Sygn. akt: KIO 2554/14

WYROK
z dnia 18 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 grudnia 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **03 grudnia 2014 r.** przez **ADT Grup Sp. Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet im. A. Mickiewicza, ul. H. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań**

przy udziale wykonawcy **VOL Sp. z o.o. Sp.k., ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie:
a) nakazuje Zamawiającemu, stwierdzając naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust.1 Pzp, unieważnienie czynności wyboru oferty oraz czynności badania i oceny ofert, najkorzystniejszej powtórzenie w konsekwencji w ramach której nakazuje Zamawiającemu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 b Pzp wykluczenie z udziału w postępowaniu Przystępującego VOL Sp. z o.o. Sp.k. i uznanie jego oferty za odrzuconą w trybie art. 24 ust.4 Pzp,
b) w pozostałych zarzutach nie stwierdza naruszenia przepisów ustawy Pzp,

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet im. A. Mickiewicza, ul. H. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **ADT Grup Sp. Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Uniwersytet im. A. Mickiewicza, ul. H. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań** na rzecz **ADT Grup Sp. Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 2554/14

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Dostawa i instalacja serwera dla Wydziału Biologii UAM wraz z uruchomieniem i instruktażem"* (znak sprawy: 907/PN/29/14), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 172-304594 z dnia 09.09.2014 r., przez Uniwersytet im. A. Mickiewicza, ul. H. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań zwane dalej: *„Zamawiającym".*

W dniu 24.11.2014 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej VOL Sp. z o.o. Sp.K., ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań zwany dalej: *„VOL Sp. z o.o. Sp. k."* albo *„Przystępującym",* drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: ADT Grup Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa zwana dalej: *„ADT Grup Sp. z o.o."* albo *„Odwołującym".*

W dniu 03.12.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ADT Grup Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynności i zaniechania. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.12.2014 r. (e-mailem oraz faxem). Zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp",* poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. pomimo zmiany treści oferty w ponownym uzupełnieniu tego samego dokumentu (testów przepustowości wymaganej pojedynczej macierzy dyskowej),
2. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez dwukrotne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, pomimo nazwania pisma ponownie wzywającego do uzupełnienia tego samego dokumentu wezwaniem do *„złożenia wyjaśnień",*
a w konsekwencji - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. z powodu jej niezgodności z wymogami zawartymi w SIWZ polegającej na zaoferowaniu niewłaściwej ilości serwerów;
4. art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 58 §1 w zw. z art. 387 §1 KC Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. pomimo, że Wykonawca (w zmieniających treść oferty wyjaśnieniach) zaoferował świadczenie niemożliwe do wykonania, tj. licencję, która zawiera 840 sztuk Value Units per Core (PVU), pomimo, że taka licencja nie istnieje,
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia VOL Sp. z o.o. Sp. k., mimo, iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów IBM Polska Sp. z o.o.

uzupełnione w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów - nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu - realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego,
6. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nieuzasadnione poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie VOL Sp. z o.o. Sp. k;
7. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comtegra Sp. z o.o. w oparciu o wszystkie elementy oferty, które nie spełniają wymogów zawartych w SIWZ;
8. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
9. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy,
10. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej jako - bezwzględnie wadliwej;

odrzucenia oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k.; -

uzupełnienie uzasadnienia odrzucenia oferty Comtegra Sp. z o.o.; -

powtórzenia czynności badania i oceny ofert; -

dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert. -

Zamawiający po dokonaniu czynności badania i oceny ofert w dniu 24.11.2014 r. za najkorzystniejszą uznał ofertę VOL Sp. z o.o. Sp. k. W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty Comtegra Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wskazał, iż w toku tej czynności Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 Pzp pomimo iż treść tej oferty nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ".* Ponadto Zamawiający w trakcie badania i oceny oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k., dokonał wielu naruszeń Pzp, jak również nie zawarł w uzasadnieniu odrzucenia oferty Comtegra Sp. z o.o. wszystkich elementów oferty, które nie zostały spełnione.

Odnośnie pierwszego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. pomimo zmiany treści oferty w ponownym uzupełnieniu tego samego dokumentu, (testów przepustowości wymaganej pojedynczej macierzy dyskowej), względnie z uwagi na złożenie oferty wariantowej,

Po pierwsze - wskazał, że VOL Sp. z o.o. Sp. k. nie załączył do złożonej oferty żadnego testu, mimo, iż Zamawiający wymagał przeprowadzenia testu przepustowości macierzy dyskowej dla operacji zapisu i dla operacji odczytu. W załączniku A do SIWZ

w punkcie 2.1 ppkt 12 a i b wskazano jednoznacznie, iż *„Przepustowość ta musi być udokumentowana przez Wykonawcę za pomocą wyników testu, dołączonych do oferty, wykonanego na macierzy dyskowej (...)" Procedura testowa (test przepustowości macierzy) opisana jest w Załączniku 1 do specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia".*

W związku z brakiem takiego testu w ofercie Zamawiający w dniu 21.10.2014 r. skierował wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz, jak określił to Zamawiający (szczegółowe zarzuty dotyczące tej kwestii zaprezentowano w kolejnej części odwołania) - poprosił o wyjaśnienie dotyczące treści złożonej oferty wskazując:

„W załączniku A do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia w pkt 2.1.12a (str. 35) Zamawiający wymagał dołączenia do oferty wyników testu przepustowości pojedynczej macierzy dyskowej wykonanego na macierzy dyskowej w dostarczanej konfiguracji. W Państwa ofercie zabrakło ww. testu, w związku z powyższym Zamawiający zwraca się z prośbą o jego złożenie w Dziale Głównego Inżyniera." W odpowiedzi na to wezwanie VOL Sp. z o.o. Sp. k. złożył dokument, którego nie można uznać za wyniki testów według wymagań Zamawiającego, m.in. dlatego, że:

• podawał jedynie uśrednione wyniki testu, (do macierzy NetApp E5560 (str. 34 uzupełnienia z 24.10.2014 r.);

• został wykonany według wymagań opisanych w załączniku nr 3 do SIWZ, pomimo że powinien zostać wykonany według wymagań opisanych w załączniku nr 1 do specyfikacji technicznej warunków zamówienia ;.

Pomimo to - w dniu 31.10.2014 r. Zamawiający ponownie wezwał do wyjaśnień wskazując, iż „prosi o wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty: Zamawiający prosi o dostarczenie szczegółowego wyniku testu przepustowości pojedynczej macierzy dyskowej wykonanego na macierzy dyskowej w dostarczanej konfiguracji. "

W odpowiedzi na wezwanie z 31.10.2014 r. w dniu 3.11.2014 r. VOL Sp. z o.o. Sp. k. złożył dokument zawierający wyniki testu przepustowości pojedyncze macierzy dyskowej ale podając macierz NetApp E5500 - który jest innym produktem niż macierz NetApp E5560 - wykazana pierwotnie.

