

**WYROK**  
z dnia 26 września 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 września 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **14 września 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **NEWMND sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Klecińska 125, 54-413 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnika Wroclawska, Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **OPTeam S.A. z siedzibą w Jasionce, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje:**

- 1) unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonać ponownej oceny ofert;
- 3) odrzucić oferty wykonawcy OPTeam S.A.

**2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego OPTeam S.A. z siedzibą w Jasionce, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **NEWMND sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Klecińska 125, 54-413 Wrocław**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez wykonawcę **OPTeam S.A. z siedzibą w Jasionce, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka** na rzecz wykonawcy **NEWMND sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Klecińska 125, 54-413 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający **Politechnika Wroclawska, Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa oraz instalacja infrastruktury legitymacji i klucza w ramach projektu RPO 2.1 pn.: „Budowa bezpiecznej sieci transmisji danych PWR.Net na terenie Politechniki Wrocławskiej”«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **15.06.2012 r.** pod nrem **2012/S 113-187137**.

Zamawiający zawiadomił **05.09.2012 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy OPTeam S.A. z siedzibą w Jasionce, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka.

Wykonawca **NEWND sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Klecińska 125, 54-413 Wrocław**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **14.09.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp przez prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą OPTeam negocjacji dotyczących treści oferty oraz przez dokonywanie zmian w treści oferty złożonej przez wykonawcę OPTeam;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy OPTeam;
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców podczas oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
- 4) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy OPTeam;

3

- 
- 5) nakazanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Oferta uznana za najkorzystniejszą powinna być na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucona.

Zarzut 1

Zamawiający w rozdz. V ust. 4 specyfikacji w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez niego, zobowiązał wykonawców do wskazania w specyfikacji technicznej (załącznik 6 do specyfikacji) co najmniej oferowanego modelu, nazwy producenta i wymaganych parametrów.

Ponadto warunek ten został przez zamawiającego doprecyzowany w rozdz. VI ust. 2 specyfikacji, gdzie zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do jednoznacznego określenia zaoferowanych w ofercie (w załączniku nr 6 do specyfikacji) produktów, charakteryzując je przez wskazanie np.: na konkretny wyrób, nazwanie, określenie marki, modelu, znaku towarowego, nazwy producenta oraz innych przypisanych wyłącznie temu produktowi cech. Wykonawca OPTeam w złożonej przez siebie ofercie nie wskazał w pozycji Sieciowy Moduł kryptograficzny (str. 23 oferty) ww. wymaganych danych oferowanego przez siebie produktu. Brak jest zatem wskazania na konkretny wyrób, nazwanie, określenie marki, modelu, znaku towarowego, nazwy producenta.

Wykonawcy zobowiązani byli wskazać dla tej pozycji asortymentowej liczbę licencji klienckich. Wymóg w tym zakresie został określony przez zamawiającego „co najmniej 10”. Tymczasem wykonawca OPTeam nie skonkretyzował w odniesieniu do ww. pozycji oferowanego produktu, oferowanej liczby licencji klienckich. Przy wskazaniu wymaganej liczby licencji klienckich wykonawca ten wpisał jedynie cyt.: „co najmniej 10 ???”.

Zamawiający w trakcie oceny ofert zauważył wskazane powyżej uchybienia i pismem z 1 sierpnia 2012 r. wezwał wykonawcę OPTeam do wskazania modelu i producenta sieciowego modułu kryptograficznego HSM oraz do wskazania liczby oferowanych licencji klienckich modułu HSM.

Wykonawca OPTeam na wezwanie zamawiającego pismem z 1 sierpnia 2012 r. wskazał producenta i model zaofertowanego sieciowego modułu kryptograficznego – „SafeNet, model Luna SA 5” oraz liczbę licencji klienckich – „10”.

Zdaniem odwołującego zamawiający w sposób nieuprawniony powołując się na przepis art. 26 ust. 4 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę OPTeam do uzupełnienia poprawienia treści swojej oferty.

