Sygn. akt: KIO 1795/13

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2013 r. Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2013 r. przez Odwołującego - wykonawcę **IT.expert Sp. z o.o., 02 – 486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 176** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Komisji Nadzoru Urząd Finansowego, 00 – 950 Warszawa, pl. Powstańców Warszawy 1,**

przy udziale:
A. wykonawcy **Comparex Poland sp. z o.o., 02 – 231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183** oraz
B. wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., 02 – 337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie - na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych - oferty wykonawcy Comparex Poland sp. z o.o. z Warszawy oraz nakazuje ponowną ocenę ofert dla wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, 00 – 950 Warszawa, pl. Powstańców Warszawy 1,i:**
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **IT.expert Sp. z o.o., 02 – 486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 176** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2 zasądza od Zamawiającego **- Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego, 00 – 950 Warszawa, pl. Powstańców Warszawy 1** na rzecz wykonawcy **IT.expert Sp. z o.o., 02 – 486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 176** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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 **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1795/13 Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa środowiska backupu." Zdaniem Odwołującego – IT. expert Sp. z o.o. z Warszawy w tym postępowaniu Zamawiający – Urząd Komisji Nadzoru Finansowego z Warszawy naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem bezpodstawnie zaniechał odrzucenia ofert wykonawców: (1) Content Networks sp. z o.o., z Warszawy, (2) Devoteam S.A. z Warszawy, (3) Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., z

Warszawy, oraz COMPAREX Poland sp. z o.o. z Warszawy (dalej „COMPAREX"). Zdaniem Odwołującego oferty wskazanych wykonawców powinny zostać odrzucone z uwagi na niezgodność ich treści z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami w Postępowaniu (zwanej dalej „SIWZ"), z uwagi na niezaoferowanie przez wykonawców wymaganych Dodatkowych Urządzeń określonych. Wskazał również na ewentualne naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, albowiem te oferty mogą również zawierać błędy w obliczeniu ceny. Jego zdaniem, Zamawiający naruszył również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zaniechał wezwania wykonawców do wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, w tym postępowaniu naruszono art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zaniechano wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ i dokonano wyboru oferty, która nie była najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Odwołujący w odniesieniu do oferty wykonawcy COMPAREX wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdził, że wykonawca ten nie złożył wszystkich wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń. Wskazał również na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na niezachowanie przez wykonawcę COMPAREX formy pisemnej, tj. bez podpisu oferenta, a w konsekwencji na naruszenie art. 7 ust. 1 tej ustawy z uwagi na przeprowadzenie przedmiotowego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia ofert

---

każdego z wykonawców oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a jeżeli Zamawiający nie może zwiększyć kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, wykonawca wniósł o unieważnienie postępowania. Wniósł również o zwrot kosztów postępowania odwoławczego. Odwołujący stwierdził również, że (…)) posiada interes we wniesieniu odwołania. W przypadku zaniechania wniesienia środka ochrony prawnej, Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Ponadto, uwzględnienie zarzutów Odwołującego czyni ofertę Odwołującego najkorzystniejszą ofertą złożoną w Postępowaniu, co w przypadku możliwości zwiększenia kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, umożliwi Odwołującemu uzyskanie zamówienia". W uzasadnieniu odwołania podał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przesłanka ta zachodzi m.in. wtedy, gdy wykonawca w złożonej przez siebie w postępowaniu ofercie nie uczynił zadość wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ. Dalej podał, że zgodnie z pkt 3.1.1. załącznika 1 przedmiotem zamówienia jest rozbudowa istniejącego środowiska tworzenia kopii zapasowych (backup) UKNF, który obejmuje: (1) dostawę licencji oraz sprzętu zgodnie ze specyfikacją określoną w pkt. 2 i 3 Załącznika nr 1 do Projektu Umowy - Załącznik nr 2 do SIWZ; (2) wykonanie usług określonych w pkt. 4 Załącznika nr 1 do Projektu Umowy - Załącznik nr 2 do SIWZ; oraz zapewnienie 36-cio miesięcznego wsparcia technicznego na zasadach określonych w pkt. 5 Załącznika nr 1 do Projektu Umowy - Załącznik nr 2 do SIWZ. Wskazując na załącznik nr 1 wykonawca podał, że Zamawiający zgodnie z pkt 2.3.1. wymagał także dostarczenia 4 szt. kart NIC lOGbE: 2-portowych optycznych kompatybilnych z serwerami IBM X3650M3 oraz serwerem operacyjnym RHEL 5/6 oraz Windows Server 2008R2 wraz z transceiverami SFP+, a zgodnie z pkt 2.3.2.- 20 szt. pamięć RAM do serwerów IBM x3350 - moduły 2GB oraz zgodnie z pkt 2.3.3. - 40 szt. pamięć RAM do serwerów IBM x3650 - moduły 8GB". Wskazani wykonawcy w ofertach zaoferowali dostarczenie jedynie dwóch (2) szt. urządzenia typu Wirtualna Biblioteka Taśmowa (VTL) o pojemności nie mniej 70TB powierzchni netto każda oraz dwóch (2) szt. urządzenia typu Wirtualna Biblioteka Taśmowa (VTL) o pojemności nie mniej niż 30TB powierzchni netto każda, (zwanych dalej „Bibliotekami"). Zdaniem Odwołującego, wykonawcy zignorowali

