

WYROK
z dnia 18 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2013 r. przez wykonawcę **COMP S.A, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **J..... M.....**, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **GALAXY JACEK MICHAŁSKI, ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra,**
- B. wykonawcy **EXON Computer Systems A..... J..... Sp.k., ul. Widok 16, 87-100 Toruń,**
- C. wykonawcy **UNICOM Sp. z o.o., ul. Umińskiego 6, 03-984 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża COMP S.A, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez COMP S.A, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od COMP S.A, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.**

KIO 2552/13 1

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

Przewodniczący:

KIO 2552/13 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup serwerów dla Oddziałów Regionalnych, Biur Powiatowych oraz Centrali ARiMR wraz z usługą serwisową”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej „zamawiający”) wykonawca COMP S.A. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, mimo i odpowiada ona treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści zło onej oferty,

3. art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez bezzasadne wykluczenie odwołującego, mimo i nie złoł nieprawdziwych informacji,
4. art. 7 ust. 1, poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 października 2013 r. zamawiający wskazał, że opiera swoją decyzję o odrzuceniu oferty na jednym z zarzutów odwołania wniesionego przez Exon (odrzuconego postanowieniem z dnia 17 października 2013 r., sygn. akt. KIO 2364/13) oraz na materiałach uzyskanych od producenta sprzętu Huawei, jednak nie ujawnił tych materiałów. Wskazał, że zamawiający wywiódł na tej podstawie, że odwołujący zaoferował w ofercie serwery Huawei model Tecal RH1288 V2, w których wymiana wentylatora odbywa się przy wyłączonym serwerze, podczas gdy zgodnie z SMZ wymiana wentylatora ma być możliwa przy włączonym serwerze.

Odwołujący oświadczył, że zaoferowany w ofercie serwer typu 1 - Huawei model Tecal RH1288 V2 - ma możliwość wymiany wentylatorów podczas pracy serwera (funkcjonalność hot - swap), a nadto, że dysponuje materiałami wydanyymi przez Huawei,

KIO 2552/13 3

z których wynika, że zaoferowany w ofercie serwer posiada możliwość wymiany wentylatora podczas pracy całego systemu (serwera). Załączył do odwołania oświadczenie Huawei.

Wskazał, że zgodnie z pkt 5.6. (Wymiana wentylatorów) Tecal RH1288 V2 Server Maintenance Guide „Serwer RH1288 V2 ma siedem wentylatorów, które można wymieniać podczas pracy systemu (ang. Hot - swappable) oraz wspiera awarię jednego wentylatora.” Funkcjonalność hot - swap umożliwia podłączanie lub odłączanie urządzeń peryferyjnych do urządzenia przy włączonym zasilaniu.

W ocenie odwołującego warunek określony w pkt 4.1. ppkt 15 SMZ - wymagania dla pojedynczego serwera typu 1 „redundantne wentylatory z możliwością wymiany podczas pracy serwera” - został spełniony przez oferowane przez niego urządzenie.

Podniósł, że przesłanka odrzucenia oferty, określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp aktualizuje się jedynie w przypadku, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zaoferował rozwiązanie niezgodne z treścią SMZ, przy czym niezgodność ta musi dotyczyć sfery niezgodności wymagania SMZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podał, że zamawiający nie wezwał go do złożenia wyjaśnień, chociaż – zdaniem odwołującego – w okolicznościach tej sprawy powinien, nawet jeśli obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty nie jest wprost sformułowany w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdził, że w przypadku, gdy następstwem braku wezwania miałyby być niekorzystne konsekwencje dla wykonawcy, wystosowanie żądania o wyjaśnienie treści złożonej oferty staje się obowiązkiem zamawiającego (powołał się na: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 12, Warszawa 2012, Legalis), a tak e orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 992/09, KIO/UZP 307/10, KIO/UZP 1915/10, KIO 1222/12, KIO 890/12).