4

W świetle orzecznictwa i piśmiennictwa odwołujący podkreśla, że specyfikacja techniczna (Załącznik 6 do specyfikacji) stanowi treść oferty. Tak jak wskazał skład orzekający w wyroku z 12 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 934/11): „Zdaniem Izby, wymagane podanie: typu/modelu maszyn i urządzeń, nazw producenta, z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 89 ust. pkt 2 ustawy Pzp, pozwalających na odrzucenie oferty w przypadku gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowi w tym znaczeniu treść oferty.

Za istotne warunki zamówienia w rozumieniu art. 66 § 1 Kc w związku z art. 14 Pzp, należy przyjmować postanowienia umowy odnoszące się do określenia jej *essentialia negotii*, jak: przedmiot umowy, sposób wykonania zamówienia, wynagrodzenie, warunki jakościowe. Wymaganie podania typu/modelu maszyn i urządzeń wpisuje się więc w określenie oferowanego przez wykonawcę świadczenia, jego istotnych parametrów technicznych i właściwości opisanych w dokumentacji technicznej”.

Wyjaśnienia – co także podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie – muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie i ta procedura wyjaśnień nie może prowadzić w konsekwencji do nieuprawnionego uzupełnienia treści oferty.

Działania zamawiającego w sposób rażąco naruszają wynikający z art. 87 ust. 1 Pzp zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści złożonej oferty, prowadząc jednocześnie do dokonywania, niedopuszczalnych w świetle ww. przepisu zmian w treści złożonej oferty.

Zamawiający postanowieniami specyfikacji w sposób jednoznaczny nałożył na wykonawców obowiązek konkretyzacji produktów w złożonej ofercie. Niedopełnienie tego obowiązku nie może zostać konwalidowane przy wykorzystaniu instytucji wyjaśnień treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż prowadziłyby do niedopuszczalnych zmian w treści złożonej oferty. Niedopuszczalność konkretyzacji zobowiązań wykonawcy wynikających z oferty w drodze wyjaśnień treści specyfikacji potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z 20 października 2010 r., sygn. akt KIO 2173/10 Izba stwierdziła: „[...] postanowienia opisu przedmiotu zamówienia określające parametry zamawianego sprzętu były ogólnymi wskazaniem i powinny one zostać skonkretyzowane w postanowieniach oferty. Tymczasem odwołujący, wbrew temu co twierdził, nie wskazał konkretnego modelu oferowanego urządzenia, ale nazwy handlowe rodziny sprzętu, na którą składa się wiele różnych modeli charakteryzujących się różnymi parametrami funkcjonalnymi. Tym samym ewentualne wezwanie do wyjaśnień, skierowane do odwołującego, prowadziłyby do istotnych zmian w treści złożonej przez niego oferty”. Podobnie w wyroku z 6 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2493/11 Krajowa Izba Odwoławcza w sposób jednoznaczny wypowiada się w kwestii niedopuszczalności korzystania z instytucji

5

wyjaśnień w celu doprecyzowania treści złożonej oferty: „Z treści oferty musi jasno i w sposób nie budzący wątpliwości wynikać, co jest przedmiotem oferty. Konieczny jest więc taki poziom precyzji oferty, który pozwala na ocenę oferty w zakresie zgodności rozwiązań (produktów) oferowanych przez wykonawcę z tymi, wymaganymi przez odwołującego. Poziom ogólności oferty w zakresie oferowanych produktów nie może być tak duży, jak ma to miejsce w przypadku odwołującego, że pozytywne zweryfikowanie oferty odwołującego wymagałoby przyjęcia przez zamawiającego założenia, że przedmiot zamówienia odpowiada treści specyfikacji. Co oczywiste, taki zabieg jest niedopuszczalny, podobnie jak niedopuszczalne jest jej doprecyzowanie w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. W istocie, w niniejszym postępowaniu odwołujący opisał oferowane produkty w taki sposób, że albo część elementów tych produktów opisanych przez zamawiającego w specyfikacji nie

znalazła odzwierciedlenia w produktach zaoficerowanych przez odwołującego albo też opis tych produktów jest na tyle ogólny, że jedynie sam odwołujący wie, jaki produkt w istocie zaoficerował. Takie działanie odwołującego w istocie dyskwalifikuje jego ofertę”.

