Sygn. akt: KIO 2782/14

WYROK
z dnia 16 stycznia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2014 roku przez wykonawcę COMBIDATA Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni, ulica Żwirki i Wigury 15, 81-387 Gdynia
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Województwo Kujawsko-Pomorskie z siedzibą w Toruniu reprezentowane przez: Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego Plac Teatralny 2 87-100 Toruń

przy udziale wykonawcy Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni, Łużycka 3C, 81-537 Gdynia zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę COMBIDATA Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni, ulica Żwirki i Wigury 15, 81-387 Gdynia i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę COMBIDATA Poland Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni, ulica Żwirki i Wigury 15, 81-387 Gdynia 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 2782/14

UZASADNIENIE

Zamawiający Województwo Kujawsko-Pomorskie z siedzibą w Toruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Utworzenie Kujawsko-Pomorskiej Platformy Edukacyjnej wraz z treściami edukacyjnymi oraz systemem ich dystrybucji.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 czerwca 2014 roku pod numerem 2014/S 121-215473.

16 grudnia 2014 roku Zmawiający ogłosił wynik postępowania, wybrał ofertę wykonawcy Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni, Łużycka 3C, 81-537 Gdynia.

24 grudnia 2014 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1, 180 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na: zaniechaniu równej, wszechstronnej i szczegółowej oceny oferty Young

Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni w sposób pozwalający na stwierdzenie jej niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), zaniechaniu odrzucenia oferty Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni mimo jej niezgodności z treścią SIWZ, wyborze oferty złożonej w Postępowaniu przez Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni mimo przesłanek do jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni pomimo zaistnienia przesłanek do jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz poprzez zaniechanie przeprowadzenia rzetelnego badania i oceny całości tej oferty pod kątem zgodności z treścią SIWZ,
2) naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania oferentów i zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji,
3) naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni prowadzący do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienia czynności wyboru oferty Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, ponownego zbadania
i oceny ofert ważnych i nie podlegających odrzuceniu w Postępowaniu, wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Odwołującego, a ponadto: obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:
W dniu 16 grudnia 2014 r. Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie i zawiadomił uczestników o jego wyniku. Zgodnie z treścią zawiadomienia Zamawiającego: oferta złożona przez Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie z oferowaną ceną brutto 13.383.115,25 zł została odrzucona, oferta złożona przez Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni z oferowaną ceną brutto 7.995.000,00 zł uzyskała zgodnie z kryterium wyboru ofert 100 pkt i została uznana za najkorzystniejszą, oferta złożona przez Odwołującego COMBIDATA Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni z oferowaną ceną brutto 10.398.462,00 zł uzyskała zgodnie z kryterium wyboru ofert 76,89 pkt, konsorcjum firm: American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie i Transfer Leaming Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zostało wykluczone z udziału w Postępowaniu a jego oferta z oferowana ceną brutto 6.445.000,00 zł została odrzucona.

Spośród złożonych w Postępowaniu ofert, w ocenie Odwołującego jedynie jego oferta była ważna i nie podlegająca odrzuceniu, oferta zaś wykonawcy Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni uznana w Postępowaniu za najkorzystniejszą winna zostać odrzucona.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Generalnie można

przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający i które opisał w SIWZ, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności z wymaganiami Zamawiającego) (KIO 264/14). Realizacja dyspozycji

art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniona jest, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny a dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (przy czym chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty), a możliwe jest wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób konkretnie w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami, walorami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego. Zastosowanie rozpatrywanego przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W rozpoznawanej sprawie, zgodnie z treścią pkt 9 str. 15 załącznika nr 3 do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SOPZ), stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ i jednocześnie załącznik nr 1 do umowy, w zakresie Zadania 1 i Zadania 2 Zamawiający wymagał dostarczenia przez wykonawcę 1 szt. serwera do zarządzania backupem do montażu w szafie 19” lub serwera blade do montażu w obudowie blade o m.in. następujących minimalnych parametrach i minimalnym wyposażeniu:
„Procesor - Zainstalowane procesory min. sześciordzeniowe. Procesory zapewniające osiągnięcie przez dowolny testowy serwer wyniku 417 pkt w konfiguracji dwuprocesorowej w teście SPECint_rate_base2006. Wymagana jest obecność protokołu potwierdzającego osiągnięty wynik na stronie: www.spec.org. Liczba procesorów: 2"