---

wymóg dostarczenia urządzeń wymienionych w ppkt 2.3.1., 2.3.2. i 2.3.3. powyżej (zwanych dalej „Dodatkowymi Urządzeniami") i nie zastosowali się do wyraźnego żądania Zamawiającego dostarczenia mu Dodatkowych Urządzeń - w znajdującej się w formularzu ofertowym tabeli dot. Urządzeń i de facto zobowiązali się dostarczyć jedynie Biblioteki. Konstrukcja ww. tabeli pozwalała na wpisanie większej ilości rodzajów urządzeń, niż same Biblioteki. Jego zdaniem, dwóch spośród sześciu wykonawców biorących udział w Postępowaniu (Odwołujący i ADT Group sp. z o.o.) prawidłowo odczytało wymagania OPZ i zaoferowali dostarczenie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego urządzeń, zaś pozostali czterej wykonawcy - nie spełnili wymogu Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, złożone oświadczenie woli, dotyczy tylko dostawy Bibliotek, bez Dodatkowych Urządzeń, których dopiero suma stanowi Sprzęt wymagany przez Zamawiającego. Zamawiający w precyzyjny sposób wskazał na Dodatkowe Urządzenia, co spowodowało, że Zamawiający nie był zobligowany do opisywania Dodatkowych Urządzeń tak szczegółowo, jak uczynił to w przypadku Bibliotek w pkt 3 OPZ. Nadmienił, że według „Uniwersalnego słownika języka polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN S.A., 2006 urządzenie to „mechanizm lub zespół mechanizmów, służący do wykonania określonych czynności, ułatwiający pracę; przyrząd, maszyna". Mając na uwadze przytoczoną definicję, niewątpliwym jest, że zarówno Biblioteki, jak i Dodatkowe Urządzenia w rozumieniu języka polskiego są urządzeniami. Wykonawcy oferując jedynie Biblioteki, nie spełnili wymogu postawionego im przez Zamawiającego w SIWZ. W konkluzji stwierdził, że wykonawcy zobowiązali się w swoich ofertach do wykonania jedynie części przedmiotu zamówienia (tj. do dostarczenia tylko części sprzętu wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ), zatem oferta każdego z Wykonawców była niezgodna z treścią SIWZ. Jego zdaniem, w tym zakresie nie jest możliwe zastosowanie art. 87 us.1 ustawy Pzp, albowiem (…) Zadeklarowanie dostarczenia Dodatkowych Urządzeń w toku Postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. 2 Ustawy niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1 i 2 dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Nie jest tym samym dopuszczalne uznanie faktu niezaoferowania przez Wykonawców dostarczenia Dodatkowych Urządzeń za omyłkę w treści oferty i poprawienie jej np. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, gdyż dokonanie poprawy musiałoby się wiązać ze zmianą przedmiotu oferty". Odwołujący z ostrożności podniósł także, że oferta każdego z