Oferta, składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest oświadczeniem woli wykonawcy, z którego wynika zakres zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy (wyrok z 14 maja 2009 r. KIO/UZP 570/09, KIO/UZP 571/09). Skoro zatem zakres zobowiązań wykonawcy nie został w ofercie sprecyzowany, zgodnie z wymaganiami specyfikacji, oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji.

Treść oferty nie może podlegać zmianom i uzupełnieniom, za wyjątkiem przypadków wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp ograniczonych do niewielkich zmian i poprawek. Jednakże braku wskazania z nazwy produktu nie można traktować jako »nieistotnej omyłki« czy nieistotnej kwestii, nie tylko na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, ale również ogólnie kodeksu cywilnego, bowiem nazwy te określają zobowiązanie (przedmiot świadczenia) wykonawcy, tj. że wykonawca zobowiązuje się dostarczyć zamawiającemu. Brak wskazania wyrobu w treści oferty nie może podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ bez dodatkowego oświadczenia ze strony wykonawcy OPTeam, stanowiącego ingerencję w treść oferty złożonej w terminie składania ofert, zamawiający nie miałby jakichkolwiek przesłanek by uznać, że oferta potwierdza spełnianie tych wymagań.

Tak jak podkreśliła Izba w wyroku z 27 kwietnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 758/12; KIO 774/12): „W przypadku artykułów gospodarstwa domowego odwołujący się nie podał żadnych informacji w zakresie typu, modelu i producenta oferowanego asortymentu. Zamawiający nie nabył więc żadnej wiedzy na temat tego, jaki sprzęt zamierzał dostarczyć odwołujący. Brak jakichkolwiek informacji powoduje, że zamawiający nie ma żadnej

6

---

możliwości poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezależnie od powyższego Izba stoi na stanowisku, że brak powyższych danych w ogóle nie może być zakwalifikowany jako omyłka”.

Dopuszczenie przez zamawiającego do dookreślenia przez wykonawcę OPTeam przedmiotu oferty, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, po upływie terminu składania ofert, stawia tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji. Przez umożliwienie mu przygotowania oferty w dłuższym niż inni wykonawcy okresie zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

W zaistniałym stanie faktycznym zamawiający w sposób rażąco naruszył art. 87 ust. 1 Pzp przez prowadzenie z wykonawcą niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści oferty, a w konsekwencji dokonanie niedopuszczalnych zmian w treści oferty złożonej przez wykonawcę OPTeam oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji.

#### Zarzut 2

Oferta złożona przez wykonawcę OPTeam powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp również ze względu na niespełnienie wymagań dotyczących czytnika kart.

Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia dla pozycji „Czytnik kart” wymagał, aby czytnik został dostarczony łącznie z podstawką biurkową tego samego producenta. Z treści oferty złożonej przez wykonawcę OPTeam nie wynika spełnianie tego wymogu (strona 23 oferty). Treść oferty nie wskazuje, że podstawka jest tego samego producenta co czytnik kart, brak jest również danych na temat modelu, numeru i innych cech konkretyzujących ten produkt. W konsekwencji oferta nie zawiera danych pozwalających na stwierdzenie, że jej treść w ww. zakresie odpowiada treści specyfikacji i że wykonawca OPTeam dostarczy w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia podstawkę tego samego producenta, co czytnik Gemalto PC-USB TR.

Odwołujący zgodnie z wywodem zaprezentowanym przy zarzucie nr 1 podkreśla, że informacja dotycząca modelu, producenta podstawki nie podlega uzupełnieniu i stanowi podstawę odrzucenia oferty wykonawcy OPTeam na mocy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

### Zarzut 3

Zgodnie z pkt 4.5.1 lit. o Opisu Przedmiotu Zamówienia specyfikacji zamawiający wymagał, aby „Sprzęt oraz elementy nie powinny być starsze niż 6 miesięcy od daty dostawy”.

Z informacji uzyskanych od producenta zaofertowanego zestawu komputerowego wynika, że komputer DELL Optiplex 980 został wycofany z produkcji ponad 18 miesięcy

7

---

temu. Tym samym wykonawca OPTeam zaferował urządzenie, które nie spełnia ww. warunku na tej podstawie oferta wykonawcy OPTeam na mocy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp powinna być odrzucona.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **14.09.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **17.09.2012 r. (poniedziałek)** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca **OPTeam S.A z siedzibą w Jasionce, Tajęcina 113, 36-002** Jasionka – **20.09.2012 r.** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości **21.09.2012 r.** (art. 185 ust. 4 Pzp).

Przystępujący po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw do uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego **25.09.2012 r.** (art. 186 ust. 4 Pzp).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:**

- 1) (dowód nr 1) pismo z 7 września 2012 r. producenta Dell stwierdzające, że oferowany komputer Dell OptiPlex 980 został wycofany z produkcji ponad 18 miesięcy temu;  
dowodów złożonych przez przystępującego:
- 2) (dowód nr 2) specyfikacja komputera oferowanego przez odwołującego Dell OptiPlex 990 – wydruk z Internetu ze strony producenta;
- 3) (dowód nr 3) tabelaryczne zestawienie parametrów wymaganych przez zamawiającego, zaofertowanych przez przystępującego oraz zaofertowanych przez odwołującego, z zestawienia wynika, że odwołujący zaferował płytę główną z portami PCI str. 16 pkt 5 lit. k oferty;
- 4) (dowód nr 4) pismo producenta SafeNet na dowód, że oferowane urządzenie w 100% odpowiada wyspecyfikowanemu przez zamawiającego i przystępującego w ofercie;

8

- 
- 5) (dowód nr 5) pismo producenta Dell na dowód, że jest tylko jeden komputer spełniający wymagania zamawiającego  
– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego. Na zastrzeżenia przystępującego, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu i dlatego odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, skład orzekający Izby stwierdza, że dopóki oferta wykonawcy nie zostanie odrzucona lub uznana za odrzuconą, to wykonawca ma interes we wnoszeniu odwołania o rozpoznawanej treści. Decyzja o odrzuceniu oferty należy do zamawiającego i zamawiający może podjąć taką decyzję w trakcie badania ofert na podstawie wielu przesłanek, które nie

mogły być analizowane na rozprawie, gdyż odrzucenie oferty odwołującego nie było przedmiotem odwołania. Wynika to z treści przepisu art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp przez prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą OPTeam negocjacji dotyczących treści oferty oraz przez dokonywanie zmian w treści oferty złożonej przez wykonawcę OPTeam – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozdz. V ust. 4 specyfikacji zobowiązał wykonawców do wskazania w specyfikacji technicznej (załącznik 6 do specyfikacji) co najmniej oferowanego modelu, nazwy producenta i wymaganych parametrów.

Przystępujący nie wskazał w ofercie, w pozycji dotyczącej Sieciowego Modułu kryptograficznego (str. 23 i n. oferty) wymaganych danych oferowanego przez siebie produktu dotyczących wskazania na konkretny wyrób oferowanego modelu i nazwy producenta, a jedynie wskazał spełnienie wymaganych parametrów.

9

---

1 sierpnia 2012 r. zamawiający, w trakcie badania ofert, zażądał wyjaśnień odnośnie oferowanego modelu i nazwy producenta. Zamawiający, po uzyskaniu wyjaśnień, zakwalifikował zaoferowane urządzenie, jednak zdaniem składu orzekającego Izby dokonał tego z naruszeniem art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp, gdyż nic nie wskazywało na możliwość dokonania zmiany treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp. Również podczas rozprawy przystępujący nie wykazał, że pominięcie nazwy producenta i modelu wyrobu jest wynikiem oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, a więc jest możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp.

Oferta musi odpowiadać treści specyfikacji i wskazywać, co jest przedmiotem oferty zwłaszcza w zakresie wyspecyfikowanych żądań zamawiającego. W rozpoznawanym przypadku wykonawca nie wskazał w ofercie czynnika istotnego dla zamawiającego, bo żądanego do wykazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – rozdz. V ust. 4 specyfikacji. Nie można tak istotnych danych uzupełniać przez udzielenie prostych wyjaśnień do oferty. Podobnie np. wyrok KIO z 6 grudnia 2011 r., sygn. akt 2493/11.