Odwołujący wskazał, że Zamawiający oczekiwał w związku z cytowanym SIWZ podania przez wykonawców w ofercie konkretnego oferowanego rozwiązania sprzętowego, którego konfiguracja uwzględniać miała m.in. procesor zapewniający osiągnięcie przez dowolny testowy serwer benchmarku (wyniku relacyjnego) na poziomie 417 pkt w sprecyzowanym przez Zamawiającego teście, a opisowi oferowanego rozwiązania sprzętowego towarzyszyć miały wydruki z uzyskania odpowiednich wyników ze strony www.spec.org.
Podkreślenia w tym miejscu wymaga po pierwsze, że rozpatrywane ostanowienie nie uległo modyfikacji w toku postępowania ani też nie było kwestionowane przez któregokolwiek z wykonawców biorących w nim udział, po drugie zaś odnosi się do zakresu zaciąganego przez wykonawcę zobowiązania, stanowiącego treść jego oferty sensu stricto, nie zaś dokumenty przedmiotowe, a w związku z tym nie podlega uzupełnieniu.
Wykonawca Young Digital Planet S.A. zastrzegł wprawdzie jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa tę część swojej oferty, która zawierała opis oferowanego serwera, w tym w szczególności typ zastosowanego procesora, nie mniej jednak Odwołujący, bazując na swojej wiedzy i doświadczeniu jest zdania, że optymalnym rozwiązaniem, które mogło zostać zaoferowane w odpowiedzi na wymogi opisane w SIWZ był serwer marki Hewlett-Packard, przy czym Odwołujący wskazuje, że z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że procesorem zaoferowanym przez Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni mógł być procesor typu E5-2620 v2, który jednakże nie spełnia wymogu osiągnięcia przez dowolny testowy serwer wyniku w teście SPECint-rate_base2006 na poziomie co najmniej 417 pkt, w celu natomiast osiągnięcia wymaganego wyniku testu należało zastosować co najmniej procesor typu E5-2630 v2. Zachodzi zatem uzasadniona wątpliwość co do tego, czy Zamawiający należycie zbadał w tym zakresie ofertę Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni pod kątem jej zgodności z SIWZ, w szczególności czy stwierdził obecność wymaganych protokołów, które jak dowodzi Odwołujący nie mogły być przedstawione z uwagi na nieadekwatność osiąganego przez wskazany typ procesora wyniku testu w stosunku do minimalnych parametrów sformułowanych w SIWZ przez Zamawiającego
Dowód:

1. protokół SPEC_CINT2006_Result dla procesora Inte! Xeon E5-2620 v2 w konfiguracji dwuprocesorowej (2 chips), procesorów 6-rdzieniowych (6 cores) dla serwera

Hewlett-Packard Company Pro Liant DL380p Gen 8 potwierdzający wynik SPECint_rate_base2006 na poziomie jedynie 414 pkt

2. protokół SPEC_CINT2006_Resu!t dla procesora Intel Xeon E5-2630 v2 w konfiguracji dwuprocesorowej (2 chips), procesorów 6-rdzieniowych (6 cores) dla serwera

Hewlett-Packard Company Pro Liant DL380p Gen 8 potwierdzający wynik SPECint_rate_base2006 na poziomie 487 pkt

3. wnioskowane przeprowadzenie na rozprawie testu online CPU SPECint_rate_base2006 na stronie www.soec.oro dla zaoferowanego przez Young Digital Planet S.A. procesora w konfiguracji dwuprocesorowej, procesorów 6-rdzeniowych dla dowolnego testowego serwera, o którym mowa w pkt 9 zał. Nr 3 do SOPZ
4. wnioskowane przeprowadzenie na rozprawie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność, że zaoferowany przez Young Digital Planet S.A. procesor w konfiguracji dwuprocesorowej, procesorów 6- rdzeniowych dla dowolnego testowego serwera, o którym mowa w pkt 9 zał. Nr 3 do SOPZ, nie osiąga w teście SPECint_rate_base2006 wyniku co najmniej 417 pkt

W przypadku jednoznaczności SIWZ, iż potwierdzenie parametrów musi wynikać z testu produktu zgodnie z protokołem generowanym ze strony www.spec.org, to pomijając podnoszoną kwestię niepodlegającego uzupełnieniu charakteru oferty w tym zakresie, wymogu tego nie można zastąpić przykładowo oświadczeniem przedstawiciela producenta, a oferta pozbawiona wymaganych elementów winna podlegać negatywnej merytorycznej weryfikacji. To na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia oferty zgodnie z wymogami SIWZ i wykazania, iż oferowany przedmiot odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Skoro z informacji uzyskanej w wyniku przeprowadzenia testu na www.spec.org wynika, iż procesor w określonej konfiguracji ma inne parametry w zakresie osiąganych rezultatów pracy niż to wynika z treści SIWZ, to niewątpliwie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Young Digital Planet S.A. {por. KIO 1361/13).
W tym miejscu należy wskazać, że w związku z utajnieniem interesującej Odwołującego części oferty Young Digital Planet S.A. w zakresie ww. serwera Odwołujący ma trudności w skutecznej kontroli prawidłowości czynności Zamawiającego w toku Postępowania, istnieje jednakże duże prawdopodobieństwo, że Zamawiający nie rozważał wskazanych okoliczności i nie oceniał ich na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty, nie ma jednak zdaniem Odwołującego żadnych przeszkód do weryfikacji wskazanego uchybienia przez samego Zamawiającego w związku z wniesieniem niniejszego odwołania lub na rozprawie.
Odwołujący podnosi, że dwukrotnie bezskutecznie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie do wglądu oferty Young Digital Planet S.A., wskazując że żądane informacje niezbędne są w celu oceny spełnienia warunków określonych w Specyfikacji

Istotnych Warunków Zamówienia, a w związku z tym poznanie jakichkolwiek danych w zakresie szerszym niż wskazany, tj. w szczególności w zakresie ceny oferowanego serwera jest zbędne i jako takie nie jest objęte treścią wniosku, informacje takie mogą zostać usunięte z udostępnionej kopii stosownej części oferty Young Digital Planet S.A. Ponadto wskazywał, że wobec złożonego charakteru przedmiotu zamówienia, ograniczenie zakresu żądania do specyfikacji technicznej wyłącznie jednego serwera nie rodzi obawy skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa Young Digital Planet SA, a dodatkowo, że charakterystyka techniczna pojedynczego serwera nie może przedstawiać samodzielnie wartości handlowej, zaoferowany serwer nie jest rozwiązaniem autorskim Young Digital Planet SA, dobór komponentów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego był standardowy, a informacje na temat modelu i specyfikacji serwera dostępne są w sferze publicznej na stronie internetowej producenta i mogłyby zostać uzyskane przez każdego zainteresowanego w zwykłej, dozwolonej drodze.
Dowód: wniosek z dnia 19.12.2014 r.; wniosek z dnia 22.12.2014 r. precyzujący wniosek z dnia 19.12.2014 r.
Na marginesie - treść wyłonionej w toku Postępowania oferty stanowić będzie załącznik do

umowy w sprawie zamówienia publicznego, która podlega udostępnieniu na zasadach ogólnych zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 782). Decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz, że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu. Tym samym zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (KI01016/12). Wskazana wyżej bierność Zamawiającego w udzieleniu na wniosek Odwołującego jakichkolwiek informacji przesądzać o naruszeniu poza wyżej wskazanymi zarzutami dodatkowo art. 8 ust. 1 Pzp. Podkreślenia wymaga, w związku z podniesioną już wyżej kwestią nieuprawnionego odstąpienia przez Zamawiającego od wszechstronnego i dokładnego zbadania oferty Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni, że nastąpiło naruszenie zasady równego traktowania oferentów i zapewnienia równego dostępu do zamówienia wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Wobec zaś zasadności poprzednich zarzutów,

zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty prowadzący do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy uznać należy za oczywisty.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego, złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu i która została sklasyfikowana na drugiej pozycji, a Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Young Digital Planet SA z siedzibą w Gdyni, która to oferta nie spełnia wymagań SIWZ, W tej sytuacji działania i zaniechania Zamawiającego podjęte z naruszeniem przepisów Pzp a mające wpływ na wynik Postępowania pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i związanego z tym zarobku, co prowadzi do powstania po stronie Odwołującego szkody majątkowej, w szczególności w postaci utraconych korzyści.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 grudnia 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdził Zamawiający na posiedzeniu z udziałem Stron postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni, Łużycka 3C, 81-537 Gdynia. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo

zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 23 grudnia 2014 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 24 grudnia 2014 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania.

Zamawiający złożył na posiedzeniu pismo z 12 stycznia 2014 roku zatytułowane *Odpowiedź na odwołanie* wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba dopuściła dowody wskazane i załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych

w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Załączniku nr 1 do umowy – Szczegółowy opis przedmiotu umowy (SOPU)w punkcie 9 - 1 szt. serwera do zarządzania backupem do montażu w szafie 19” lub serwer blade do montażu w obudowie blade o następujących minimalnych parametrach i minimalnym wyposażeniu: (…) Procesor - zainstalowane procesory min. Sześciordzeniowe,. Procesory zapewniające osiągnięcie przez dowolny testowy serwer wyniku 417 pkt. w konfiguracji dwuprocesorowej w teście SPECint_rate_base2006. Wymagana jest obecność protokołu potwierdzającego osiągnięty wynik na stronie :www.spec.org.

Zamawiający odtajnił pismem z dnia 7 stycznia 2014 roku część oferty Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdyni, Łużycka 3C, 81-537 Gdynia.

Izba zwarzyła:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* oraz a także art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* i art. 7 ust. 3 – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy* - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując

Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić

z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Kluczowym dla rozpoznania tej sprawy jest rozstrzygnięcie w zakresie rozumienia postanowień zawartych w SIWZ w Załączniku nr 1 do umowy SOPU w punkcie 9 dla procesora. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z przedstawianą przez Odwołującego interpretacją, test procesora oferowanego miał być dokonany na oferowanym serwerze natomiast zgodnie z interpretacją postanowień SIWZ dokonaną przez Zamawiającego i uczestnika postępowania, test procesora oferowanego miał być dokonany na dowolnym testowym serwerze.
Uwzględniając argumentację Zamawiającego odwołującą się do innego punktu opisu (pkt 7), gdzie Zamawiający podał opis zamówienia dla 4 sztuk serwerów kasetowych przez określenie wymagań dla procesora: *procesory zapewniające osiągnięcie przez oferowany*

serwer w wyniku 615 pkt w konfiguracji dwuprocesowej w teście SPEC…, uznać należy, że Zamawiający odmiennie opisał wymagania co do sprzętu w zakresie prowadzenia testów, co prowadzi również do wniosku, że Zamawiający rozróżniał w SOPU sposób przeprowadzenia wymaganych testów. Dodatkowo należy zaznaczyć, że w pkt 8 SOPU, również Zamawiający wskazał na dowolny testowy serwer – z czego Odwołujący wnioskował wymienny sposób używania pojęć „dowolny testowy serwer" i „oferowany serwer", a z czym Izba się nie zgadza. W ocenie Izby, używanie pojęć „dowolny testowy serwer" i „oferowany serwer" wprost i w sposób jednoznaczny wskazuje na to, że są to różne pojęcia i nie można stosować ich wymiennie jak również na to, że dowolny testowy serwer nie oznacza oferowanego serwera. Zatem dla potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego wykonawca obowiązany był załączyć test potwierdzający uzyskanie przez oferowany procesor na dowolnym testowym serwerze 417 punktów, natomiast zaoferować obowiązany był procesor, którego test przeprowadził. W zakresie oferowanego serwera SWIZ nie nakładała obowiązku oferowania serwera, na którym procesor był testowany. Wskazać należy i podkreślić, że nie było w SIWZ w punkcie 9 SOPU określonego wymagania, że zaoferowana konfiguracja serwera i procesora miała spełniać wymagania w zakresie wyniku testu procesora. Test przeprowadzony miał być dla procesora na dowolnym testowym

serwerze.
Tym samym zaoferowany przez uczestnika postępowania odwoławczego procesor Intel Xenon E5-2620v2 spełnia wymagania Zamawiającego tzn. osiągnął w wymaganym teście 417 punktów na dowolnym testowym serwerze, którym był ProLiant BL 460c Gen8 – czym spełnił wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Nie było natomiast sporne między stronami postępowania, że uczestnik postępowania odwoławczego zaoferował serwer HP DL380p Gen8 12-LFF CTO Chassis oraz procesor E5-2620v2, który w tej konfiguracji osiąga w wymaganym teście 414 punktów, co potwierdzone zostało w załączonych do odwołania wydrukach wymaganych testów. W ocenie Izby wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ zostały spełnione, a zaoferowany procesor i serwer spełnia wymagania Zamawiającego.
Reasumując nie potwierdziło się naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez Zamawiającego. Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców*

na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków *dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia, w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Odwołujący nie wykazał aby Zamawiający dokonywał oceny ofert w oparciu o nieistniejące wymagania jak również nie wykazał aby dokonywał oceny ofert w różny sposób w stosunku do różnych wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).
Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Zaznaczyć należy, ze Odwołujący cofnął wnioski dowodowe o: przeprowadzenie na rozprawie testu online CPU SPECint_rate_base2006 na stronie www.soec.oro dla zaoferowanego przez Young Digital Planet S.A. procesora w konfiguracji dwuprocesorowej, procesorów 6-rdzeniowych dla dowolnego testowego serwera, o którym mowa w pkt 9 zał. Nr 3 do SOPZ oraz o przeprowadzenie na rozprawie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność, że zaoferowany przez Young Digital Planet S.A. procesor w konfiguracji dwuprocesorowej, procesorów 6- rdzeniowych dla dowolnego

testowego serwera, o którym mowa w pkt 9 zał. Nr 3 do SOPZ, nie osiąga w teście SPECint_rate_base2006 wyniku co najmniej 417 pkt.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne* wskazać należy, że Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2014 roku odtajnił częściowo ofertę uczestnika postępowania odwoławczego, co potwierdza, że w kwestionowanej przez Odwołującego części nieuprawnionym było objecie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący kwestionował mimo nieujawnienia informacji o jakie wnioskował treść oferty uczestnika postępowania a na rozprawie odniósł się do odtajnionych dokumentów, jakie Zamawiający przekazał mu wraz z odpowiedzią na odwołanie. W realiach tej sprawy, choć zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Izba uznaje za zasadny, jego uwzględnienie nie ma wypływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 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 ze zmianami).

Przewodniczący: ……