---

wykonawców powinna zostać odrzucona, jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Powołując się na orzecznictwo wykonawca stwierdził, że (…) wadliwość oferty polegająca na skalkulowaniu ceny w taki sposób, że nie obejmuje ona całości zamówienia, należy traktować, jako błąd w obliczeniu ceny". Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert, wykonawca podał, że Zamawiający w pkt 1 OPZ wymagał, aby by przedmiot zamówienia obejmował m.in. zapewnienie 36 miesięcznego wsparcia technicznego na zasadach określonych w punkcie 5 OPZ. Dalej w ppkt 5.1.3. wymagał, aby w zakresie usług Opieki Technicznej znajdowała się naprawa zgłaszanych błędów, a w wymienionym, pkt 1 aby przedmiot zamówienia obejmował wykonanie usług wskazanych w pkt 4 OPZ, który z kolei nakazuje dokonania modernizacji środowiska backupu Zamawiającego zgodnie z założeniami określonym w pkt 7 OPZ. W pkt 7 OPZ, by modernizacja środowiska backupu UKNF zakładała aktualizację oprogramowania Net Backup do najnowszej wersji (aktualnie 7.5.0.4) oraz migrację licencji Symantec NetBackup do wersji pojemnościowej (tzw. platform base). Powołał się także na odpowiedź na pytanie nr 1 [„Pytania i odpowiedzi do SIWZ" z dnia 13 czerwca 2013 r., DAI/WA/231/15/39/2013/DL] zgodnie z którą Zamawiający wymagał, aby (…) zakup wsparcia technicznego dla licencji na oprogramowanie był przedmiotem zamówienia w Postępowaniu, o ile jest to warunkiem dla realizacji zamówienia poprzez rozwiązanie oferowane przez Wykonawcę. W przypadku dostarczenia Bibliotek i licencji Symantec USA (zwanej dalej „Symantec"), które to Biblioteki i licencje wszyscy wykonawcy biorący udział w Postępowaniu zadeklarowali się dostarczyć, by móc dokonywać naprawy zgłaszanych błędów, należy wykupić odpowiednie

wsparcie techniczne Symantec (zwane dalej „Maintenance"). Niemożliwym jest naprawienie zgłoszonych błędów w oprogramowaniu Symantec bez posiadania Maintenance, ponieważ tylko Symantec może dokonywać ingerencji w kod źródłowy oprogramowania, wykonawca może co najwyżej poprawiać ogólne funkcjonalności z poziomu użytkownika". Powołując się na informację dystrybutora produktów Symantec - Arrow Ecs sp. z o.o., Odwołujący stwierdził, że (…) wiedział, które z licencji posiadanych przez Zamawiającego nie mają zapewnionego Maintenance i tym samym mógł zaoferować Maintenance umożliwiające spełnienie wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ i w przypadku wyboru oferty Odwołującego jako

---

najkorzystniejszej w Postępowaniu - realizację zamówienia". Podkreślił, że informacje, które uzyskał Odwołujący od Arrow Ecs sp. z o.o., są dostępne dla każdego partnera Symantec i można je uzyskać także od innych dystrybutorów produktów Symantec. Jego zdaniem, (…) Odwołujący nie ma pewności, czy składając oferty Wykonawcy uwzględnili konieczność zapewnienia Maintenance dla licencji tak oferowanych przez Wykonawców, jak i już posiadanych przez Zamawiającego, a będących częścią systemu informatycznego Zamawiającego (zwanego dalej „Systemem"). Z uwagi na to, że ceny ofert złożonych przez Wykonawców są znacznie niższe od cen ofert Odwołującego i ADT Group sp. z o.o., Odwołujący powziął wątpliwość, czy kwoty ofert Wykonawców zawierają w sobie wynagrodzenie za konieczny do spełnienia ww. wymogów Zamawiającego Maintenance. Zamawiający powinien zadać pytanie Wykonawcom, czy w ramach złożonych przez siebie ofert w Postępowaniu zapewniają Maintenance dla licencji składających się i mających się składać na System". Dalej podał, że (…) W przypadku uzyskania pozytywnej odpowiedzi na pytanie, o którym mowa w poprzednim zdaniu, Zamawiający powinien wezwać Wykonawców do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ponieważ ceny ofert złożonych przez Wykonawców mogą stanowić ceny rażąco niskie". Zastosowanie wskazanych procedur byłoby wypełnieniem zobowiązań, wynikających z art. 87 ust.1 oraz z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku udzielenia negatywnych odpowiedzi przez wykonawców, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Zamawiający miałby kolejną przesłankę do odrzucenia ofert Wykonawców z uwagi na niezgodność treści ofert Wykonawców z treścią SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wnoszący odwołanie podkreślił, że jedynym kryterium, którym kierował się Zamawiający dokonując wyboru oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, była cena. Zamawiający uznał, że najkorzystniejszą ofertą złożoną w Postępowaniu jest oferta COMPAREX, której cena wynosi 3.444.000,00 zł brutto. Cena ta jednak nie zawiera wynagrodzenia COMPAREX za Dodatkowe Urządzenia oraz - jak przypuszcza Odwołujący - za Maintenance. Zawiera jedynie wynagrodzenie należne COMPAREX za dostawę licencji i Bibliotek oraz za wykonanie usług wymienionych w Punkcie 4 OPZ, które - jak wyżej wspomniano - nie mogą być wykonane bez Maintenance. Tymczasem kwota 5.123.000,00 zł brutto, na którą opiewa oferta Odwołującego, zawiera: wynagrodzenie za dostarczenie Bibliotek, wynagrodzenie za