Analizując dostarczone przez VOL Sp. z o.o. Sp. k. dokumenty należy podkreślić, iż początkowo przedstawiono wyniki obrazują wydajność macierzy NetApp E5560. Dodatkowo odniesiono się do załącznika nr 3 do SIWZ, który w ogóle nie istnieje w dokumentacji przetargowej dotyczącej tego postępowania. Po powtórnym wezwaniu Zamawiającego przedstawiono prawidłowe wyniki testów, ale już innego sprzętu, gdyż wyniki dotyczyły macierzy NetApp E5500. W tym przypadku zmianie uległ oferowany przez VOL Sp. z o.o. Sp. k. rodzaj macierzy, na rodzaj, którego Zamawiający nie wymagał. W Załączniku A do SIWZ w punkcie 2 Zamawiający wskazał wymagania macierzy dyskowej: *„Macierz dyskowa - o pojemności surowej min. 480 TB - 2 szt.",* a Wykonawca zaoferował *„NetApp E5560"*

(zgodnie z treścią oferty str. 26). Należy podkreślić, iż rodzaj E5500 nie identyfikują jednoznacznie użytej do testów macierzy. Podkreślił, że rozróżnienie modeli macierzy jest istotne z punktu widzenia ich możliwości technicznych. Wskazane w wynikach testu dane prowadzą do braku możliwości identyfikacji na jakiej macierzy zostały dokonane testy, a tym samym jakie były dane techniczne testowanego sprzętu. Reasumując stwierdził, iż przedstawione po powtórnym wezwaniu Zamawiającego wyniki testu - spowodowały zmianę

treści oferty, względnie - spowodowały, że Wykonawca złożył ofertę wariantową - tj. oferując Zamawiającemu macierz NetApp E5500 lub NetApp E5560.

Stanowi to jednoznaczną podstawę do odrzucenia oferty, gdyż :

• zmiana treści oferty w wyniku uzupełnień/wyjaśnień jest niedopuszczalna,

• Zamawiający nie dopuścił w SIWZ możliwości złożenia oferty wariantowej.

Odnośnie drugiego zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez dwukrotne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, pomimo nazwania pisma ponownie wzywającego do uzupełnienia tego samego dokumentu wezwaniem do *„złożenia wyjaśnień",* a w konsekwencji - zaniechanie odrzucenia oferty.

W uzasadnieniu poprzedniego zarzutu szczegółowo została opisana procedura wzywania do wyjaśnień przeprowadzona przez Zamawiającego w trakcie badania oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. Zamawiający skierował do Wykonawcy dwa wezwania dotyczące dostarczenia testów wydajnościowych podając jako ich podstawę art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący pragnie podkreślić, iż druga czynność (drugie wezwanie) - była bezpodstawna. Zamawiający w wezwaniu wymagał dostarczenia wyników testu, zatem zakwalifikowanie wezwania jako wezwanie do wyjaśnień zamiast wezwanie do dostarczenia dokumentów pozwala domniemywać co najmniej *„oczywistą omyłkę"* Zamawiającego. Żądany wynik testu przepustowości pojedynczej macierzy dyskowej wykonanego na macierzy dyskowej w dostarczanej konfiguracji należy jednoznacznie oceniać jako dokument przedmiotowy o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp: W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie (...)

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Jak wynika jednoznacznie z SIWZ test ten miał potwierdzić wymagane przez Zamawiającego parametry wydajności zaoferowanych przez Wykonawców macierzy dyskowych. W związku z powyższym, dwukrotne wzywanie do dostarczenia wyników testów było naruszeniem przepisów ustawy oraz podstawowych zasad Pzp, co potwierdza liczne orzecznictwo: wyrok z 3.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1069/09, wyrok z 29.12.2008 r. KIO/UZP 1454/08, oraz wyrok z 22.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1400/14. W przedmiotowej

---

sytuacji - drugie wezwanie - (pomimo nazwania go *„wezwaniem do wyjaśnień")* - było bezpodstawne a Zamawiający po stwierdzeniu nie uzupełnienia testów (nie potwierdzenia elementów wymaganych) - miał obowiązek odrzucenia oferty Wykonawcy.

Odnośnie trzeciego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. z powodu jej niezgodności z wymogami zawartymi w SIWZ polegającej na zaoferowaniu niewłaściwej ilości serwerów.

VOL Sp. z o.o. Sp. k. zaoferował jeden serwer zarządzający obiema macierzami zgodnie ze str. 28 oferty (uzupełnienie numer 1, serwer zarządzający zgodny z SIWZ - ilość 1). Podczas posiedzenia komisji w dniu 17.11.2014 Zamawiający samowolnie - zmieniając wymagania SIWZ - uznał, że *„w przypadku serwerów uznajemy jako rozwiązanie dopuszczalne i zgodne z SIWZ rozwiązanie z jednym serwerem zarządzającym macierzami".*

Tymczasem w SIWZ (załącznik A, pkt 2.1) - Zamawiający wymagał dostarczenia dwóch macierzy, każda spełniająca wymagania minimalne, które zostały opisane dla pojedynczej macierzy. Dodatkowo Zamawiający - określając serwer w stosunku do macierzy (jednej macierzy) - użył zwrotu *„dedykowany"* - pkt 10b, str. 34 SIWZ.

„macierz musi umożliwiać prezentację obciążenia poszczególnych grup RAID oraz wolumenów przy pomocy dostarczonego oprogramowania w czasie rzeczywistym; oprogramowanie to może być integralną częścią kontrolerów lub znajdować się w oprogramowaniu zainstalowanym na dedykowanym serwerze zewnętrznym"

Podkreślił również, że zgodnie z wymaganiami technicznymi SIWZ - np. wymaganiem posiadania przez serwer 2 portów 1 Gigabit Ethernet (które pracują z jedną macierzą) - jednoznaczne było, że wymagany był serwer dedykowany do jednej macierzy, czyli należało zaoferować dwa serwery. Nadto, zgodnie z wiedzą techniczną - jednoznaczne jest, że w tym postępowaniu - dla każdej macierzy wymagany był dedykowany serwer zarządzający. Dedykowany, a więc nie współdzielony. Tak więc skoro wymagane było dostarczenie 2 macierzy, to należało również zaoferować 2 serwery (po jednym dedykowanym dla każdej macierzy). Wykonawca zaoferował jeden serwer współdzielony dla obu macierzy, a więc nie

spełnił wymogów SIWZ. Co więcej, wykonawca zaoferował serwer wyposażony w 2 porty 1 Gigabit Ethernet, co pozwala na zarządzanie maksymalnie jedną macierzą. Każda macierz posiada 2 kontrolery, każdy kontroler 2 porty do zarządzania:
http://community.netapp.com/t5/Tech-OnTap-Articles/E-Series-Breaks-Perfornriance-Barriers/ta-p/86918
„Each E-Series controller features dual Ethernet connections for management." (każdy kontroler serii E posiada podwójne połączenie Ethernet do zarządzania). Aby zarządzać macierzą, należy podłączyć serwer zarządzający do minimum jednego portu zarządzającego każdego kontrolera. Wykonawca zaoferował w sumie 4 kontrolery (2 macierze po 2 kontrolery), tak więc aby zarządzać przy wykorzystaniu jednego serwera należało zaoferować serwer z minimum 4-roma portami (chociaż SIWZ wymagał 2 serwerów,

każdy po 2 porty).