Ponadto w ramach tego samego zarzutu odwołujący argumentował swoje odwołanie zamieszczeniem przez przystępującego w ofercie na str. 24 w lit. g informacji o oferowanej liczbie klienckich, cyt. „co najmniej 10 ???”. Jest to sytuacja, gdy zamawiający może zastosować właśnie przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, bo w ofercie są zbędne znaki zapytania, jednak dokonanie takiej czynności powinno nastąpić po wcześniejszym zażądaniu wyjaśnień, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. Tym niemniej w dokumentacji brak jest śladu, że zamawiający uznał ten element oferty jako oczywistą omyłkę pisarską, zgodnie z art. 87 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zdaniem składu orzekającego Izby zawarte w ofercie wyrażenie cyt. „co najmniej 10” licencji nie jest sprzeczne w swojej treści z wymogiem zaoferowania cyt. „co najmniej 10” licencji. Dlatego zamawiający mógł przyjąć takie oświadczenie, jako spełnienie swojego wymagania.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 2 Pzp przez dokonywanie zmian w treści oferty złożonej przez przystępującego – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy OPTeam – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał w rozdz. VI ust. 2 specyfikacji aby wykonawca jednoznacznie

określenia marki, modelu, znaku towarowego, nazwy producenta oraz innych cech przypisywanych wyłącznie temu produktowi.

Przystępujący w swojej ofercie zaoferował podstawkę biurkową do czytnika kart bez wskazania producenta mimo takiego wymagania, które zostało ogólnie zawarte w rozdz. VI ust. 2 specyfikacji oraz na str. 11 w uwadze pod ust. 5 lit. f.5 w zał. nr 6 do specyfikacji.

Ponadto zamawiający wymagał na str. 56 w ust. 4.5.1 lit. o Opisu przedmiotu zamówienia, aby oferowane urządzenia nie były starsze niż 6 miesięcy od daty dostawy.

Natomiast przystępujący zaoferował sprzęt, który nie jest produkowany od 18 miesięcy. Jednocześnie przystępujący tłumaczy, że tak dawno wyprodukowane urządzenie można nabyć nawet u producenta oraz że tylko to urządzenie spełnia wszystkie wymagania zamawiającego.

Zdaniem składu orzekającego Izby wykonawcy spotykając się z problemem niespójności w specyfikacji między wymaganiami osiągnięci parametrów i innych uwarunkowań np. daty wyprodukowania sprzętu powinni zwrócić się do zamawiającego, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp, o wyjaśnienie treści specyfikacji, a nawet o zmianę treści specyfikacji.

Przystępujący nie zwrócił się o wyjaśnienia treści specyfikacji i ignorując wymagania zamawiającego określone w specyfikacji złożył ofertę na przedmiot w jednym z istotnych elementów (data produkcji) niezgodny z wymaganiami zamawiającego.

W związku z tym stwierdzeniem przystępującego i odwołującego skład orzekający Izby uważa, że oferta nie spełnia wymagania zamawiającego i podlega odrzuceniu, a odwołanie jest zasadne.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu – zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak tylko spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, gdyż zamawiający najpierw, po badaniu ofert, dokonuje odrzucenia ofert, na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp, a dopiero następnie dokonuje oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp. W rozpoznawanym przypadku zamawiający wybrał ofertę przystępującego, mimo że podlegała ona odrzuceniu, co zostało wykazane powyżej.

W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu – zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców podczas oceny ofert złożonych w postępowaniu nie został wykazany i w związku z tym zarzut ten podlega oddaleniu.

Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 pkt 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony za wyjątkiem załączników nr 2, 3, 4 i 5, gdyż dowód nr 2 jest tylko wydrukiem ze strony internetowej, dowód nr 3 nie odnosi się do rozpoznawanych zarzutów, a dowody nr 4 i 5 zostały złożone w języku obcym bez tłumaczenia na język polski.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....