---

wykonanie usług wymienionych w pkt 4 OPZ, wynagrodzenie za dostarczenie Dodatkowych Urządzeń, oraz wynagrodzenie za zapewnienie Maintenance, które pozwoli spełnić wymagania Zamawiającego określone w Punkcie 5 podpunkt 5.1.3. OPZ oraz Punkcie 4, a w konsekwencji 7 OPZ. Wykonawca zauważył, że cena tylko za Dodatkowe Urządzenia, które zaoferował Odwołujący, wynosi 75.974,64 zł brutto i oczywistym jest, że Odwołujący oferując zgodny z wymaganiami Zamawiającego, a jednocześnie szerszy zakres usług niż COMPAREX oraz pozostali wykonawcy, zawarł w swojej ofercie wyższą cenę. Dalej podał, że (…) Podana przez Odwołującego cena jest wynikiem dążenia przez Odwołującego do spełnienia oczekiwań Zamawiającego określonych w SIWZ. Odwołujący słusznie założył, że złożona przez niego oferta musi czynić zadość wymaganiom Zamawiającego i kalkulując cenę uwzględnił wynagrodzenie należne mu za spełnienie ww. wymagań, nie zaś za jedynie ich część, jak uczyniła to COMPAREX oraz pozostali Wykonawcy. Zaniechanie odrzucenia oferty COMPAREX oraz ofert pozostałych Wykonawców

oznaczało też dokonanie wyboru oferty COMPAREX niebędącej najkorzystniejsza oferta złożoną w Postępowaniu".

Odnośnie oferty wykonawcy Comparex wnoszący odwołanie podniósł dodatkową argumentację, co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz dodatkowy zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W pierwszym przypadku podał, że w ofercie tego wykonawcy (str. 4-8 oferty) nie zamieszczono wszystkich oświadczeń wymaganych w Formularzu ofertowym i tym samym wykonawca Comparex m.in. nie zaakceptował wszystkich postanowień zawartych w SIWZ, nie zobowiązał się do zawarcia umowy, opracowanej w oparciu o istotne postanowienia umowy, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, nie oświadczył, że oferowane przez niego usługi spełniają wszystkie wymagania określone w SIWZ, nie określił również, czy zamierza zlecić realizację części zamówienia podwykonawcom. Wskazując na 87 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca podkreślił, że niedopuszczalnym jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści złożonej w postępowaniu oferty i tym samym (…) COMPAREX złożył ofertę, która jest niezgodna z SIWZ i którą należy bezwzględnie odrzucić. Podkreślił ponadto, że (…) oferta COMPAREX nie została podpisana przez tego wykonawcę, co oznacza, iż podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy jako niezgodna z Ustawą, tj. złożona bez zachowania formy pisemnej, wymaganej stosownie do treści

---

art. 82 ust. 2 Ustawy. Jak wynika z art. 78 § 1 k.c., do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli".