Odnośnie czwartego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 58 §1 w zw. z art. 387 §1 KC poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. pomimo, że Wykonawca zaoferował świadczenie niemożliwe do wykonania, tj. licencję, która zawiera 840 sztuk Value Units per Core (PVU), pomimo, że taka licencja nie istnieje,

VOL Sp. z o.o. Sp. k. w pkt 4.1 (str. 3 oferty) zaoferował licencje *„IBM GPFS v3.x Server with 5 year SW Subscription and Support"* w ilości 2 sztuki. W ocenie odwołującego - jest to precyzyjne i jednoznaczne określenie ilości sztuk asortymentu będącego przedmiotem oferty.

Następnie - w wyjaśnieniu z 21.11.2014r. Wykonawca stwierdził, że zaoferował *"dwie, zgodnie z treścią wymagań Zamawiającego licencje".* VOL Sp. z o.o. Sp. k. - dalszej części wyjaśnień wskazywał jednak, że każdy serwer wymaga zastosowania 840 szt. jednostek miary *"Value Units per Core",* czyli zaoferowania licencji w ilości 840 sztuk Value Units per Core. Abstrahując od tego, że tak naprawdę wyjaśnienia te zmieniają treść oferty, to należy podkreślić, że NIE SITNIEJE licencja, która zawiera 840 sztuk Value Units per Core (PVU). Zgodnie z zestawieniem dostępnych licencji IBM GPFS:

https://www-03.ibm.com/systems/xbc/cog/thirdpartysoftware.html

w ofercie IBM dostępne są zestawy licencji obejmujące 10 lub 250 PVU (Value Units per Core) obejmujące oprogramowanie w wersji 3.x wraz z 5-cio letnim wsparciem producenta

00KE512 IBM GPFS for x86 V3.x Server per 10 PVU with 5 Year SW S&S

00KE513 IBM GPFS for x86 V3.x Server per 250, 10 PVU w/ 5 Yr SW S&S

Nie istnieje pojedyncza licencja obejmująca 840 sztuk value units, którą zgodnie z wyjaśnieniami zaoferował VOL Sp. z o.o. Sp. k. W konsekwencji - abstrahując od tego, że Wykonawca ten zmienił treść oferty - zaoferował świadczenie niemożliwe.

Odnośnie piątego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia VOL Sp. z o.o. Sp. k., mimo, iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów IBM Polska Sp. z o.o. nie potwierdza realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, co w konsekwencji powinno prowadzić do wniosku, że Wykonawca Vol nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w dziale V pkt 1 pkt 2 SIWZ wymagał, aby Wykonawcy ubiegający się o udzielnie zamówienia wykazali, iż posiadają wiedze i doświadczenia pozwalające im na prawidłowe wykonanie zamówienia. Aby spełnić wymóg postawiony przez Zamawiającego w tym zakresie konieczne było wykazanie, iż Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat wykonał co najmniej jedną dostawę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia (tj. serwerów) o wartości brutto odpowiadającej co najmniej 2.500.000 zł wraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że ta dostawa została wykonana należycie. VOL Sp. z o.o. Sp. k. w tym zakresie - w ofercie nie złożył

dokumentów. Dopiero w wyniku uzupełnienia - skorzystał z wiedzy i doświadczeni podmiotu trzeciego - IBM Polska Sp. z o.o. (dalej jako: *„IBM")* i złożył bardzo lakoniczne i niewiele mówiące zobowiązanie do udzielenia „wiedzy i doświadczenia". Co istotne - zobowiązanie to nie mówi w ogóle w jaki sposób podmiot ten potencjał udostępni - nawet nie określa *„doradztwo i szkolenia"* ani *„doradztwo i konsultacje"* - który występował w niektórych „zobowiązaniach" składanych w innych postępowaniach. Wykonawca IBM wskazał jedynie, że oddaje niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

w postaci udostępnienia referencji potwierdzających spełnienie wymogu opisanego w SIWZ.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z treścią art. 26 ust 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków. Jednakże, co w niniejszej sprawie jest najistotniejszym elementem, w takiej sytuacji Wykonawca jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jednakże w naszej sytuacji, ani z oferty, ani z oświadczenia podmiotu trzeciego nie wynika w jaki sposób VOL Sp. z o.o. Sp. k. będzie dysponował tymi zasobami oraz w jakiej formie. Nie wskazano również jak podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Odwołujący pragnie podkreślić, iż z udostępnienia samych dokumentów potwierdzających wykonanie przez podmiot trzeci zamówienia w sposób należyty nie można wywieść faktu, iż będzie on udostępniał VOL Sp. z o.o. Sp. k. wiedzę i doświadczanie. Co oczywiste, po stronie Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania i udowodnienie tego faktu Zamawiającemu. Zgodne z niezwykle bogatym orzecznictwem w tym zakresie należy wnioskować, iż udostępnienie powinno mieć charakter REALNY. Przywołał stanowisko KIO w tym zakresie - wyrok z 4.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2182/14, wyrok z 16.03.2011 r., sygn. akt: KIO/424/11, wyrok z 18.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1368/14, czy też wyrok z 18.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1390/14. Analizując powyższe orzecznictwo jednoznacznie uznał, iż samo przedstawienie oświadczenia firmy IBM nie jest wystarczające do udowodnienia, iż wiedza i doświadczenie zostaną w sposób realny udostępniane VOL Sp. z o.o. Sp. k., co prowadzi w konsekwencji do uznania, iż VOL Sp. z o.o. Sp. k., nie spełnił wymogu wiedzy i doświadczenia wymaganego w SIWZ i powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odnośnie szóstego zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nieuzasadnione poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie VOL Sp. z o.o. Sp. k. Zamawiający wraz z wezwaniem do wyjaśnień z 18.11.2014 poinformował VOL Sp. z o.o. Sp. k. poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wyjaśniono również, iż zmiana ta polegała na wpisaniu w ofercie VOL Sp. z o.o. Sp. k. (str. 25) dla pozycji IBM System x 900W High Efflciency Platinum AC Power Supplu oraz 2.8m, 10A/100-250V, C13 to IEC 320- C14 Rack Power Cable ilości 2 sztuk. Zamawiający uznał, że we wcześniejszej części oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. (str. 24)

---

w pkt 1.2. Serwery GPFS ppkt n) zaoferował podwójne zasilacze hot-plug i ta informacja uzasadnia, iż w zamiarze VOL Sp. z o.o. Sp. k. w tabeli dotyczącej konfiguracji serwera taka ilość miała być zgodna z opisem przedmiotu zamówienia.