Odwołujący wskazał, że zamawiający, podejmując arbitralną decyzję o odrzuceniu jego oferty bez wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pozbawił odwołującego możliwości obrony swojej oferty. Podniósł, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp jest uzasadnione również z tego względu, i przy poprzedniej czynności badania i oceny ofert zamawiający nie widział podstaw do odrzucenia oferty odwołującego i uznał ją za najkorzystniejszą.

Odwołujący podał tak e, że zamawiający uznał, że odwołujący powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ informacja

oświadczeniu złożonym w ofercie odwołującego, potwierdzająca, sprzęt zgodnie z wymaganiami SIWZ jest nieprawdziwa, co miało bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

KIO 2552/13 4

Odwołujący stwierdził jednak, że w związku z tym, że zaoferował rozwiązanie, które jest zgodne z wymaganiami SIWZ, nie została spełniona przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. nie zostały złożone nieprawdziwe informacje, a jego wykluczenie na tej podstawie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, odwołania z dnia 31 października 2013 r., pisma przystępującego Exon Computer Systems A..... J..... Sp.k. z dnia 14 listopada 2013 r., a także stanowisk stron i przystępujących (przystępujący J..... M.....), prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GALAXY J..... M..... nie stawiał się) zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną mianowicie poniesienia szkody przez odwołującego.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z najniższą ceną, co biorąc pod uwagę fakt, że cenę zamawiający przypisał 100% znaczenie (Rozdział XIII pkt 1 SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i odwołującego z udziału wykluczenia w postępowaniu oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty odwołującego i jego wykluczenia oraz poddania oferty odwołującego ponownemu badaniu i ocenie, a zatem dałoby mu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedło onej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a także z dokumentacji przedło onej Izbie na rozprawie w oryginale:

1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”),
2. Odpowiedzi zamawiającego z dnia 17 czerwca 2013 r. (znak: ZP-403-DZP-2610-15/IH/2013) na pytania złożone w toku postępowania przez wykonawców (potwierdzenie wymogu co do wentylatorów z mianowicie wymiany podczas pracy serwera),
3. Oferty odwołującego w szczególności Formularza Ofertowego,
4. Pisma zamawiającego z dnia 23 października 2013 r. o wyniku powtórnego badania

KIO 2552/13 5

- i oceny ofert, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego (znak: ZP-297-DZP-2610-15/IH/2013),
5. Korespondencji z dnia 9 listopada 2013 r. (7:45) i 11 listopada 2013 r. (20:22:36) pomiędzy S..... J..... (pracownik zamawiającego, obecny na rozprawie pełnomocnik zamawiającego) a Eric Yang z Huawei,
6. str. 56-59 Instrukcji obsługi (Maintenance Guide) serwera Tecal RH1288 V2, złożonej przez przystępującego Unicom Sp. z o.o. w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski,
7. „Oceny parametrów technicznych i funkcjonalności serwera Tecal RH 1288 V2 firmy Huawei” z dnia 13 listopada 2013 r. opracowanej przez dr inż. A..... S..... – Stowarzyszenie Elektryków Polskich. uznając ją za stanowisko przystępującego Unicom Sp. z o.o.

Ze względu na wymóg składania dokumentów przedstawianych w języku obcym

wraz z ich tłumaczeniem na język polski (§ 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – Dz.U. Nr 48, poz. 280) skład orzekający Izby nie dopuścił dowodu z certyfikatów przedłożonych przez odwołującego jedynie w języku angielskim i języku chińskim.

Zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego, mimo i odpowiada ona treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, pismem z dnia 23 października 2013 r. (przesłanym wykonawcom, w tym odwołującemu - faksem w dniu 24 października 2013 r.), poinformował, że w wyniku powtórnego badania i oceny ofert odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp złożoną przez odwołującego ofertę, podając w uzasadnieniu tej czynności, że odwołujący zaoferował serwery Huawei Tecal RH1288 V2, w których wymiana wentylatora odbywa się przy wyłączonym serwerze, co jest niezgodne z wymogiem SIWZ co do wymiany wentylatora przy włączonym serwerze.

Wymóg, który stał się podstawą odrzucenia oferty odwołującego został wskazany w Rozdziale I SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia* pkt 4.4.1. pozycja 15 – dla serwerów typu I oraz pkt 4.4.2. pozycja 16 – dla serwerów typu II i brzmiał: „Redundantne wentylatory z możliwością wymiany podczas pracy serwera”.

Zaoferowanie przez odwołującego w przypadku serwera typu 1 modelu Huawei Tecal RH1288 było bezsporne (w przypadku serwera typu 2 odwołujący zaoferował inny model,

KIO 2552/13 6

tj. Huawei Tecal RH2288).

Postanowieniem Rozdziału X SIWZ *Opis sposobu przygotowania oferty* pkt 1 zamawiający zażądał złożenia oferty wg wzoru Formularza Ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Według opracowanego przez zamawiającego wzoru, wykonawcy w przeznaczonych do tego kolumnach (obok kolumny zawierającej wskazanie poszczególnych, minimalnych parametrów wymaganych przez zamawiającego) mieli wpisać oferowane parametry dla serwerów typu 1 (tabela).

W złożonej ofercie – w Formularzu Ofertowym odwołujący w przypadku serwera typu 1 (poz. 15 tabeli Formularza) wpisał: „Redundantne wentylatory z możliwością wymiany podczas pracy serwera”.

Zamawiający w Rozdziale III pkt 2 *Termin wykonania zamówienia* zażądał, w ramach realizacji zamówienia, świadczenia usług serwisowych przez okres 36 miesięcy od daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego, o którym mowa w § 4 ust. 10 wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ). W § 6 ust. 1 wzoru umowy zamawiający wskazał: „Usługi Serwisowe świadczone będą przez Sprzedawcę, a Opieka Serwisowa zapewniana będzie przez producenta Oprogramowania przez okres 36 miesięcy począwszy od dnia podpisania przez Kupującego bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Końcowego, o którym mowa w § 4 ust. 10 Umowy”.

Twierdzenie o zaoferowaniu serwerów z możliwością wymiany wentylatorów podczas pracy serwerów odwołujący oparł na załączonym do odwołania oświadczeniu Huawei Polska Sp. z o.o. z dnia 15 października 2013 r., w którym odnośnie do zakwestionowanej przez zamawiającego funkcjonalności serwera typu 1 P..... T..... oświadczył: „zaoferowane serwery typu 1 (Huawei model Tecal RH1288 V2) mają możliwość wymiany wentylatorów podczas pracy serwera (funkcjonalność hot-swap)”.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ procedura wymiany wentylatora opisana w dokumencie *Maintenance Guide* na str. 56-59 jednoznacznie wskazuje na konieczność wyłączenia - w pierwszej kolejności - serwera (krok 1) i jego włączenia (krok 11) po wykonaniu wszystkich pozostałych czynności (kroki 2-10), co jest niezgodne z wymogiem zamawiającego, ponieważ oczywiste jest, że wyłączenie serwera oznacza, że serwer nie pracuje do czasu jego ponownego włączenia.

W ocenie składu orzekającego Izby bez znaczenia pozostaje fakt, czy i w jaki sposób (w sposób odmienny od wskazanego w *Maintenance Guide*) wymiany wentylatorów podczas pracy serwera mogłaby dokonać osoba legitymująca się odpowiednim przeszkoleniem lub certyfikatami, ponieważ wymóg zamawiającego został postawiony bez związku

z kwalifikacjami osoby, która wymiany będzie dokonywać.

Dostrzeżenie bowiem wymaga, aby w świetle wymogu świadczenia serwisu przez

KIO 2552/13 7

wykonawcę „jedynie” w okresie 36 miesięcy od daty podpisania Protokołu Odbioru Końcowego, po upływie tego okresu zamawiający może nie dysponować osobą legitymującą się odpowiednim przeszkoleniem lub certyfikatami, a tym samym będzie zdany – zgodnie z *Maintenance Guide* – na wyłączenie serwera w celu wymiany wentylatora. Z tego względu, a także z uwagi na brak możliwości przeprowadzenia dowodów w warunkach pracy serwera u zamawiającego (przy konkretnym obciążeniu), zamontowanego w opisanej przez zamawiającego szafie RACK skład orzekający Izby odmówił przeprowadzenia zgłoszonych przez odwołującego dowodów (oględziny, film, biegły) – z uwagi na ich nieprzydatność spowodowałyby jedynie zwłokę w rozstrzygnięcia sprawy.

Potwierdzeniem konieczności wyłączenia serwera – co najmniej przez pracownika zamawiającego (S..... J..... – pełnomocnik zamawiającego, pracownik zamawiającego, który skierował zapytanie) jest udzielona w korespondencji mailowej w dniu 11 listopada 2013 r. godz. 20:22:36 odpowiedź Erica Yang z Huawei: „Proponujemy wymienić wentylator po wyłączeniu zasilania systemu”.

Skład orzekający Izby, posilkując się „Oceną parametrów technicznych i funkcjonalności serwera Tecal RH 1288 V2 firmy Huawei” z dnia 13 listopada 2013 r., opracowaną przez dr inż. A..... S....., którą skład orzekający Izby uznał za stanowisko przystępującego Unicom Sp. z o.o. uznał, że wymiana wentylatorów przy działającym serwerze w szczególności przez pracowników zamawiającego (co nastąpić może po upływie 36 miesięcznego serwisu) byłoby sprzeczne z regułami serwisowania sprzętu teleinformatycznego i zasadami bezpieczeństwa w sytuacji, gdy prace te byłyby wykonywane wbrew procedurze opisanej przez producenta urządzenia w instrukcji obsługi (*Maintenance Guide*).

W ocenie składu orzekającego Izby bez znaczenia w tym stanie rzeczy pozostaje sposób rozumienia funkcjonalności „hot-swap” przez odwołującego, czy producenta urządzenia – Huawei, przy czym argumentacja odwołującego (serwis prowadzony przez osoby odpowiednio przeszkolenie lub z odpowiednimi certyfikatami) zdaje się raczej wskazywać, że w rozumieniu odwołującego funkcjonalność „hot-swap” może być co najwyżej „dostępna” serwisantom odwołującego, jednak bez poszanowania procedury wskazanej w instrukcji obsługi zaoferowanego serwera.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO 2552/13 8

Zarzut zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego, wyrażane tak wielokrotnie przez Izbę (w tym w przywołanych w odwołaniu wyrokach Izby), że rzetelne wykonywanie przez zamawiającego obowiązku prowadzenia postępowania, w szczególności na etapie badania i oceny oferty, wymaga odwołującego od wykonawcy wyjaśnień co do treści złożonej oferty zwłaszcza w sytuacji, gdy ich brak prowadzi do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego Izby żądanie od odwołującego wyjaśnień było tym bardziej uzasadnione, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w postanowieniach SIWZ nie żądał złożenia wraz z ofertą jakichkolwiek dokumentów na potwierdzenie, oferowane urządzenia posiadają deklarowane parametry, a podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego oparł się jedynie na dokumentach pozyskanych przez samego zamawiającego (w toku innego postępowania odwoławczego), bez możliwości odniesienia się do nich przez odwołującego.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (w zakresie wymiany wentylatora podczas pracy serwera) zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut bezzasadnego wykluczenia odwołującego, mimo i nie złożył nieprawdziwych informacji, czy zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji uznania (zarzut pierwszy), że w przypadku zaoferowanych przez odwołującego serwerów typu 1 nie ma możliwości wymiany wentylatora podczas pracy serwera skład orzekający Izby uznał, że informacja zawarta w Formularzu Ofertowym w pozycji 15 (tabela – serwer typu 1) jest nieprawdziwa, a tym samym zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Pomimo uwzględnienia zarzutu zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści zło onej oferty skład orzekający Izby oddalił odwołanie, ponieważ odrzucenie oferty odwołującego było zasadne, wobec czego wskazane zaniechanie nie miało wpływu na wynik prowadzonego przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa postępowania przetargowego.

KIO 2552/13 9

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

KIO 2552/13 10