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Comparex Poland sp. z o.o. z Warszawy [wykonawca Comparex] oraz wykonawca Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z Warszawy, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawca Comparex w piśmie procesowym dodatkowo stwierdził, że nie zgadza się z argumentacją odnośnie braku wyszczególnienia w formularzu ofertowym podzespołów określonych w pkt 2.3 załącznika nr 1 do umowy albowiem zarówno formularz ofertowy jak i załącznik rozróżnia w sposób jednoznaczny i konsekwentny urządzenia od dodatkowych podzespołów (dodatkowego wyposażenia). Formularz stanowi bowiem, że w tabeli należy wymienić tylko oferowane urządzenia, zdefiniowane w pkt. 2.1 załącznika nr 1 do Umowy. Zgodnie z tym pkt w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca dostarczy Zamawiającemu: „dwie (2) szt. urządzenia typu Wirtualna Biblioteka Taśmowa (VTL) o pojemności nie mniej 70 TB powierzchni każda, w konfiguracji opisanej w pkt 3 oraz dwie (2) szt. urządzenia typu Wirtualna Biblioteka Taśmowa (VTL) o pojemności nie mniej 70 TB powierzchni każda, w konfiguracji opisanej w pkt 3". W pkt 2.3 Zamawiający nie posługuje się pojęciem „urządzenia", co oznacza, że w tabeli wskazanej w formularzu ofertowym należało wpisać tylko i wyłącznie nazwę i model Wirtualnej Biblioteki Taśmowej, a nie było wymaganym przez Zamawiającego zamieszczenie w tej tabeli podzespołów w postaci pamięci RAM do serwerów IBM czy kart NIC 10GbE. Przystępujący stwierdził również, że w jego ofercie na stronie 5 znajduje się oświadczenie, że w ramach ceny 3.094.188,00 zł brutto „wykona przedmiot zamówienia, o którym mowa 3.1.1 ppkt 1 i 2 SIWZ". Zgodnie natomiast z pkt 3.1.1 ppkt 1 i 2 SIWZ: „przedmiotem zamówienia jest rozbudowa istniejącego środowiska tworzenia kopii zapasowych (backup) UKNF. Podał również, że przedmiot zamówienia obejmuje: (1) dostawę licencji oraz sprzętu ze specyfikacją określoną w pkt 2 i 3 załącznika nr 1 do Projektu Umowy - załącznik nr 2 do SIWZ; (2) Wykonanie usług określonych w pkt 4 załącznika nr 1 do Projektu Umowy - załącznik nr 2 do SIWZ. Oznacza to, że przedmiotem oferty są nie tylko urządzenia w

---

postaci Urządzeń typu Wirtualna Biblioteka Taśmowa (VTL), ale także dodatkowe podzespoły w postaci modułów pamięci RAM i kart NIC 10GbE, które to elementy zostały uwzględnione w cenie. Tym samym jego zdaniem nie zasadnym jest

odnoszenie, że treść oferty wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ lub zawiera błąd w obliczeniu ceny. Także zdaniem wykonawcy, następny zarzut dotyczący braku wsparcia technicznego (Maintenance) jest niezasadny, albowiem (…) Sam fakt, iż Uczestnik postępowania zaoferował realizację zamówienia za cenę niższą nie oznacza, iż oferta ta nie obejmuje Maintenance spełniającego wymagań Zamawiającego. Różnice w cenie wynikają z naturalnej gry rynkowej i dążenia wykonawców do uzyskania zamówienia oraz warunków finansowych uzyskanych od dystrybutora produktów Symantec. Comparex Poland sp. z o.o. jako członek międzynarodowej korporacji informatycznej korzysta z dużych rabatów zakupowych wynikających z umów ramowych zawieranych pomiędzy grupą Comparex a poszczególnymi producentami, co jednocześnie przekłada się na cenę, jaką Uczestnik postępowania mógł zaoferować w tym postępowaniu. Uczestnik postępowania potwierdza, iż zaoferowana przez niego cena obejmuje wszelkie produkty i usługi wyszczególnione w S1Wś, w tym w szczególności Maintenance spełniający wymagania Zamawiającego". Tym samym Zamawiający nie naruszył ani przepisu art. 87 ust. 1 ani art. 91 ust. 1 Pzp. Odnośnie zarzutu wadliwości formy oferty wykonawca stwierdził, że na stronie 4 oferty znalazło się oświadczenie, zgodnie z którym „przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego nr DAI/WZP/231/15/2013 na „Rozbudowę środowiska backupu" oferuje realizację przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym, Uczestnik postępowania zaakceptował postanowienia SIWZ, zobowiązał się do zawarcia umowy oraz potwierdził, iż oferowane usługi odpowiadają wymogom określonym w SIWZ. Treść oferty stanowi oświadczenie wykonawcy, że wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Nie jest natomiast wymagane, aby zawierała oświadczenie o tym, że w całości i bez zastrzeżeń akceptuje siwz. Oferta może być uznana za nieodpowiadającą treści siwz wówczas, gdy jest wyraźnie sprzeczna z wymaganiami zamawiającego co do przedmiotu i sposobu wykonania zamówienia, co w niniejszej sprawie nie ma miejsca. śaden przepis ustawy Pzp nie przewiduje ani obowiązku, ani też uprawnienia służącego zamawiającemu, w oparciu o które zamawiający