Czynność poprawienia innej omyłki pisarskiej była nieprawidłowa. Zamawiający wymagał, aby serwer był wyposażony w podwójne zasilacze hot-plug oraz redundantne wentylatory wymienne w trybie hot-plug - natomiast wymagana ilość serwerów wynosiła 2 sztuki. Natomiast w ofercie VOL Sp. z o.o. Sp. k. w pkt 1.2. zaoferowano dwa serwery - tak jak tego wymagał Zamawiający, każdy z nich wyposażony w pojedynczy zasilacz (94Y6667IBM System x 900W High Efficiency Platinum AC Power Supply) - sztuk 1 - oraz pojedynczy przewód zasilający (46M298, 2.8m, 10A/100-250V, C13 to IEC 320-C14 Rack Power Cable) - sztuk 1. Natomiast zamiast drugiego zasilacza została zaoferowana zaślepka (90Y5777 x3650 M4 Power Supply Filier). Takie złożenie i ujęcie sztukowe wskazuje, iż nie został spełniony wymóg zawarty w SIWZ w zakresie dostarczenia podwójnych zasilaczy. Wykonawca zamiast zasilacza zaoferował zaślepkę i aby zainstalować dodatkowy zasilacz (który niejako został dołożony przez Zamawiającego) konieczne jest usunięcie zaślepki i w jego miejsce wstawienie dodatkowego elementu - zasilacza 94Y6667IBM System x 900W High Efficiency Platinum AC Power Supply, czyli zamiana urządzenia na inne. O tej sytuacji Odwołujący informował Zamawiającego w piśmie skierowanym do niego w dniu 6.11.2014 r. Zamawiający dopiero o powzięciu tej informacji od Odwołującego dokonał czynności poprawienia oferty. Odwołujący pragnie wskazać, iż opisana wyżej sytuacja jest ingerencją w treść oferty, nie zaś inna omyłką i jako taka była niezgodna z przepisami Pzp. Skutkiem tego należy uznać, że oferta VOL Sp. z o.o. Sp. k. nie spełniała wymagań zawartych w SIWZ również w tym zakresie. Nieuzasadnione jest również odniesienie się przez Zamawiającego do informacji zawartych na str. 24 oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k., z uwagi na fakt, iż stanowią one jedynie powtórzenie wymogów zawartych przez Zamawiającego w SIWZ, zaś informacje wskazane na str. 25 oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. stanowią faktyczną ofertę Wykonawcy. Przywołał liczne orzecznictwo wskazujące, iż w danym przypadku nie można mówić o innej omyłce np.: wyrok z 14.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1867/10 oraz wyrok

z 9.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 431/10.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comtegra Sp. z o.o. w oparciu o wszystkie elementy oferty, które nie spełniają wymogów zawartych w SIWZ. Zamawiający w zawiadamianiu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24.11.2014 r. poinformował również o odrzuceniu oferty Comtegra Sp. z o.o. Jako jedyny powód odrzucenia tej oferty Zamawiający wskazał, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W opisie przedmiotu zamówienia w poz. 6.2 Zamawiający wymagał listwy zasilającej z możliwością pomiaru wartości chwilowej prądu oraz mocy czynnej pobieranej przez dowolne wybrane gniazdo. Natomiast Comtegra Sp.

---

z o.o. w swojej ofercie zaoferował listwę Raritan PX2-2530, która według informacji technicznej producenta nie ma możliwości pomiaru wartości chwilowej prądu oraz mocy czynnej pobieranej przez dowolnie wybrane gniazdo, a jedynie sumaryczne wartości dla całej fazy zasilającej. Odwołujący podzielił stanowisko Zamawiającego w tym zakresie, jednak pragnie wskazać, iż Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie uwzględnił wszystkich niezgodności oferty Comtegra Sp. z o.o. z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Poniżej wyszczególniono wszystkie nieprawidłowości:
a) Brak serwerów zarządzających zaoferowanymi macierzami dyskowymi,
b) Załączone do oferty testy nie potwierdzają, że przedmiot oferty spełnia wymagania SIWZ postawione w załącznik A, pkt 2.1 ppkt 12,
c) Zaoferowano licencje IBM GPFS dla dwóch serwerów po 2 sockety. Wyżej wymienione kwestie powinny stanowić uzupełnienie uzasadnienia odrzucenia oferty Comtegra Sp. z o.o., z uwagi na fakt, iż Zamawiający zobowiązany jest w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazać wszystkie okoliczności mające wpływ na taką decyzję. Wskazał na wyrok z 17.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1915/10 oraz wyrok z 19.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 5/09.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 Pzp wynikają bezpośrednio z zarzutów przedstawionych powyżej w odwołaniu. Reasumując - uwzględniając wszystkie postawione zarzuty należy wskazać, że czynność badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu jest wadliwa. Oferta VOL Sp. z o.o. Sp. k. nie odpowiada treści SIWZ, a niezgodności tej Zamawiający nie może samodzielnie usunąć. Oferta VOL Sp. z o.o. Sp. k. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Co istotne - oferta VOL Sp. z o.o. Sp. k. nosi znamiona niedbale przygotowanej, tj. „na ostatnią chwilę" - nie została dopracowana, nie zadbano o zgodność z wymaganiami Zamawiającego. Należy również wskazać, że pełnomocnictwo dla osoby wnoszącej odwołanie - nie zawiera uprawnienia do podpisania lub wniesienia odwołania, ale ma charakter ogólny.

Zamawiający w dniu 04.12.2014 r. (faxem oraz odbiór osobisty) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.12.2014 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) VOL Sp. z o.o. Sp. k. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca

wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugą pozycje w rankingu złożonych ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutu względem oferty najkorzystniejszej, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ – tj. zał. nr A do SIWZ oraz zał. nr 1 do niego, zał. nr 5a do SIWZ, odpowiedzi na pytania udzielone w postępowaniu, oferty Przystępującego, wezwania z 21.10.2014 r. wystosowanego do Przystępującego, uzupełnienia oferty Przystępującego z 24.10.2014 r., wezwania z 31.10.2014 r. wystosowanego do Przystępującego, odpowiedzi Przystępującego z 03.11.2014 r., protokołu Komisji Przetargowej z 17.11.2014 r., pisma Odwołującego z 06.11.2014 r., pisma Zamawiającego z 18.11.2014 r. dotyczącego poprawienia innej omyłki oraz wezwania do wyjaśnień ilości zaoferowanej licencji, odpowiedzi z 21.11.2014.r. oraz jego załącznika.

