy u Zamawiającego zrodziły się wątpliwości co do treści tej oferty w zakresie niektórych funkcji macierzy.

W tym zakresie zarzuty odwołania należy uznać za słuszne, a postępowanie Zamawiającego za wadliwe.

W orzecznictwie Izby od lat podkreślane jest, że Zamawiający, nawet korzystając z informacji pochodzących z innych źródeł niż wykonawca, nie może pominąć fazy wyjaśnienia treści oferty z wykonawcą, gdyż to wykonawca jest autorem owej oferty i podmiotem, który łączy z zamawiającym stosunek prawny związany ze złożeniem oferty w postępowaniu

(analogicznie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy innego dokumentu, który wymaga wyjaśnienia). Tym samym, jeśli zamawiający wyjaśnia lub weryfikuje pewne kwestie związane z otrzymaną ofertą, skierowanie prośby o wyjaśnienia do wykonawcy, który ją złożył, jest obowiązkowe, a informacje z pozostałych źródeł są informacjami dodatkowymi, choć oczywiście w konsekwencji może z nich wynikać, że w konkretnych przypadkach oferta jest niezgodna z wymaganiami.

Przy tym należy zwrócić uwagę, że zaniechanie wyjaśnienia treści oferty bezpośrednio z wykonawcą, który ją złożył, jest nie tylko kwestią proceduralną, ale także i merytoryczną – w szczególności w takich przedmiotach zamówienia jak dostawa sprzętu informatycznego. Wiadome jest bowiem, że jest to dziedzina, w której w przypadku publicznych przetargów o dużych wartościach praktyką jest każdorazowe dostosowywanie oferowanego sprzętu do szczegółowych i konkretnych wymagań danego zamawiającego. Obserwując spory dotyczące tego typu przedmiotu zamówienia, które są częste w postępowaniach odwoławczych, Izba może stwierdzić wręcz, że oferowanie sprzętu o parametrach takich jak opisywane w katalogach producentów bez ich modyfikacji jest już jedynie wyjątkiem. Tym samym, zarówno z punktu widzenia proceduralnego, jak i merytorycznego, działanie Zamawiającego było nieprawidłowe.

Izba nie podziela także stanowiska Zamawiającego, że w zaistniałym stanie faktycznym zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienia było proceduralnie niedopuszczalne.

7

Jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, podstawową przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego był brak w wersji 12. „Kopie migawkowe”, na stronie 40 tej oferty, w kolumnie 4. dotyczącej oferowanego sprzętu potwierdzenia wymogu zawartego w akapicie trzecim kolumny 3., zawierającej wymagania Zamawiającego. Gdyby nie ta przyczyna odrzucenia oferty, Zamawiający wyjaśniłby z Odwołującym pozostałe kwestie wskazane jako wady oferty. W tym momencie kwestie te przestały być przedmiotem sporu pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym, a całe rozstrzygnięcie uzależnione zostało od rozstrzygnięcia braku opisu w wersji 12 akapit 3.

Wers 12. akapit 3. kolumny 3. zawierał wymaganie Zamawiającego: „Musi istnieć możliwość odtwarzania pojedynczych plików i całych wolumenów z kopii migawkowych bez potrzeby kopiowania danych, przenoszenia bloków informacji (operacja wykonywana na wskaźnikach do danych)”. Odwołujący w tym miejscu pozostawił puste miejsce.

Zdaniem Izby wyjaśnienie tej kwestii nie naruszałoby zawartego w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazu zmiany treści oferty i prowadzenia negocjacji z wykonawcą co do treści tej oferty.

Przed wszystkim samo żądanie wyjaśnień nie może jeszcze mieć takiego skutku – co najwyżej dopiero przyjęcie zmiany oferty przez Zamawiającego zamiast uznania za bezskuteczną próby takowej zmiany. Przy czym Zamawiający, przed otrzymaniem wyjaśnień nie powinien z góry zakładać, że jeżeli o takowe poprosi, to na pewno będą one zmierzały do zmiany treści oferty – ocenić pod tym kątem można dopiero otrzymane wyjaśnienia.

Zamawiający powinien pamiętać, że możliwość wyjaśnienia treści oferty jest użytecznym dla niego narzędziem pozwalającym prawidłowo ocenić ofertę przed podjęciem decyzji o jej odrzuceniu lub zaakceptowaniu jako prawidłowej, nie warto więc z niego rezygnować.

Poza tym zakazu zmiany treści oferty nie należy postrzegać jako zakazu zmiany niemal co do każdej zawartej w niej litery, ale – w pewnym uproszczeniu – jako zakaz zmiany tego, co zaoferowano, na coś innego. Gdyby więc Odwołujący wskazał w ofercie np. że w oferowanym przez niego rozwiązaniu nie istnieje możliwość odtwarzania pojedynczych plików, a potem wskazał, że jest to jednak możliwe (albo na odwrót), to byłaby to zmiana treści. Natomiast w sytuacji, w której wykonawca nie wskazał żadnej informacji, możliwe jest zwrócenie się o wyjaśnienia, czy oferowane przez niego rozwiązanie na pewno spełnia wymóg „możliwości odtwarzania pojedynczych plików i całych wolumenów z kopii migawkowych bez potrzeby kopiowania danych, przenoszenia bloków informacji (operacja wykonywana na wskaźnikach do danych)” – wystarczy wtedy odpowiedź „tak”.

Należy zwrócić uwagę, że co do zasady przyjmuje się, że celem oferty jest zgodność jej przedmiotu z wymaganiami zamawiającego, zatem jest to faktycznie formalne potwierdzenie tej zgodności – tym bardziej, że różnica opisu wymagań Zamawiającego z kolumny 3.

8

i parametrów oferowanych w kolumnie 4., poza wpisaniem kilku informacji, polegała głównie na zmianie zwrotów typu „musi posiadać” na „posiada”, pozostała część opisu była po prostu kopią wymagań.

Z drugiej strony, jeśli w takiej sytuacji odpowiedź brzmiałaby „nie”, Zamawiający miałby jednoznaczne i pochodzące od oferenta potwierdzenie, że oferta nie spełnia wymogów opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednak pomimo powyższego, w konsekwencji ustalonego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była poprawna, zatem odwołanie podlega odrzuceniu. Jak wynika bowiem z oświadczenia Odwołującego złożonego podczas rozprawy (które było analogiczne do zawartego w treści odwołania, ale bardziej jasne) oraz wyjaśnienia przez niego treści oświadczenia producenta macierzy z 14 maja 2016 r., oferowane rozwiązanie nie spełnia wyżej przytoczonego wymogu „odtworzenia pojedynczych plików i całych wolumenów z kopii migawkowych bez potrzeby kopiowania danych, przenoszenia bloków informacji (operacja wykonywana na wskaźnikach do danych)” w zakresie braku potrzeby kopiowania danych.

Jak wyjaśnił bowiem Odwołujący, oświadczenie producenta, że macierz może zostać skonfigurowana w sposób zapewniający funkcję odtwarzania pojedynczych plików i całych wolumenów bez potrzeby kopiowania danych i przenoszenia bloków informacji, odnosi się do tego, że zamiast zaoferowanej w ofercie metody Copy on Write, producent może zastosować wskazaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia metodę Redirect on Write. Byłaby to już jednak zmiana oferty z metody Copy on Write na metodę Redirect on Write. Nawet rozważając tę zmianę z proceduralnego punktu widzenia (gdyby Odwołujący rzeczywiście zdecydował się na jej dokonanie), byłaby ona niemożliwa nawet przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (który potencjalnie jako jedyny mógłby mieć zastosowanie w tej sytuacji), gdyż stanowiłaby ona istotną zmianę oferty co najmniej z tego powodu, że, jak oświadczył Odwołujący, zaoferowanie tej metody pozwoliło mu złożyć ofertę ze znacząco niższą ceną (ok. 170 tys. zł).

Izba uznała także, że Odwołujący niesłusznie przyjął, że Zamawiający, zgadzając się w odpowiedzi na pytanie nr 11 na możliwość zaoferowania metody Copy on Write zamiast metody Redirect on Write, zezwolił także na niespełnienie wymogu „odtworzenia pojedynczych plików i całych wolumenów z kopii migawkowych bez potrzeby kopiowania danych, przenoszenia bloków informacji (operacja wykonywana na wskaźnikach do danych)”. W odpowiedzi na pytanie nr 12 Zamawiający kategorycznie podtrzymał ten wymóg.

9

Nie można uznać też, że rezygnacja z tego wymogu jest automatyczną i logiczną konsekwencją dopuszczenia metody Copy on Write, ponieważ metoda Copy on Write z założenia nie daje takiej możliwości. Podczas rozprawy wskazano (czemu Odwołujący nie przeczył), że istnieją rozwiązania, w których, pomimo zastosowania metody Copy on Write, istnieje możliwość odtwarzania pojedynczych plików i całych wolumenów z kopii migawkowych bez potrzeby kopiowania danych, przenoszenia bloków informacji (operacja wykonywana na wskaźnikach do danych).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 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).

Przewodniczący:

10