---

miałby podstawę do żądania od wykonawców złożenia w treści oferty wyraźnego oświadczenia o tym, że akceptują oni bez zastrzeżeń treść siwz. Oświadczenie takie nie jest zamawiającemu do niczego potrzebne. Zatem brak dodatkowych oświadczeń nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, można jedynie mówić o niezgodności formy oferty, co nie skutkuje jednakże jej odrzuceniem. Co do braku oświadczenia o podwykonawstwie, Przystępujący wskazał na przepis art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, oświadczając, że jego zamiarem jest samodzielna realizacja zamówienia oraz podkreślając, że regułą wnioskowania prawniczego jest, że nie można wyjątków stosować rozszerzająco, a zasada i wyjątek od niej stanowią treść art. 7 ust. 3 i art. 36 ust. 4 Pzp. Także zarzut dotyczący braku podpisu pod ofertą jego zdaniem jest bezzasadny. Na pierwszej stronie formularza ofertowego znajduje się wzór podpisu p. Antoniego Pomykała, którym posługiwał się przy podpisaniu umowy. Na każdej stronie znajduje się jego podpis wraz z pieczątką identyfikującą go jako osobę podpisującą. Jest to wystarczające dla zachowania formy pisemnej oferty. Powołując się na orzecznictwo KIO podkreślił, że biorąc pod uwagę powyższe oraz odnosząc się do wyrażonego w art. 82 ust. 2 ustawy Pzp wymogu formy pisemnej dla sporządzenia oferty (przy czym jest to forma zastrzeżona pod rygorem nieważności), ustawa Pzp nie określa żadnych szczególnych wymagań dotyczących formy pisemnej, zatem zasadnym jest odwołanie się do zasad wynikających z przepisów prawa cywilnego (art. 14 ustawy Pzp), a w myśl przepisu art. art. 78 § 1 kodeksu cywilnego do zachowania formy pisemnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Przepis nie wskazuje natomiast, że podpis musi być sporządzony czytelnie, czy też, że musi być opatrzony pieczęcią imienną. Jego zdaniem podpis może być sporządzony nieczytelnie, przy czym powinna być spełniona naczelna zasada, jaką jest możliwość ustalenia, czyj podpis został złożony, albowiem podstawowym celem podpisu jest bowiem możliwość identyfikacji, kto złożył dane oświadczenie woli (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r. IV CSK 78/09).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, albowiem Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp

---

skierowany do oferty wykonawcy Comparex, a związany z brakiem w ofercie tego wykonawcy wszystkich oświadczeń wymaganych w Formularzu ofertowym.

Tak jak ustaliła Izba w odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zdaniem wnoszącego odwołanie Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Content Networks sp. z o.o., z Warszawy, Devoteam S.A. z Warszawy, Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., z Warszawy oraz COMPAREX Poland sp. z o.o. z Warszawy (dalej Comparex") w sytuacji, gdy treść ich ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz]. Jego zdaniem w tych ofertach tych wykonawców nie zostały wyspecyfikowane w tabeli urządzeń dodatkowe elementy wymagane pkt. 2.2.3. załącznika nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia [OPZ] i tym samym, zdaniem Odwołującego, oferty wskazanych wykonawców powinny zostać odrzucone z uwagi na niezgodność ich treści z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami [siwz]. Podniesiono również [ewentualne] naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, albowiem skutkiem wskazanej powyżej wady, te oferty mogą również zawierać błędy w obliczeniu ceny. Zdaniem Odwołującego w tym postępowaniu naruszony został również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający zaniechał wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień treści ofert. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że skutkiem powyższego w tym postępowaniu naruszono także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem dokonano wyboru oferty, niezgodnie z kryteriami, uznając ofertę wykonawcy Comparex za najkorzystniejszą w tym postępowaniu oraz art. 7 ust. 1 tej ustawy, z uwagi na przeprowadzenie przedmiotowego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący w odniesieniu do oferty wykonawcy Comparex, wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdził dodatkowo, że wykonawca ten nie złożył wszystkich wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń. Podniósł również dodatkowy zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem jego zdaniem nie została zachowana forma pisemna oferty, gdyż oferta ta jest bez podpisu oferenta.

Rozpoznając zarzuty z odwołania, Izba miała przede wszystkim na uwadze art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, którego strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki

---

prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontradyktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania. Przez fakt dowodzenia, jak podkreśla się w doktrynie, należy rozumieć wykazanie prawdziwości twierdzenia o fakcie, którym strona lub uczestnik posługując się zamierza uzasadnić żądanie lub zarzut strony [uczestnika postępowania odwoławczego] bądź, – co jest dopuszczalne przed Izbą - wykazać ich niezasadność. Co prawda ciężar udowodnienia danego twierdzenia – zgodnie z paremią rzymską (ei incubit probatio qui dicit non qui negat) - spoczywa na tej stronie [lub tym uczestniku postępowania], która przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na stronie [uczestniku], która twierdzeniu temu zaprzecza. Jednakże na gruncie ustawy Pzp w postępowaniu odwoławczym, to każdy z jej uczestników [strona bądź przystępujący wykonawca] powinien przejawiać inicjatywę dowodową w celu słusznej obrony, albo w celu potwierdzenia stawianych zarzutów. Izba, rozpatrując niniejszą sprawę, miała również na uwadze postanowienia specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, których literalna wykładnia, w pierwszej kolejności, musi mieć zastosowanie przy ocenie zgodności oferty ze specyfikacją.