Nadto, Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożone na rozprawie przez Odwołującego: 1) wydruk ze strony producenta macierzy NetApp wraz z tłumaczeniem w zakresie zarzutu 1 i 2; 2) wydruk ze strony producenta NetApp wraz z tłumaczeniem w zakresie zarzutu 3; 3) wydruk z materiałów producenta IBM wraz z tłumaczeniem w zakresie zarzutu 4; 4) wydruk ze strony producenta IBM w zakresie zarzutu 6. Izba dopuściła również złożone na rozprawie przez Przystępującego: 1) oświadczenie IBM Polska Sp. z o.o. z 16.12.2014 r., 2) oświadczenie NetApp Poland Sp. z o.o. z 12.12.2014 r.

Dodatkowo, Izba przeprowadziła dowód ze złożonych w postępowaniu oryginalnych ofert przedłożonych na okres wydania orzeczenia w sprawie.

Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie opinię biegłego powołanego przez Izbę w sprawie o sygn. akt: KIO 1667/13 z uwagi na okoliczność, że przedmiotowy dowód dotyczy innego postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie oraz pismo procesowe Odwołującego złożone na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny wskazany w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego, w tym także postanowienia SIWZ, jak i z oferty wezwania z r. do Przystępującego, 21.10.2014 wystosowanego Przystępującego, uzupełnienia oferty Przystępującego z 24.10.2014 r., wezwania z 31.10.2014 r. wystosowanego do Przystępującego, odpowiedzi Przystępującego z 03.11.2014 r., protokołu Komisji Przetargowej z 17.11.2014 r., pisma Odwołującego z 06.11.2014 r., pisma Zamawiającego z 18.11.2014 r. dotyczącego poprawienia innej omyłki oraz wezwania do wyjaśnień ilości zaoferowanej licencji, odpowiedzi z 21.11.2014.r. oraz jego załącznika.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Na wstępie Izba, odniesie się do ukształtowania tenoru sentencji. Należy wskazać, że art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp zobowiązuje Izbę do uwzględnienia odwołania zawsze w wypadku stwierdzenia jakiegokolwiek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp niezależnie od ilości podniesionych zarzutów. Zatem przepis ten nie przewiduje możliwości kształtowania sentencji i wartościowania jej przez pryzmat postawionych zarzutów, pozostawiając Izbie ocenę wyłącznie popełnionego przez Zamawiającego naruszenia.

Niemniej jednak dostrzegając potrzebę stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba w niniejszej sprawie ukształtowała tenor sentencji wskazując na zasadność zarzutów, które stanowiły podstawę stwierdzonego naruszenia z jednoczesnym zakreśleniem zarzutów, co do których naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie potwierdziło się.

Względem wniosku Zamawiającego, sformułowanego na rozprawie, o nakazanie przez Izbę unieważnienia postępowania, Izba podnosi, że biorąc pod uwagę art. 192 ust. 3

pkt 1 Pzp, brak jest w ocenie Izby, możliwości nakazania unieważnienia całego postępowania, w tym zakresie istnieje taka możliwość jedynie względem czynności Zamawiającego. Należy zauważyć, że prerogatywa w tym zakresie została odebrana Izbie w toku około 40 nowelizacji przepisów Pzp. Dodatkowo, stwierdzając, że Zamawiający zawsze może jako gospodarz postępowania podjąć taką decyzje samodzielnie, z zastrzeżeniem, że taka czynność będzie podlegała zaskarżeniu, tak jak każda inna czynność Zamawiającego w postępowaniu.

Odnośnie pierwszego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. pomimo zmiany treści oferty w ponownym uzupełnieniu tego samego dokumentu (testów przepustowości wymaganej pojedynczej macierzy dyskowej), Izba uznała zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba stoi na stanowisku, że argumentacje Zamawiającego przedstawioną na rozprawie należy uznać za wiarygodną i mającą oparcie w dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Zasadnie bowiem przyjął Zamawiający, że tylko pierwsze wezwanie z 21.10.2014 r. było wezwanie do uzupełnienia oferty Przystępującego, zaś w drugim wypadku mamy do czynienia z wezwaniem do wyjaśnień sensu stricte. Izba w tym zakresie, nie kierowała się wskazywaną podstawa prawną, ale istotą faktyczną danej czynności i rezultatem danego wezwania i jego skutkiem dla oferty Przystępującego. Izba przychyliła się do tezy Zamawiającego, że w wyniku pierwszego wezwania z 21.10.2014 r. Przystępujący w sposób prawidłowy uzupełnił swoją ofertę o wymagane przez Zamawiającego wyniku testu wykonanego na macierzy dyskowej w dostarczonej konfiguracji według procedury testowej opisanej w zał. nr 1 do specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia. Względem wątpliwości Odwołującego co do odwołania się do wymagań opisanych w załączniku nr 3 do SIWZ, Izba uznaje za zasadną argumentacje tak Zamawiającego, jak i Przystępującego, iż Wykonawca mógł zasugerować się wskazaniem na str. 14 SIWZ i określeniem na tej stronie, że Opis Przedmiotu Zamówienia stanowi załącznik nr 3 do SIWZ, gdy tymczasem był to załącznik nr A do SIWZ, co mogło wprowadzić w błąd i w rezultacie nie może być poczytywane na niekorzyść Przystępującego. Jednocześnie należy zauważyć, że samo odwołanie się do załącznik dotyczącego Opisu Przedmiotu Zamówienia, którego elementem, czy też załącznikiem jest zał. nr 1 do specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia czyni zaistniały błąd pozornym, gdyż miało miejsce wskazanie właściwego dokumentu w sposób pośredni. Odnośnie, zaś kwestii, czy sam dokument - pierwsze wyniki testów – w sposób wyczerpujący – biorąc pod uwagę samą procedurę wskazywały owe wyniku, czy też dopiero w skutek wezwania

z 31.10.2014 r. uzyskano wyniku testów, które z racji swojej szczegółowości czyniły zadość wymogom narzuconym w tej mierze przez Zamawiającego, Izba uznała że brak jest podstaw do formułowania tak daleko idących negatywnych wniosków dla Przystępującego. Niewątpliwie bowiem pierwotne wyniku testów podają więcej niż jeden wynik, czyli czynią zadość wykładni literalnej postanowień SIWZ (wskazanych fragmentów załączników) przedstawionej na rozprawie przez Odwołującego. Przedstawione wyniku są wynikami uśrednionym dla poszczególnych operacji (zapis i odczyt). Tak też zostało wprost przywołane w pierwszych wynikach testów. Wyniki miały dotyczyć testu wykonanego według procedury testowej, w żadnym wypadku nie wynika, ani ze str. 35 SIWZ, ani też str. 37 SIWZ, aby w ramach przedstawionych wyników testu istniał obowiązek jego szczegółowego przedstawienia. Naturalnie nie było takiego zakazu, ale analiza wyników testu przedstawionych w innych ofertach daje podstawę do tego, aby stwierdzić, że każdy z Wykonawców przedstawił powyższe wyniki w odmienny sposób. W jednym nawet przypadku, w sposób istotnie obszerniejszy poprzez dołączenie dodatkowego załącznika. W każdym jednak wypadku – przedstawiono ostateczne uśrednione wyniki testu z 5