Rozpoznając pierwszy z zarzutów naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, skierowany do oferty wykonawcy Content Networks sp. z o.o., Devoteam S.A. i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., oraz COMPAREX Poland sp. z o.o. Izba uznała, że ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem treść ofert tych wykonawcy odnośnie dodatkowych elementów wymaganych pkt. 2.2.3. odpowiada treści specyfikacji. W tym przypadku, Izba podzieliła pogląd zamawiającego i przystępującego wykonawcy Comparex, że specyfikacja – w formularzu oferty – wymagała, aby w tabeli wymienić tylko oferowane urządzenia, zdefiniowane w pkt. 2.1 OPZ, a mianowicie urządzenia typu Wirtualna Biblioteka Taśmowa, albowiem pkt 2.3 załącznika nie posługuje się pojęciem „urządzenia", co sugeruje Odwołujący, wprowadzając do odwołanie nowe pojęcie „Dodatkowe urządzenia". To oznacza, że w tabeli - w formularzu ofertowym - należało ograniczyć się tylko Wirtualnej Biblioteki

---

Taśmowej i nie było wymaganym przez Zamawiającego zamieszczenie w tej tabeli podzespołów w postaci pamięci RAM do serwerów IBM czy kart NIC 10GbE. Tak jak słusznie - w toku rozprawy - stwierdził Zamawiający i przystępujący wykonawca, czym innym, w rozumieniu niniejszej specyfikacji, jest sprzęt, a czym innym - urządzenia i podzespoły. W tym miejscu Izba – powołującą się także na doktrynę i orzecznictwo – stwierdza, że każdy zwrot użyty w specyfikacji powinien być przede wszystkim rozważany w kontekście danego stanu faktycznego. Nie bez znaczenia jest także okoliczność, że dane zamówienie dedykowane jest niewątpliwie przede wszystkim do profesjonalistów – podmiotów zdolnych wykonać dane zamówienie w wymaganym zakresie, a które to podmioty nie powinny zasłaniać się brakiem, nawet niedookreślonych - ich zdaniem - pojęć technicznych, co w niniejszej sprawie nie wystąpiło. Podkreślenia również wymaga, że wykonawca po złożeniu oferty nie może interpretować postanowień SIWZ w sposób rozszerzający w dostosowaniu do oferowanego produktu, czy wymagań formalnych ważnych z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty ze specyfikacją. Usuwanie wątpliwości powinno następować w trybie pytań kierowanych do zamawiającego na podstawie art. 38 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy wykonawca uznaje, że dane wymaganie może być rozumiane, co najmniej na dwa sposoby, albowiem tylko taki tryb pozwala na obiektywne ustalenie woli zamawiającego, [definitywne rozstrzygnięcie], co do danego postanowienia specyfikacji. W konsekwencji także kolejny zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp podlega oddaleniu. Jak ustalono wykonawca nie miał obowiązku ujęcia w tabeli dodatkowych elementów i tym samym Odwołujący nie może powoływać się na rażąco niską cenę w tych ofertach, tym bardziej, że z ich analizy oraz poszczególnych składników nie wynika, aby przy kalkulacji ceny oferty przyjęto tylko cenę zakupu urządzeń. Izba zwraca uwagę, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa istniejącego środowiska tworzenia kopii zapasowych (backup) UKNF, który obejmuje dostawę licencji oraz sprzętu ze specyfikacją określoną w pkt 2 i 3 i wykonanie usług z pkt 4 - załącznika OPS. Także zdaniem Izby, zarzut dotyczący braku wsparcia technicznego (Maintenance) jest niezasadny, albowiem przede wszystkim zarzut ten w związku z art. 190 ust.1 ustawy Pzp nie został nawet uprawdopodobniony. Z faktu realizacji zamówienia za cenę wyższą nie można wywodzić, że w innych ofertach nie zaoferowano, jakiegoś elementu zamówienia. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd wykonawcy Comparex, że różnice w cenie mogą wynikać przede wszystkim z warunków finansowych uzyskanych od dystrybutora produktów Symantec przez

---

wykonawcę, w tym przypadku Comparex Poland sp. z o.o., który jako członek międzynarodowej korporacji informatycznej może korzystać z dużych rabatów zakupowych wynikających z umów ramowych zawieranych pomiędzy grupą Comparex a poszczególnymi producentami, co jednocześnie przekłada się na cenę, jaką wykonawca może zaoferować w danym postępowaniu. Nie można również pomijać „naturalnej gry rynkowej", której celem jest dążenie wykonawców – obiektywne uzasadnione - do uzyskania zamówienia oraz. wymagania Zamawiającego". Tym samym także zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy

Pzp nie podlega uwzględnieniu, ponieważ Izba nie znajduje w okolicznościach niniejszej sprawy przedmiotu, co, do którego miałby powstać obowiązek zastosowania procedury wyjaśniającej na podstawie tego przepisu, jak również zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, albowiem - na tym etapie oceny zarzutów - wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został w oparciu o kryterium ceny – kryterium wynikającym ze specyfikacji.

Odnośnie dodatkowych zarzutów skierowanych do oferty wykonawcy Comparex Izba stwierdza, że nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem w ocenie Izby oferta została złożona w formie pisemnej [potwierdzona podpisem], wymaganej przepisami ustawy Pzp. Tak jak ustaliła Izba na pierwszej stronie formularza ofertowego znajduje się wzór podpisu p. Antoniego Pomykała, którym posługiwał się przy podpisaniu umowy, a na każdej jego stronie znajduje się podpis umocowanej osoby wraz z pieczątką identyfikującą osobę podpisującą. Zdaniem Izby jest to wystarczające dla zachowania formy pisemnej oferty. Także zdaniem Izby, ustawa Pzp nie określa żadnych szczególnych wymagań dotyczących formy pisemnej, zatem zasadnym jest odwołanie się do zasad wynikających z przepisów prawa cywilnego (art. 14 ustawy Pzp), a w myśl przepisu art. art. 78 § 1 kodeksu cywilnego do zachowania formy pisemnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Przepis ten nie wskazuje, że podpis musi być sporządzony czytelnie, czy też, że musi być opatrzony pieczęcią imienną, aczkolwiek w niniejszej sprawie spełniona została naczelna zasada, jaką jest możliwość ustalenia, czyj podpis został złożony [podstawowym celem podpisu jest, bowiem możliwość identyfikacji, kto złożył dane oświadczenie woli], albowiem bezspornie można, na podstawie wzoru podpisu jak i z pieczęci, dokonać takiej identyfikacji. W tym miejscu Izba stwierdza, że w niniejszej

---

sprawie zasadnicza wada oferty związana jest z niekompletnością formularza oferty. Brak jest, bowiem informacji ze str 7 i 8 wzoru tego formularza. Z tego też względu – tak jak wskazano na wstępie - Izba stwierdziła, że podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp skierowany do oferty wykonawcy Comparex, a związany z brakiem w ofercie tego wykonawcy wszystkich oświadczeń wymaganych w Formularzu ofertowym. Izba zwraca uwagę, że w szczególności brak jest zobowiązania do zawarcia umowy o treści zgodnej z istotnymi postanowienia umowy [oraz w miejscu i terminie wyznaczonym], jak również brak jest oświadczenia, że oferowane przez wykonawcę usługi spełniają wszystkie wymagania określone w SIWZ. Nie wskazano również, że wykonawca samodzielnie będzie realizował zamówienie [str 7 formularza]. Brak jest również oświadczenia [str 8 wzoru formularza] o tym, że oferta oraz załączone dokumenty opisują stan prawny i faktyczny aktualny na dzień złożenia oferty. Izba dostrzega, że kwestie związane z podwykonawstwem, w okolicznościach niniejszej sprawy - w związku z samodzielną realizacją zamówienia przez wykonawcę – mogły być wyjaśnione na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, jednakże w pozostałym zakresie podjęcie takiego postępowania wyjaśniającego zmierzałoby do uzupełniania treści oferty, co na gruncie ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Izba zwraca uwagę, że we wzorze formularza oferty [str 8] zamieszczono pouczenie, że (…) Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia wszystkich wykropkowanych miejsc pod rygorem odrzucenia oferty". W konkluzji Izba stwierdza, że w tych okolicznościach, tym samym podlega także uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 tej ustawy, z uwagi na przeprowadzenie przedmiotowego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....