powtórzeń (choć nie musiały być one po kolei przedstawione na wynikach) testu dla poszczególnych operacji (zapis i odczyt). Względem podnoszonej zmiany treści oferty dokonanej przez Przystępującego w wyniku wezwania z 31.10.2014 r., czy też wariantowości oferty, Izba zwraca uwagę na przywołany powyżej kontekstu uzupełnienia z 24.10.2014 r. oraz pisma z 03.11.2014 r. Wyniku uzupełnienia z 24.10.2014 r. Zamawiający otrzymał wyniku testów macierzy NetApp E 5560 w konfiguracji zgodnej z SIWZ, czyli takiej jak została zaoferowana przez Przystępującego – na str. 26 i 28 uzupełnienia oferty (pierwotnie w ofercie brak było załącznika asortymentowego). Wyjaśnienia z 03.11.2014 r. nie zmieniają zaoferowanej macierzy (w wyniku uzupełnienia z 24.10.2014 r.), gdyż odnoszą się do kontrolera NetApp E5500 wraz z dwoma półkami dyskowymi (2 x po 60 dysków, czyli 120 dysków), co jest zgodne z wymaganiami SIWZ w zakresie dopuszczalnej wysokości macierzy (str. 33 SIWZ – pkt 2.1 ppkt 2 lit. f – nie większa niż 15 U). Dowody przedłożone na rozprawie przez Odwołującego (w zakresie dopuszczonym na wstępie) nie przeczą powyższemu, a są z nimi zgodne. Odwołujący także nie negował, że wskazanie kontrolera NetApp E5500 wraz z dwoma półkami dyskowymi (2 x po 60 dysków, czyli 120 dysków) jest faktycznym wskazaniem zaoferowanej macierzy dyskowej E5560.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie drugiego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez dwukrotne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, pomimo nazwania pisma ponownie wzywającego do uzupełnienia tego samego dokumentu wezwaniem do *„złożenia wyjaśnień",* a w konsekwencji - zaniechanie odrzucenia

oferty wykonawcy, Izba uznała zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym wypadku, Izba jak konsekwencje oddalenia zarzutu pierwszego, oddaliła zarzut drugi uznając, że Zamawiający nie wzywał dwa razy do uzupełnienia wyników testu, ale w drugim wypadku de facto wezwał do dostarczenia wersji uszczegółowionej wyników testu, jako wyjaśnień wyników test dostarczonych w skutek pierwszego wezwania z 21.10.2014 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie trzeciego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. z powodu jej niezgodności z wymogami zawartymi w SIWZ polegającej na zaoferowaniu niewłaściwej ilości serwerów, Izba uznała zarzut za podlegający oddaleniu.

Względem przedmiotowego zarzutu, Izba podnosi, że żadne postanowienia SIWZ, nie wskazują wprost konieczności zaoferowania 2 serwerów, taki wymóg dotyczy niewątpliwie tylko 2 macierzy dyskowych (str. 32 SIWZ – w ramach zał. nr A). Ponadto, Zamawiający wskazał w ramach zał. Nr A do SIWZ – str. 32 SIWZ – w pkt 2.1, że: *„wymagana minimalna konfiguracja każdej z dwóch dostarczonych macierzy".* Z kolei w pkt 2.1 ppkt 10 lit. b, c i d (str. 34 SIWZ) – wskazuje się, że: *„oprogramowanie to może być integralną częścią kontrolerów lub znajdować się w oprogramowaniu zainstalowanym na dedykowanym serwerze zewnętrznym"; „serwer zarządzający (…) musi być wyposażony w co najmniej 2 porty Gigabit Ethernet"; „serwer zarządzający (jeśli jest dostarczony) (…)".* Daje wymierne podstawy, do uznania, że postanowienia SIWZ mogły być rozumiane w dwojaki sposób, co potwierdzał na rozprawie Zamawiający, w konsekwencji, jeśli można było zaoferować rozwiązanie techniczne obejmujące 1 lub 2 serwery zarządzające, nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec Przystępującego, który zaoferował 1 serwer zarządzający. W ocenie Izby, w toku rozprawy spór, zaczął ewoluować w kierunku sporu nie dotyczącego konieczności zaoferowania 2 serwerów zarządzających, ale tego, czy Przystępujący zaoferował wystarczające środki techniczne które dają podstawę do uznawania, że oferta z zaoferowanym 1 serwerem zarządzającym pozwoli na zarządzanie 2 macierzami dyskowymi, w sytuacji gdy mamy do czynienia z 2 kontrolerami w każdej macierzy po 2 porty 1 Gigabit Ethernet. Odwołujący stał na stanowisku, że tak nie było, zaś Przystępujący wskazał na konkretne rozwiązanie system pracy 2 kontrolerów activ-activ, zastosowanie oprogramowania NetApp SANTRICTY (poparte oświadczeniem z 12.12.2014 r. NetApp Poland Sp. z o.o.). Izba w tym zakresie, wskazuje, że Zamawiający także podnosił na rozprawie, że nie precyzował w SIWZ, że chodzi o fizyczne połączenie serwera z dwoma macierzami (jak wskazywał Odwołujący w odwołaniu, czy też wynikało

z dowodu złożonego w zakresie tego zarzutu przez Odwołującego), co także było spójne z jego wcześniejszymi stwierdzeniami, że istnieją inne rozwiązania techniczne pozwalające na prace w układzie 1 serwer zarządzający - 2 macierze z 2 kontrolerami w każdej macierzy - po 2 porty 1 Gigabit Ethernet (wirtualizacja, V-Lan). W rezultacie brak jest wymiernych podstaw do całkowitego braku możliwości technicznej zarządzania poprzez 1 serwer zarządzający dwoma macierzami, uwzględniając niejednoznaczne i prowadzące do odmiennej interpretacji postanowienia SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie czwartego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 58 §1 w zw. z art. 387 §1 KC Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty VOL Sp. z o.o. Sp. k. pomimo, że Wykonawca (w zmieniających treść oferty wyjaśnieniach) zaoferował świadczenie niemożliwe do wykonania, tj. licencję, która zawiera 840 sztuk Value Units per Core (PVU), pomimo, że taka licencja nie istnieje, Izba uznała zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba zwraca uwagę, że istotą zarzutu jest teza, że zaoferowano świadczenie niemożliwe. Biorąc pod uwagę złożone przez Przystępującego na rozprawie oświadczenia IBM Polska Sp. z o.o. z 16.12.2014 r., wcześniejsze wyjaśnienia Przystępującego z 21.11.2014 r. w zakresie ilości zaoferowanych licencji IBM GPFS v3. X Server with 5 Year SW Supscription and Support wraz załącznikiem nie można uznać za zaoferowanie świadczenia niemożliwego. Złożony w zakresie tego zarzutu dowód przez Odwołującego na rozprawie, nie zmienia stanowiska Izby w tej mierze. Ze złożonego bowiem przez Przystępującego oświadczenia właściciela licencji wynika, że sposób licencjonowania przedstawiony w wyjaśnieniach Przystępującego z 21.11.2014 r. nie został zanegowany przez właściciela licencji IBM Polska Sp. z o.o. Izba także uznała za zasadną argumentacje z rozprawy i odwołanie się Przystępującego do orzeczenia KIO z 13.10.2014 r., sygn. akt: KIO 1969/14 i KIO 1976/14, zgodnie z którym: *„(…) poszczególni producenci kreują własną politykę licencyjną i stosują własną siatkę nazewniczą, natomiast dla Zamawiającego istotnym jest oświadczenie, że składniki tego kompletu pokrywają wymagania (…)”.*

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie piątego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia VOL Sp. z o.o. Sp. k., mimo, iż zobowiązanie do udostępnienia zasobów IBM Polska Sp. z o.o. uzupełnione w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów - nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu - realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, Izba uznała zarzut za podlegający uwzględnieniu, co skutkuje uwzględnieniem całego odwołania.

Izba w woli przypomnienia wskazuje, że zobowiązanie zostało uzupełnione przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z 21.10.2014 r., czyli uzupełnieniem oferty z 24.10.2014 r.

Zamawiający określił w Rozdz. V SIWZ - pkt 1.2 - wymóg dotyczący wiedzy i doświadczenia: *„Za spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający uzna wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:*
co najmniej jedną dostawę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia (tj. serwerów) o wartości brutto odpowiadającej co najmniej 2.500.000 zł wraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że ta dostawa została wykonana należycie
Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia na podstawie złożonego przez Wykonawcę wykazu dostaw [załącznik nr 4 i nr 5 do SIWZ].”. Z kolei w Rozdz. VI SIWZ – pkt 3 wskazał, że: *„Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów,* ***niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, zobowiązany jest udowodnić iż będzie do realizacji Zamawiającemu, dysponował zasobami niezbędnymi zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych***

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Załącznik nr 5a do SIWZ.”.

We wskazanym załączniku Zamawiający umieścił następujące sformułowania: *„Oświadczam, że reprezentując ……..., w przypadku wyboru Wykonawcy ……..…….. przystępującego do postępowania o zamówienie publiczne na: …… na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zobowiązuję(my) się do oddania ww. Wykonawcy do dyspozycji następujących zasobów: ……..……..…… …… na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego zamówienia.”.*

W uzupełnionym zobowiązaniu w części zasadniczej, tj. ostatnim fragmencie wymagającym wypełnienia podmiot trzeci dodał : „(…) *pod warunkiem zawarcia umowy z Wykonawcą, za pośrednictwem wybranego dystrybutora: wiedzy i doświadczenia zgromadzonych w trakcie realizacji przez nas następujących projektów (…) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego zamówienia”.*

Zanim Izba odniesie się do przedstawionego stanu faktycznego konieczne jest stwierdzenie, że naturalnym w świetle analizowanych zapisów SIWZ, a także wobec regulacji art. 26 ust. 2a Pzp, zgodnie z którą wykonawca na żądanie Zamawiającego, iż w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Z powołanym tu przepisem koresponduje w sposób oczywisty art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodzenia, iż spełnia on warunki opisane przez Zamawiającego i to on ponosi konsekwencje (w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) nie wypełnienia tego obowiązku.

Co ważne dla rozpoznawanej sprawy, ustawodawca w art. 26 ust. 2b Pzp dopuścił możliwość, aby Wykonawca polegał m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Zastrzec, jednak należy, że w takiej sytuacji zobowiązany jest on udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Z przepisem tym koresponduje także regulacja zawarta w § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 19 lutego 2013 r., poz. 231) zwanego dalej: *„rozporządzeniem w sprawie dokumentów”,* zgodnie z którym, gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać w szczególności:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Skład orzekający Izby podziela w odniesieniu do powołanych przepisów ich interpretacje zawartą w wyroku Izby z 26.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2182/13, gdzie Izba

stwierdziła co następuje: *„(…) stwierdzić należy na wyraźny kierunek ustawodawcy wskazany tymi przepisami, aby w trakcie oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga natomiast okoliczność, iż ani przepisy ustawy Pzp, ani też przepisy przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. W każdym przypadku bowiem należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć w tym względzie, że udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie odbywało się również poprzez np. różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego* świadczone *przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy”.* Podobnie Izba w wyroku z 09.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2292/13, jak i wyroku KIO z 28.01.2014 r., sygn. akt: KIO 48/14.

Zatem zawsze udostępnienie zasobu musi wiązać się z korzystaniem z tego zasobu na etapie wykonania zamówienia, choć nie zawsze z udziałem podmiotu udostępniającego zasób w realizacji części zamówienia i w konsekwencji i możliwością np. żądania przez Zamawiającego dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia od podmiotów udostępniających zasób (podobnie w wyroku KIO z dnia 18.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2144/13). Zgodnie z wyrokiem SO w Gdańsku z dnia 25.07.2011 r., sygn. akt: XII Ga 315/11, podwykonawstwo nie jest jedyną formą brania udziału w realizacji zamówienia.

Podkreślenia wymaga jednak przy tym fakt, iż to na wykonawcy spełnia obowiązek wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem wykazania również tego, czy będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz tego, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. W tym zakresie, Izba podziela stanowiska wynikając z wyroku z dnia 05.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2030/13, że: *„(…) wymagane w art. 26 ust. 2b ustawy udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu*

realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać (…)”. „(…) Przy czym tego typu realność – w ślad *z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia. (…). „(…)Tym samym, w przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, wykonawca może i powinien wykazywać na przykład: zakres udostępnianych zasobów, możliwy sposób ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia, a zwłaszcza ewentualny, planowany udział podmiotu w udostępniającego realizacji zamówienia. Unikając jakichkolwiek generalizacji w odniesieniu do oceny dowodów dotyczących danego udostępnienia, które winno odbywać się indywidualnie, odrębnie dla każdego przypadku, przyjąć można, iż uzyskiwanie przez zamawiającego większej ilości ww. informacji na temat danego udostępnienia, umożliwia lepszą i pełniejszą ocenę okoliczności, które w* świetle *przepisu art. 26 ust. 2b powinny być wykazywane, czyli realności dysponowania danymi zasobami i możliwość ich wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia.(…)”.* Podobnie w uchwale KIO z dnia 07.11.2013 r., sygn. akt: KIO/KU 96/13.

Izba uznała także za trafne stanowisko wyrażone we wskazanym przez Odwołującego na rozprawie wyroku KIO z 04.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2182/14, a zarazem adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego, zgodnie z którym: *„(…)*

Przystępujący, wykazując się spełnianiem warunku wiedzy i doświadczenia, oparł się na potencjale podmiotu trzeciego, jednakże - zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - nie udowodnił w wystarczający sposób, iż wskazany potencjał, udostępniony mu przez podmiot trzeci, będzie wykorzystywany przez wykonawcę (Przystępującego) w sposób realny przy wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy Pzp, jeżeli wykonawca w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego celem wykazania spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu, posługuje się potencjałem podmiotu trzeciego, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tym zasobem, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, a oddane przez podmiot trzeci konkretne zasoby będą wykorzystane przez wykonawcę zamówienia przy jego realizacji. Wskazany przepis ustawy Pzp, jak i przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, dają adresatom wskazanej normy wytyczne, wskazujące na ciężar dowodowy spoczywający na wykonawcy, który posługuje się takim potencjałem, wykazania realnego dysponowania potencjałem, który będzie mógł być, także w sposób realny, w danych, konkretnych warunkach, wykorzystywany w trakcie realizacji zamówienia. Podkreślenia wymaga, że przepisy te nie wymagają wprost uczestnictwa przy realizacji zamówienia podmiotu trzeciego

w formie podwykonawstwa, choć taka forma udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego jest z pewnością najbardziej optymalnym rozwiązaniem, wskazującym na realną możliwość wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi bowiem o możliwości korzystania z niezbędnych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, a nie uczestnictwie podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Taka forma korzystania z potencjału podmiotu trzeciego (podwykonawstwo), biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne konkretnej sprawy (uwzględniając w szczególności rodzaj udostępnianego potencjału, charakter przedmiotu danego zamówienia, sposób realizacji zamówienia, czy choćby stosunki łączące podmiot trzeci z wykonawcą) może też być wprost niezbędna dla wykazania zamawiającemu rzeczywistej możliwości wykorzystania udostępnionego potencjału podmiotu trzeciego zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.".

Izba uznała w przedmiotowym stanie faktycznym, że treść załącznika nr 5a do SIWZ, ani niczego Wykonawca nie sugeruje, ani też nie wprowadza w błąd. Wypunktowane miejsca w formularzu każdy z Wykonawców, w tym wypadku podmiotów trzecich może dowolnie wypełnić adekwatnie do udostępnianych zasobów. W konsekwencji, nie ma w tym wypadku zastosowania utrwalona w orzecznictwie zasada, że nieprecyzyjne, wprowadzające w błąd postanowienia SIWZ, tudzież pozwalające na odmienne interpretacje nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym. W konsekwencji Izba nie może wziąć pod uwagę, tej okoliczności, skoro nie miała ona miejsca.

W ocenie Izby, złożone zobowiązanie przez podmiot trzeci – IBM Polska Sp. z o.o. z 10.10.2014 r. jest zbyt ogólne i w żadnym wypadku nie udowadnia realności udostępnionych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby także z oferty, a ściślej z jej uzupełnienia z 24.10.2014 r. nie wynika w sposób nie budzący wątpliwości, charakter udostępnienia. Nie wskazano nawet w jakiej formie będzie miało to miejsce. W żaden sposób nie można ustalić:

− zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
− sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
− charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
− zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia (jedynie w tym wypadku zobowiązanie odnosi się do tej kwestii).

Izba uznaje przywołane postanowienia, jako wytyczne kierunkowe co do treści zobowiązania wynikające z § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Izba podnosi także, że samo zapewnienie wsparcia producenta oprogramowania nie jest wystarczające dla określenia zakresu udostępnienia, zwłaszcza że był to jeden z obligatoryjnych wymogów Zamawiającego, który winni zagwarantować wszyscy Wykonawcy składający ofertę. Wiedza ogólne Zamawiającego także nie jest elementem decydującym albowiem, Wykonawca

winien zastosować się do postanowień SIWZ i podjąć stosowne kroku w zgodzie z przepisami, które aktualnie naruszył, adekwatnie do zasady równego traktowania i uczciwej

konkurencji. Zamawiający nie ma się domyślać, jaki charakter ma udostępnienie zasobów, ale mieć wymierną wiedzę opartą na ofercie Przystępującego, tudzież udzielonych wyjaśnieniach lub uzupełnieniach. Musi także znać formę udostępnienia, czy jest to podwykonawstwo, a jeśli nie jaką inną formę uzgodnił Wykonawca z podmiotem trzecim (w ofercie znajduje się oświadczenie o samodzielnym realizowaniu zamówienia). Izba tytułem pozytywnego przykładu wskazuje na wyrok KIO z 20.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2355/14, podnosząc, że w ówczesnym stanie faktycznym podmiot udostępniający zasoby zawarł z Wykonawcą, który zaoferował dostawę określonego sprzętu informatycznego i oprogramowania porozumienie, w którego ramach określono zakres udostępnienia – załącznikiem do tego porozumienia był wykaz sprzętowy – określający sprzęt, który podmiot trzeci udostępnił, który miał dostarczyć Wykonawca w wypadku podpisania umowy z Zamawiającym.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie szóstego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nieuzasadnione poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie VOL Sp. z o.o. Sp. k, Izba uznała zarzut za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby, Zamawiający miał podstawy do czynności poprawienia innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pismem z 18.11.2014 r. w zakresie zmiany ilości zasilaczy + kabla, ale nie zaślepki. W tym zakresie, Izba uznała stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie, porównując str. 24 i 25 uzupełnienia oferty Przystępującego (w ramach uzupełnienia z 24.10.2014 r.) miał podstawy do samodzielnego zidentyfikowania, a nie na skutek pisma Odwołującego z 06.11.2014 r. niezgodności oferty na str. 25 uzupełnienia z postanowieniami SIWZ (pkt 1.2 lit n zał. nr A do SIWZ). Należy zauważyć, że str. 24 uzupełnienia oferty nie była jedynie załączeniem zał. nr A do SIWZ, ale została przepisana na nowo, uzupełniona o wskazanie konkretnego oferowanego serwera IBM System x 3650 M4 2,5” Base w konfiguracji zgodnej z SIWZ oraz formę stanowczą konfiguracji, w rezultacie pozwalało powyższe na zidentyfikowanie zamiaru Wykonawcy i uznanie, że na str. 25 mamy do czynienia z inną omyłką. W ocenie Izby, także dokonana zmiana nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty. W tym zakresie, Izba wzięła pod uwagę ryczałtowy charakter ceny oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comtegra Sp. z o.o. w oparciu o wszystkie elementy oferty, które nie spełniają wymogów zawartych w SIWZ. Z uwagi na: a) Brak serwerów zarządzających zaoferowanymi macierzami dyskowymi, b) Załączone do oferty testy nie potwierdzają, że przedmiot oferty spełnia wymagania SIWZ postawione w załącznik A, pkt 2.1 ppkt 12, c) Zaoferowano licencje IBM GPFS dla dwóch serwerów po 2 sockety – niniejszy zarzut został wycofany przez Odwołującego na rozprawie. W konsekwencji wycofania, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust.1 Pzp, Izba jako konsekwencje uwzględnienie piątego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 b Pzp, uwzględniła również przywołane na wstępie zarzuty.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący: