

Sygn. akt: KIO 3052/21, KIO 3095/21, KIO 3100/21

WYROK
z dnia 14 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- I. w dniu 15 października 2021 r. przez wykonawcę Techsource Sp. z o.o. w Legionowie sygn. akt: KIO 3052/21,
- II. w dniu 18 października 2021 r. przez wykonawcę Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. w Warszawie sygn. akt: KIO 3095/21,
- III. w dniu 18 października 2021 r. przez konsorcjum MBA System Sp. z o.o. w Warszawie i Computex Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie sygn. akt: KIO 3100/21

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych w Warszawie przy udziale przystępujących po stronie zamawiającego:

- w sprawie sygn. akt: KIO 3052/21 wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. w Warszawie oraz konsorcjum MBA System Sp. z o.o. w Warszawie i Computex Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie,
- w sprawie sygn. akt: KIO 3095/21 wykonawcy Techsource Sp. z o.o. w Legionowie oraz konsorcjum MBA System Sp. z o.o. w Warszawie i Computex Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie
- w sprawie sygn. akt: KIO 3100/21 wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. w Warszawie i wykonawcy Techsource Sp. z o.o. w Legionowie

orzeka:

I. W przedmiocie odwołania sygn. akt: **KIO 3052/21**:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Techsource Sp. z o. o. w Legionowie i zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,
3. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego.

II. W przedmiocie odwołania sygn. akt **KIO 3095/21**:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Egida IT Solution Sp. z o. o. w Warszawie z uwagi na dodatkowe przesłanki niezgodności oferty z warunkami zamówienia pominięte przez zamawiającego przy ocenie ofert,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Intertrading Systems Technology Sp. z o. o. w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,
4. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego.

III. W przedmiocie odwołania sygn. akt: **KIO 3100/21**:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Techsource Sp. z o. o. w Legionowie jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia wobec zaistnienia dodatkowej podstawy do odrzucenia,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża konsorcjum MBA System Sp. z o. o. w Warszawie i Computex Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,
4. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e
wyroku z dnia 14 grudnia 2021 r.
w sprawach o sygn. akt: KIO 3052/21, KIO 3095/21, KIO 3100/21

Zamawiający – Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych ul. Żwirki i Wigury 9/13 00-909 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa sprzętu i urządzeń teleinformatycznych - Nr sprawy 2616.22.2021.AJ”, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 14 lipca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 134-355593, zwane dalej „postępowaniem”.

Postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3052/21:

W dniu 15 października odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu w części I wniósł wykonawca Techsource Sp. z o. o. ul. Kordeckiego 38, 05-120 Legionowo (dalej zwany „odwołującym” lub „wykonawcą Techsource”). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się w bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego z części nr 1 postępowania, z powodu braku zaoferowania w ofercie odwołującego 2 szt. dysków twardych D1 z interfejsem SATA, mimo że odwołujący zamiast dysków twardych z interfejsem SATA zaoferował Zamawiającemu 2 szt. dysków twardych D1 z interfejsem NVMe, a zatem o standardzie nie tylko równoważnym, ale również o wiele użyteczniejszym i nowocześniejszym,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się w bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego z części nr 1 postępowania z powodu listwy zasilającej L, rzekomo niespełniającej wymagań Zamawiającego w zakresie określonych gniazd i przewodu zakończonego określoną wtyczką, mimo że odwołujący zaoferował listwę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego, poprzez zastosowanie adapterów do gniazd i przewodu zakończonego wtyczką, co potwierdza załącznik nr 8 do SWZ, złożony wraz z ofertą odwołującego,

3. art. 107 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że Zamawiający nie ma obowiązku wzywać do wyjaśnień oraz poprzez ich niezastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp w części nr 1 postępowania, dotyczących przedmiotowych środków dowodowych (załącznik nr 8 do SWZ, złożony wraz z ofertą odwołującego) w zakresie dotyczącym listwy zasilającej L, mimo że Zamawiający miał obowiązek wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w okolicznościach zaistniałej sprawy, skoro miał wątpliwości, czy zaoferowana listwa zasilająca spełnia jego wymagania,
4. art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się w wyborze w części nr 1 postępowania, jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Intertrading Systems Technology Sp. z o. o. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa, mimo że ofertą najkorzystniejszą, w rozumieniu art. 239 ustawy Pzp i w świetle kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, była oferta odwołującego, która bezpodstawnie została odrzucona,
5. art. 16 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części nr 1 z naruszeniem zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu w zakresie części 1 postępowania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, a także ponowne badanie i ocenę ofert. Wniesiono także o przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący odniósł się do spełnienia wymogów formalnych wynikających z ustawy p.z.p. i przywołał treść wymagania z załącznika 7a do SWZ dotyczący parametrów równoważności dla 2 sztuk dysku D1, tj. 1) Pojemność 3,84TB, 2) Typ: SATA 6.0GB/s, 2,5 cala, SSD, 3) Odczyt sekwencyjny: do 560 MB/s, 4) Zapis sekwencyjny: do 520MB/s, 5) Odczyt losowy: do 98K IOPS, 6) Zapis losowy: do 14K IOPS, 7) Wytrzymałość DWPD: 0,8 zapisu dysku na dzień w okresie 5 lat 8) Współpraca z dostarczaną płytą główną. Odwołujący zaoferował zamawiającemu dysk Samsung PM9A3 3.84TB (MZL23T8HCJS) o następujących parametrach, zgodnie z załącznika nr 8 do SWZ złożonego wraz z ofertą: 1) Pojemność 3,84TB, 2) Typ: PCIe Gen4 x4 (U.2) 8.0GB/s, 2.5 cala, SSD, 3) Odczyt sekwencyjny: do 6,800 MB/s, 4) Zapis sekwencyjny: do 4,000 MB/s, 5) Odczyt losowy: do 1000K IOPS, 6) Zapis losowy: do 180K IOPS, 7) Wytrzymałość DWPD: 1,0 zapisu dysku na dzień w okresie 5 lat, 8) Współpraca z dostarczaną płytą główną. Dowód - wydruk ze strony wskazanej w odwołaniu na

okoliczność równoważności dysków twardych NVMe zaoferowanych przez odwołującego oraz ich zgodności z wymaganiami SWZ.

W ocenie odwołującego zaoferował on dyski twarde D1, które posiadają interfejs NVMe oraz parametry wymagane przez zamawiającego, zaś o równoważności świadczą następujące cechy charakterystyczne. Dyski SATA wspierają prędkość maksymalnie 6Gb/s, ale w praktyce przekłada się to na transfer 500-560MB/s, co wynika z ograniczeń technologicznych dostępnych na rynku kontrolerów dyskowych. Oferowane dyski NVMe pracują z maksymalną prędkością 8GB/s (zachodzi równoważność pod względem prędkości - 6GB/s teoretycznie przy SATA i 8 GB/s przy NVMe). Dyski SATA oferują wydajność 100 tys. operacji na sekundę (IOPS), podczas gdy dyski NVMe osiągają 1 mln IOPS (10x więcej niż SATA), zachodzi równoważność pod względem wydajności, a NVMe jest wydajniejsze. Dyski NVMe, podobnie jak SATA, są oferowane w tym samym rozmiarze 2,5" 7 mm, co pozwala stosować je zamiennie w serwerach obsługujących oba standardy, zachodzi równoważność pod względem wymiarów. Dyski NVMe podobnie jak SATA można podłączać do tych samych kontrolerów HBA/RAID wspierających tryb Tri-Mode (czyli modele dostępne powszechnie na rynku od kilku lat, zachodzi równoważność pod kątem możliwości podłączenia tych samych kontrolerów. Dyski NVMe, podobnie jak SATA, wspierają funkcję hot-swap w serwerach - zachodzi równoważność pod kątem wspierania funkcji hot-swap w serwerach. Dysk NVMe można podłączyć do dostarczanej płyty głównej, podobnie jak dysk SATA - zachodzi równoważność pod kątem możliwości zastosowania w płycie głównej.

Odwołujący dodał, że w wymaganiach równoważności nie było zakazu zaoferowania lepszej technologii, podyktowanej jakimiś obiektywnymi ograniczeniami. Co więcej również od strony czysto programowej kompatybilność z SATA nie jest wymagana, bo przecież serwery, jakich oczekuje zamawiający, mają być i tak wyposażone w 24 dyski NVMe (zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ), więc dodatkowe dwa dyski w tym standardzie nie mogą być postrzegane jako zerwanie z tą kompatybilnością. Zaoferowana przez odwołującego platforma spełnia wymagania zamawiającego i umożliwia użycie (oprócz 24 dysków NVMe) dodatkowych dwóch dysków w standardzie SATA lub NVMe, przy czym odwołujący zaoferował zamawiającemu nowocześniejsze dyski twarde w standardzie NVMe.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego kwestionuje dobór oferowanych przez odwołujących dysków, tłumacząc swą decyzję dwoma argumentami: brakiem wstecznej kompatybilności standardu NVMe ze standardem SATA i wykorzystaniem przez zaoferowane dyski NVMe dodatkowych linii PCI Express.

W odniesieniu do stanowiska w zakresie braku wstecznej kompatybilności odwołujący wskazał, że nie rozumie intencji, jakie stały za podniesieniem tego argumentu przez zamawiającego. Po pierwsze, zamawiający w opisie wymagań nie zawarł zapisu, z którego

wynikałoby, że taka kompatybilność jest warunkiem koniecznym do pozytywnej oceny złożonej oferty.

Po drugie, jeżeli zamawiający uważa, że standardy NVMe U.2 (PCIe Gen4 x4) i SATA nie są ze sobą kompatybilne, to należy przypomnieć, iż zamawiający oczekiwał zaoferowania serwera, w którym mają być zawarte 24 dyski w standardzie NVMe U.2 (PCIe Gen4 x4) oraz 2 dyski w standardzie SATA. Zapis ten trzeba interpretować w ten sposób, że taka kompatybilność nie jest w ogóle wymagana. Tym niemniej odwołujący podkreśla, że jego oferta obejmuje łącznie 26 dysków tego samego formatu - NVMe.

Po trzecie, jeżeli w zamyśle zamawiającego brak wstecznej kompatybilności oznacza brak możliwości zainstalowania w serwerze dysków w standardzie SATA, to zarzut ten nie odnosi się do oferowanego przez odwołującego rozwiązania. Zaoferowana platforma umożliwia użycie 24 dysków NVMe oraz dodatkowych dwóch dysków w standardzie SATA lub NVMe w dedykowanych, umieszczonych z tyłu serwera zatokach dyskowych. Dyski SATA/NVMe można w tych zatokach instalować zamiennie, bez dodatkowej ingerencji w konfigurację zaoferowanego rozwiązania, na co wskazuje zdjęcie zamieszczone w odwołaniu obrazujące tylną część obudowy zaoferowanej platformy.

Po czwarte, jeżeli w rozumowaniu zamawiającego brak kompatybilności odnosi się do braku pewnych funkcjonalności lub też niższych parametrów funkcjonowania dysków NVMe w porównaniu do standardu dysków SATA, to wypada zwrócić uwagę, iż zamawiający sam przyznaje, że standard NVMe jest niewątpliwie wydajniejszym rozwiązaniem, niż pierwotnie oczekiwanie rozwiązanie oparte na standardzie SATA.

Odnosząc się zaś do drugiego stawianego przez zamawiającego zarzutu - wykorzystania przez zaoferowane dyski NVMe dodatkowych linii PCI Express, odwołujący stwierdził, że nie ma on zastosowania w przypadku przedmiotowego postępowania. W warunkach równoważności zostało dokładnie zdefiniowane przez zamawiającego, ile wolnych linii PCIe ma oferować platforma serwerowa. W opisie warunków równoważności dla pozycji „obudowa z płytą główną i zasilaczem - O1” czytamy, że zamawiający oczekuje możliwości instalacji jednej karty PCIe x16 Gen4, czyli oczekuje jednego wolnego slotu PCIe x16 Gen4. Natomiast oferowana przez odwołującego płyta główna o nazwie handlowej ASUS RS720A-E11-RS24U, uwzględniając zaoferowaną konfigurację, (w tym karty sieciowe i kontroler) będzie posiadać trzy wolne sloty PCIe Gen4 x16. Zatem nawet jeśli, w ślad za twierdzeniami zamawiającego, zostałyby zajęte linie PCIe na montaż tych dysków twardej (2 szt. dla montażu dysków twardej NVMe PM9A3 3.84TB (MZL23T8HCJS), to i tak pozostaje 1 wolne miejsce, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Dowód - karta katalogowa płyty głównej o nazwie handlowej ASUS RS720A-E11-RS24U, zaoferowanej przez odwołującego na okoliczność równoważności 2 sztuk dysków twardej NVMe zaoferowanych przez odwołującego oraz zgodności ich z wymaganiami SWZ.

Ponadto zaoferowane 2 sztuki dysków twardej Samsung PM9A3 3.84TB (MZL23T8HCJS) są umieszczone z tyłu serwera w dedykowanych zatokach dyskowych i nie ma możliwości, żeby te dyski w jakikolwiek sposób mogły spełnić stawiany przez zamawiającego zarzut wykorzystania przez zaoferowane dyski NVMe dodatkowych linii PCI Express. Oferowana konfiguracja, mimo zastosowania dysków NVMe, gwarantuje zamawiającemu trzykrotnie większą niż oczekiwana liczbę wolnych slotów PCIe.

Konkludując, zdaniem odwołującego oferowane rozwiązanie jest nowocześniejsze i korzystniejsze wydajnościowo, jednocześnie w żaden sposób nie ogranicza jakiegokolwiek wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności, a wręcz przeciwnie - wielokrotnie przewyższa stawiane przez zamawiającego wymagania.

Zamawiający w załączniku nr 7a do SWZ wskazał, że oczekuje listwy zasilającej L, posiadającej min. 5 gniazd CEE 7/5 lub CEE 3/7 („schuko”) oraz przewód zakończony wtyczką CEE 7/7. W załączniku nr 8 do SWZ, samodzielnie wypełnionym przez odwołującego i dołączonym do jego oferty, wskazano parametry listwy zasilającej L, zgodne z wymaganiami SWZ co do gniazdek, tj. min. 5 gniazd CEE 7/5 lub CEE 3/7 („schuko”) oraz zgodnie z wymaganiami SWZ przewód zakończony wtyczką CEE 7/7 (załącznik nr 7a do SWZ). Jednocześnie podano nazwę handlową listwy zasilającej APC AP7921B oraz dodano istotny dopisek obok nazwy handlowej („+ ukompletowanie”). Odwołujący zamierza uzyskać powyższe parametry tj. 5 gniazd CEE 7/3 („schuko”) oraz przewód 2,5 m zakończony wtyczką CEE 7/7, poprzez zastosowanie 5 adapterów do gniazdek C13 oraz adaptera do przewodu zakończonego wtyczką C20 do listwy zasilającej L o nazwie handlowej APC AP7921B. Listwa zasilająca L o nazwie handlowej APC AP7921B posiada możliwość zasilania za pomocą przewodu zakończonego wtyczką typu CEE 7/7. W tym celu wykorzystywany jest adapter, umożliwiający przejście z wtyczki C20 na wtyczkę CEE 7/7. Wskazać trzeba ponadto, iż oferowana listwa zasilająca o nazwie handlowej APC AP7921B posiada również możliwość zastosowania gniazd CEE 7/3 „Schuko”, poprzez zastosowanie adaptera wtyczki złącza C13 do wtyczki złącza CEE 7/3 „Schuko”.

Zastosowana przez odwołującego listwa posiada wtyk zasilający C20 (końcówka męska), czyli potrzebna jest końcówka żeńska C19, aby można było uzyskać CEE 7/7. Natomiast w przypadku gniazd w oferowanej listwie znajdują się gniazda C13 (końcówka żeńska), czyli należy skorzystać z końcówki męskiej (C14) aby uzyskać finalnie CEE 7/3. Takie działanie zapewnia pełną funkcjonalność adapterów i listwy. Zarówno adaptery o nazwie handlowej Lanberg CA-C14E-10CC-0018-BK do gniazdek C13 (w celu stworzenia 5 gniazdek CEE 7/3 „Schuko”) oraz adapter o nazwie handlowej APC AP9875 do przewodu zakończonego wtyczką C20 (w celu stworzenia wtyczki CEE 7/7) stanowią część „ukompletowania”, o którym mowa w załączniku nr 8 obok nazwy handlowej APC AP7921B i zostały uwzględnione w ofercie i w cenie ofertowej. Świadczy o tym użycie zwrotu „+

ukompletowanie” oraz oświadczenie odwołującego zawarte na str. 2 formularza ofertowego, tj. że cena brutto zawiera wszelkie koszty, jakie Wykonawca poniesie w związku z realizacją zamówienia. Dowód - karta katalogowa listwy APC AP7921B na okoliczność spełnienia przez zaoferowane urządzenie wymagań zamawiającego.

Odwołujący dodał, że zamawiający dokonał weryfikacji samej nazwy handlowej listwy zasilającej i stwierdził, że ma ona 8 gniazd C13 i jest zasilana przy pomocy wtyczki C20. Zamawiający więc przedwcześnie i nieprawidłowo uznał, że listwa zasilająca oferowana przez odwołującego nie spełnia jego wymagań. Pominięto treść oferty i dopisek „+ ukompletowanie” obok nazwy handlowej listwy zasilającej L APC AP7921B opierając się na danych z internetu. Kiedy w ocenie odwołującego z oferty wprost wynika, że zamierzał zastosować dodatkowe elementy (adaptery) w celu dostosowania listwy do wymogów zamawiającego. Zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego PWN „ukompletowanie” to forma rzeczownikowa czasownika „ukompletować”, tj. „zbierać i dobierać przedmioty tak, by powstał pełny ich zbiór.” Sformułowanie to sugeruje, że listwa wraz z ukompletowaniem tworzą pełną, funkcjonalną całość, zapewniającą prawidłowe działanie sprzętu.

Zamawiający nie ma prawa do weryfikowania oferty na podstawie danych z sieci internet, przy jednoczesnym całkowitym pominięciu danych i dokumentów złożonych wraz z ofertą. Zamawiający nie użył w stosunku do opisu wymaganych gniazd listwy zasilającej L sformułowania „wbudowane w listwę” lub „rodzaj gniazd nie może być osiągnięty za pomocą adapterów, konwerterów, przejściówek itp.”, tym samym nie zabronił zaoferowania takich rozwiązań (adapterów). Dlatego też bezpodstawnie odrzucono ofertę odwołującego, bowiem listwa zasilająca L o nazwie handlowej APC AP7921B, oferowana przez odwołującego, spełnia wymagania OPZ. Jeśli zaś w ocenie zamawiającego rozwiązanie zaproponowane przez odwołującego nie spełniało jego wymagań, to przed odrzuceniem oferty powinien on wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 107 ust. 4 w zw. z art. 223 ust. 1 p.z.p., czego zaniechano.

W opinii odwołującego, w razie jakichkolwiek obiekcji co do treści złożonej oferty, zamawiający winien w pierwszym rzędzie żądać złożenia wyjaśnień przez wykonawcę, a dopiero po ich uznaniu za niewystarczające, dokonać czynności odrzucenia oferty. Zaniechanie zamawiającego w zakresie skorzystania z przyznanych mu przepisami prawa możliwości dokonania wszystkich działań zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty nie powinny podlegać ochronie, a jednocześnie są nie do pogodzenia z art. 223 ust. 1 p.z.p., a także z nadrzędnym celem ustawy, jakim jest racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, poprzez udzielenie zamówienia podmiotom oferującym najkorzystniejsze warunki, co zdaniem odwołującego wynika ze wskazanych w odwołaniu orzeczeń Izby.

Gdyby zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, odwołujący przedstawiłby zamawiającemu obszernie wyjaśnienia, w jaki sposób listwa zasilająca L

spełnia wymagania przy zastosowaniu adapterów. Nadto odwołujący wyjaśniłby, że nie użył on w stosunku do opisu wymaganych gniazd listwy zasilającej L sformułowania „wbudowane w listwę” lub „rodzaj gniazd nie może być osiągnięty za pomocą adapterów, konwerterów, przejściówek itp.”, tym samym nie zabronił zaoferowania takich rozwiązań. Zarzut naruszenia art. 107 ust. 4 w zw. z art. 223 ust. 1 p.z.p. jest zatem uzasadniony.

Jak wynika z powyższych zarzutów, zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego, którą powinien wybrać jako najkorzystniejszą w rozumieniu art. 239 p.z.p., ponieważ otrzymałaby ona 100 punktów w świetle kryteriów oceny ofert. Odwołujący zaoferował najniższą cenę i termin dostawy wynoszący 70 dni (maksymalna możliwa liczba punktów) i okres gwarancji wynoszący 48 miesięcy (maksymalna możliwa liczba punktów), a tak wadliwie wybrano ofertę innego wykonawcy, która w rzeczywistości nie jest najkorzystniejsza. W konsekwencji zamawiający naruszył również art. 16 p.z.p., poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się zwłaszcza w bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego, który zaoferował rozwiązanie lepsze i nowocześniejsze w zakresie dysków twardych z interfejsem NVMe, aniżeli zamawiający przewidział w SWZ. Nadto nie do pogodzenia z zasadami naczelnymi p.z.p. jest brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i umożliwienia odwołującemu obrony swojej oferty przed niesłusznym odrzuceniem.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3095/21:

W dniu 18 października 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa (dalej zwany „odwołującym” lub „wykonawcą Intertrading”). W odwołaniu postawiono zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 226 ust. 1 pkt 5 nPzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez następujących wykonawców Egida, Techsource i Konsorcjum MBA z uwagi na dodatkowe przesłanki faktyczne niezgodności ww. ofert z warunkami zamówienia, pominięte przez zamawiającego przy ocenie ofert, a szczegółowo wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenie ponownej oceny ofert w postępowaniu, powtórzenie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego oraz ponowne odrzucenie ofert złożonych przez wyżej wskazanych wykonawców z uwzględnieniem dodatkowych przesłanek faktycznych wskazujących na niezgodności tych ofert z warunkami zamówienia, opisanych w uzasadnieniu odwołania.

Uzasadniając wniesiony środek ochrony prawnej, oprócz zarzutu dotyczącego oferty złożonej przez wykonawcę Egida IT Solution Sp. z o. o. w Warszawie, który został wycofany przez odwołującego, wskazano co następuje.

W zakresie oferty wykonawcy Techsource zamawiający pominął zaoferowanie niewłaściwych listew zasilających. Zgodnie z § 5 ust. 2 załącznika nr 10 do SWZ (projektowane postanowienia umowy część I, II, III i IV) - „Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia Sprzętu pochodzącego z autoryzowanego kanału sprzedaży producenta na rynek polski, tj. oznaczającego sposób zakupu, w którym producent kieruje dany sprzęt do sprzedaży na określonym terytorium i wskazuje podmioty upoważnione do autoryzowanej sprzedaży. W celu potwierdzenia wymogu Wykonawca dostarczy oświadczenie producenta Sprzętu podpisane przez upoważnionego przedstawiciela, że Sprzęt pochodzi z autoryzowanego kanału sprzedaży producenta na rynek polski”. Tymczasem - zgodnie z informacją producenta (firmy APC) - zaoferowane przez wykonawcę Techsource listwy zasilające AP7921B nie są w ogóle przeznaczone na rynek polski i nie są dystrybuowane przez autoryzowanego przedstawiciela producenta. Tym samym warunek SWZ, dotyczący dostarczenia sprzętu pochodzącego z autoryzowanego kanału sprzedaży producenta na rynek polski, nie został spełniony, a oferta podlega odrzuceniu również z tego powodu.

Wykonawca Techsource nie spełnia także wymogu dotyczącego skrzyń K5, K4, K3. W ocenie odwołującego nie ma możliwości prawidłowej instalacji zaoferowanych serwerów N i S w skrzyniach Peli CLASSIC - V - SERIES. Skrzynie te zostały podane przez zamawiającego jako przykładowe w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7A do SWZ dla Części 1, str. 6: Skrzynia K5 (...) przykładowa skrzynia: Peli CLASSIC - V -SERIES - 5U oraz str. 7 - Skrzynia K4 (...) przykładowa skrzynia: Peli CLASSIC - V - SERIES - 4U). Skrzynie zostały również zaoferowane przez wykonawcę. Istotne jednak pozostaje, że posiadają one ramę o długości 33" (83,82 cm), natomiast serwery N w obudowie (O1) ASUS RS720-E11-RS24U o długości 33,07" (84,00 cm) oraz serwery S w obudowie (O2) ASUS RS500A-E11-RS12U o długości 33,15" (84,20 cm). Oznacza to, że brak jest możliwości prawidłowej instalacji i użytkowania zaoferowanych serwerów N i S w powyższych skrzyniach, uwzględniając konieczność montażu kabli zasilających (K1, K2), wkładek światłowodowych (SFP1, SFP2, SFP3, SFP4), kart sieciowych (N1, N2) i niezbędnych kabli miedzianych i światłowodowych (PC1, PC2). W związku z tym oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia również z uwzględnieniem ww. przesłanki faktycznej.

Nie spełniono także wymogu serwerów N i S dotyczącego pamięci RAM. Zgodnie z załącznikiem 7A do SWZ (część 1) - komponenty serwera N i serwera S w zakresie pamięci RAM mają być zgodne z zaleceniami producenta płyty głównej (str. 2 - serwer N składa się z następujących komponentów: (...) Pamięć RAM (...) pamięć zgodna

z zaleceniami producenta płyty głównej; str. 3 - serwer S składa się z następujących komponentów: (...) pamięć RAM (...) Pamięć zgodna z zaleceniami producenta płyty głównej. Zaoferowane przez wykonawcę Techsource moduły pamięci RAM (Samsung M393A8G40AB2-CWE oraz Samsung M393A4K40DB3-CWE) nie znajdują się na prowadzonej przez producenta liście kompatybilności dla oferowanych obudów z płytą główną (O1 i O2) ASUS RS720-E11-RS24U oraz ASUS RS500A-E11-RS12U. Tym samym istnieje wysokie ryzyko, że moduły pamięci RAM nie będą działać prawidłowo, powodując awarie i przestoje serwera, a tym samym przyczyniając się do spadku jego wydajności. Stwierdzić zatem należy brak spełnienia wymogu w zakresie kompatybilności modułów pamięci RAM dla obudów z płytą główną, w związku z czym oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia również z uwzględnieniem tej przesłanki faktycznej.

Wykonawca Techsource nie spełnia wymogu dotyczącego serwera S - karty sieciowej N2. Zgodnie z załącznikiem nr 7A do SWZ (opis przedmiotu zamówienia) dla części 1 - zamawiający wymagał wyposażenia serwerów S w karty sieciowe (N2) o przepustowości 1/10 Gb/s z dwoma złączami SFP+ oraz wymienne wkładki SFP 1 Gb/s (SFP1, SFP2) oraz SFP+ 10 Gb/s (SFP3) - str. 4 załącznika nr 7A pozycja nr 4 tabeli - karta sieciowa - N2: 2xSFP + - 1/10Gb/s. Jednocześnie w wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 19.08.2021 r. zamawiający na str. 7 wskazał: „W SWZ na str. 52 w tabeli z elementami składowymi serwera S, na pozycji 4 „Karta sieciowa - N2: 2xSFP + - 1/10Gb/s w kolumnie uwagi dodaje zapis: Zamawiający uzna także za równoważne rozwiązanie oparte o dwie karty sieciowe, a których jedna karta będzie dwuportowa, a druga czteroportowa”. Natomiast zaoferowana przez wykonawcę Techsource karta 25 Gb/s Intel posiadają całkowicie odmienny niż wymagany interfejs, tj. SFP28 oraz - według danych producenta firmy Intel, mają możliwość instalacji wyłącznie wkładek 25Gb/s (SFP28) i 10 Gb/s (SFP+) i nie obsługują wkładek SFP 1 Gb/s (SFP1, SFP2), co powoduje dodatkowy powód do odrzucenia oferty jako niespełniającej wymagań SWZ.

Odwolujący podniósł dalej, że konsorcjum MBA również zaoferowało w ramach wyposażenia serwerów S karty sieciowe N2 posiadające odmienne niż wymagane interfejsy. Zamawiający wymagał wyposażenia serwerów S w karty sieciowe (N2) o przepustowości 1/10 Gb/s z dwoma złączami SFP+ oraz wymienne wkładki SFP 1 Gb/s (SFP1, SFP2) oraz SFP+ 10 Gb/s (SFP3). Tymczasem zaoferowane przez Konsorcjum MBA karty 25 Gb/s Intel E810-XXVDA2 posiadają całkowicie odmienny niż wymagany interfejs, tj. SFP28 oraz według danych producenta - firmy Intel, mają możliwość instalacji wyłącznie wkładek 25Gb/s (SFP28) i 10 Gb/s (SFP+) i nie obsługują wkładek SFP 1 Gb/s (SFP1, SFP2), więc i z tej przyczyny oferta konsorcjum MBA powinna zostać odrzucona jako niespełniająca wymagań SWZ.

Konsorcjum MBA nie spełnia kolejnego wymagania - w zakresie kompatybilności modułów pamięci RAM dla obudów z płytą główną. Pamięć winna być zgodna z zaleceniami producenta płyty głównej, kiedy zaoferowane moduły pamięci RAM nie znajdują się na prowadzonej przez producenta liście kompatybilności dla oferowanych obudów z płytą główną (O1 i O2) ASUS RS720-E11-RS24U oraz ASUS RS500A-E11RS12U. Tym samym istnieje wysokie ryzyko, że zaoferowane moduły pamięci RAM nie będą działać prawidłowo, powodując awarie i przestoje serwera, a tym samym przyczyniając się do spadku jego wydajności. Stwierdzić zatem należy brak spełnienia wymogu w zakresie kompatybilności modułów pamięci RAM dla obudów z płytą główną, a oferta ta podlega odrzuceniu także i z tego powodu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3100/21:

W dniu 18 października 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w części I postępowania wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego MBA System Sp. z o. o. ul. Odlewnicza 7, 03-231 Warszawa i Computex Sp. z o.o. Sp. k. ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa (dalej zwani „odwołującym” lub „konsorcjum MBA”). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
2. art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Techsource Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia, wobec zaistnienia dodatkowej, poza podniesioną przez Zamawiającego podstawą odrzucenia,
3. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, odrzucenia oferty wykonawcy Techsource Sp. z o. o. w Legionowie oraz powtórzenia oceny ofert, a także dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane odwołaniem.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej, oprócz zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania dotyczącego oferty wykonawcy Techsource Sp. z o.o. w Legionowie, który został przez odwołującego wycofany, wskazano jak niżej.

Przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SWZ w zakresie części I dostawy serwerów. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji zawiera załącznik nr 7a do SWZ - część I. Zgodnie z treścią decyzji zamawiającego, podstawą

odrzućenia oferty odwołującego jest brak dysków SATA i za małe skrzynie (lub zbyt duże serwery). Odwołujący przywołał treść SWZ dotyczącą wymagań dla serwerów N i określonych przez zamawiającego parametrów równoważności, i skonkludował, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie marki, modelu oraz producenta dysków oraz dopuścił możliwość zaoferowania dysków równoważnych. Kryteria oceny równoważności zostały wyspecyfikowane w SWZ w postaci zamkniętego katalogu parametrów i funkcjonalności, po spełnieniu których dysk był uznawany przez zamawiającego jako równoważny i zgodny z SWZ. Składając ofertę wykonawcy dokonywali wypełnienia załącznika nr 8 - wzór specyfikacji technicznej.

W zakresie dysków dla serwerów N odwołujący zaoferował dyski równoważne - Samsung PM9A3, które zamawiający uznał za niezgodne z wymaganiami SWZ z czym odwołujący się nie zgadza. Dysk równoważny posiada: 1) Pojemność: 3,84 TB, 2) Typ: U.2 6.0GB/s, 2,5 cala, SSD NVMe z konektorem SFF-8639 obsługującym SATA, 3) Odczyt sekwencyjny: do 6800 MB/s, 4) Zapis sekwencyjny: do 4000 MB/s, 5) Odczyt losowy: do 1000K IOPS, 6) Zapis losowy: do 180K IOPS, 7) Wytrzymałość DWPD: 1 zapisu dysku na dzień w okresie 5 lat, 8) Współpraca z dostarczaną płytą główną. Zestawienie wszystkich parametrów użytkowych dowodzi, że zaoferowany dysk znacznie przewyższa wymagane przez zamawiającego parametry i należy go uznać nie tylko za równoważny, ale jednoznacznie lepszy w stosunku do referencyjnego. Wyższe parametry zaoferowanych dysków potwierdza sam zamawiający wskazując: „Wykorzystanie NVMe, pomimo niewątpliwiej zalety w postaci zwiększonej wydajności”.

W opinii odwołującego dyski NVMe obecnie zastępują w macierzach, serwerach jak i prostszym sprzęcie IT zarówno dyski SATA, jak i SAS. Dyski NVMe z konektorem U.2 są nowocześniejszym i wydajniejszym standardem niż SATA, jednak nie można twierdzić, że jest to całkowicie odmienny standard niż SATA jak twierdzi zamawiający w uzasadnieniu. Dyski U.2 i SATA posiadają kompatybilny konektor, co powoduje, że nawet w przypadku, gdyby zamawiający zamiast zaoferowanych dysków NVMe chciałby w ich miejsce podłączyć dyski SATA jest to w pełni możliwe. W tym kontekście całkowicie niezrozumiałe jest twierdzenie zamawiającego jakoby „NVMe nie jest wstecznie kompatybilny z SATA”. Opis parametrów równoważności zawarty w SWZ zawiera zestaw parametrów, których spełnienie warunkuje uznanie dysku za równoważny, które spełniono, a dodatkowo zamawiający nie sformułował zakazu oferowania produktów lepszych, bardziej wydajnych, technologicznie nowszych.

Serwery jakich oczekuje zamawiający mają być wyposażone w 24 dyski NVMe, tak więc dodatkowe dwa dyski w tym standardzie nie mogą być postrzegane jako zerwanie ze standardem czy też kompatybilnością. Zaoferowana platforma spełnia wymagania

zamawiającego i umożliwił użyć (oprócz 24 dysków NVMe) dodatkowych dwóch dysków w standardzie SATA lub NVMe, ponieważ backplane do którego podłączamy dyski również obsługuje dyski z interfejsem SATA. Odnośnie fragmentu uzasadnienia odrzucenia oferty odnoszącego się do: „Wykorzystanie NVMe, pomimo niewątpliwej zalety w postaci zwiększonej wydajności ma także, potencjalny koszt w postaci wykorzystania dodatkowych linii PCI Express.”, odwołujący wskazuje, że w warunkach równoważności dla dysku D1 zostało precyzyjnie wskazane ile wolnych linii PCIe ma oferować platforma serwerowa i ten warunek jest spełniony z nadkładem, zatem argumentacja zamawiającego jest całkowicie bezpodstawna, a zgłaszane zastrzeżenia całkowicie nieuzasadnione.

W przedmiocie wymiarów skrzyń transportowych niezgodnych z SWZ odwołujący przywołał wymagania w zakresie skrzyń K3-K5 z załącznika nr 7a do SWZ i podniósł, że opis wprost potwierdza, że w zakresie wymiarów mają to być skrzynie przystosowane do montażu serwerów, urządzeń sieciowych oraz listew zasilających, a w szczególności zamawianych serwerów (szerokość, głębokość, nośność), półki, listew zasilających. Zamawiający nie wskazał na produkt referencyjny w kontekście równoważności, a jedynie wskazuje na przykładowy produkt („np.”). Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego - zamawiający stwierdził, że zaoferowane skrzynie są zbyt płytkie do montażu serwerów. Zamawiający błędnie interpretuje dane dotyczące wymiarów skrzyń. Oznaczenie skrzyni jako 30” nie zawiera informacji na temat dokładnych wymiarów skrzyni, a jedynie identyfikację modelu skrzyni. Dokładne wymiary skrzyni podaje producent w ogólnodostępnych prospektach. Zaoferowane skrzynie umożliwiają montaż serwera o maksymalnym rozmiarze do 34,5”. Rozmiar 30” (użyty w nazwie skrzyni) oznacza długość samych szyn rack, używanych do montażu serwerów dla wszystkich producentów, natomiast skrzynie mają jeszcze tył i front, który daje duży zapas i możliwość montażu serwerów o długości nawet 34,5”. Zaoferowane przez odwołującego serwery, jak ustalił sam zamawiający, posiadają rozmiary: - serwer N (według danych ze strony internetowej producenta) głębokość 33,07 cala, - serwer S (według danych ze strony internetowej producenta) głębokość 33,17 cala, więc zaoferowane skrzynie są przystosowane do montażu wskazanych serwerów, a ich wymiary są właściwe i wystarczające dla zaoferowanych serwerów.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołania w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględni wszystkie trzy odwołania.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego:

- w sprawie sygn. akt: KIO 3052/21 wykonawcę Intertrading Systems Technology Sp. z o. o. w Warszawie oraz konsorcjum MBA System Sp. z o. o. w Warszawie i Computex Sp. z o. o. Sp. k. w Warszawie,
 - w sprawie sygn. akt: KIO 3095/21 wykonawcę Techsource Sp. z o. o. w Legionowie oraz konsorcjum MBA System Sp. z o. o. w Warszawie i Computex Sp. z o. o. Sp. k. w Warszawie,
 - w sprawie sygn. akt: KIO 3100/21 wykonawcę Intertrading Systems Technology Sp. z o. o. w Warszawie i wykonawcę Techsource Sp. z o. o. w Legionowie,
- co nadaje im status uczestników postępowania odwoławczego. Przystępujący wnieśli sprzeciwy wobec czynności uwzględnienia odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, stanowiskiem przystępujących, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że połączone do wspólnego rozpoznania odwołania dotyczą materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołań i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Zgodnie z oświadczeniami procesowymi złożonymi na posiedzeniu odwołujący wycofali zarzuty: – w sprawie sygn. akt: KIO 3095/21 zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Egida IT Solution Sp. z o. o. w Warszawie z uwagi na dodatkowe przesłanki niezgodności oferty z warunkami zamówienia, które zostały pominięte przez zamawiającego przy ocenie ofert, – w sprawie sygn. akt: KIO 3100/21 zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Techsource Sp. z o. o. w Legionowie jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia wobec zaistnienia dodatkowej podstawy do odrzucenia. Powyższe skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie i znalazło odzwierciedlenie w punktach 1 tenoru sentencji orzeczenia dla wskazanych spraw.

Skład orzekający dokonał oceny ustalonego stanu faktycznego mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi

naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniach – stwierdziła, że wszystkie rozpoznawane odwołania, w części, w której nie doszło do rozstrzygnięcia formalnego, powinny zostać oddalone.

Oferty odwołującego Techsource i odwołującego konsorcjum MBA (zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. z odwołań sygn. akt: KIO 3052/21 i KIO 3100/21) zostały odrzucone przez zamawiającego z powodu braku zaoferowania prawidłowych dysków. Co istotne, obaj wykonawcy skorzystali z możliwości zaoferowania zamawiającemu rozwiązań równoważnych.

W orzecznictwie Izby i sądów powszechnych ugruntował się pogląd, że dopuszczenie składania ofert równoważnych wymaga precyzyjnego określenia przez zamawiającego parametrów równoważności, w oparciu o które zostanie dokonana ocena spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia i aby prawidłowo zastosować art. 99 ust. 6 w zw. z art. 99 ust. 5 p.z.p. niezbędnym jest jednoznaczne i przejrzyste wskazanie w dokumentacji postępowania technicznych, funkcjonalnych czy jakościowych wymogów dotyczących cech rozwiązań równoważnych. Niezależnie od tego, o ile obowiązek sprecyzowania oczekiwań co do przedmiotu zamówienia spoczywa na zamawiającym, to nie można tracić z pola widzenia, że w interesie wykonawcy oferującego przedmiot równoważny do referencyjnego będzie zadbanie o taką treść SWZ, by na jej podstawie mógł on bez przeszkód wykazać wymagane parametry – bez ryzyka odrzucenia oferty z uwagi na dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. – niezależnie, czy wykonawcy subiektywnie wydaje się, że jego przedmiot jest równoważny lub nawet lepszy od wzorcowego. Stąd tak istotnym jest, aby na etapie przed złożeniem oferty (kiedy wykonawca ma realny wpływ na kształt dokumentacji postępowania, np. poprzez zadawanie pytań zamawiającemu czy zaskarżenie jej treści) domagać się właściwego określenia parametrów równoważności, ponieważ to na wykonawcy składającym ofertę zawierającą rozwiązanie równoważne spoczywa ciężar wykazania w niej spełnienia kryteriów równoważności.

Na przestrzeni ostatnich lat, w związku ze zmianą zainicjowaną przez wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13, wykształciła się trafna linia orzecznicza, że staranności wymagana od przedsiębiorcy (art. 355 § 2 k.c.) wymaga zwrócenia się do zamawiającego o udzielenie niezbędnych informacji, których nie ma w SWZ, a uprawnienie do zadawania pytań przeradza się w obowiązek wykonawcy i może być podstawą do zarzucenia mu niedochowania staranności wymaganej od profesjonalisty

(np. wyrok Izby sygn. akt: KIO 2420/18). W takiej sytuacji brak wcześniejszego zadbania o właściwą treść dokumentacji nie może stać się następczą przyczyną zarzutów wobec zamawiającego i obciąża wykonawcę – jeżeli bowiem nie dopilnowano, żeby treść SWZ uznała dane rozwiązanie jako równoważne, w istocie może to powodować faktyczny brak dopuszczenia danego sposobu spełnienia wymagania jako uznanego na równi z referencyjnym. Przy czym wniosek o wyjaśnienie SWZ uchroniłby wykonawcę od domysłów i własnych założeń, w miejsce precyzyjnego pozyskania jednoznacznej odpowiedzi od gospodarza przetargu.

Na obecnym etapie postępowania, po upływie terminu na składanie ofert, nie ma możliwości rewidowania postanowień dokumentacji przetargu – uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również Krajowa Izba Odwoławcza, są związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobem spełniania wymagań zamawiającego zamieszczonym w warunkach zamówienia, w tym co relewantne opisem równoważności zamawianego produktu. Uznanie danego urządzenia za równoważne nie odbywa się w zakresie jakiś ogólnych cech lub swobodnych założeń wykonawcy, które w jego ocenie umożliwiają uznanie jego oferty za porównywalną czy korzystniejszą, a wyłącznie w ramach parametrów równoważności wskazanych w SWZ.

Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7a do SWZ część 1 - serwery, serwer N poz. 5 dysk-D1) wskazał, że należy zaoferować konkretny dysk serwera N, tj. Samsung PM883, SATA 6.0 Gb/s, 2,5 cala, SSD 3,84 GB (MZ7KH3T8HALS), 2 szt. Natomiast w tzw. warunkach równoważności (poz. 9 warunków równoważności dla poszczególnych elementów składowych w zakresie rzeczzonego dysku serwera) wskazano wymaganie zaoferowania dysku D1: „(...) 2. Typ: SATA 6.0 Gb/s, 2,5 cala, SSD (...)”.

W ocenie składu orzekającego dokonując oceny ofert w ramach ww. dokumentacji postępowania zamawiający powinien uznać za właściwe zaoferowanie przez wykonawcę: 1) rozwiązania referencyjnego – dysku Samsung PM883, SATA 6.0 Gb/s, 2,5 cala, SSD 3,84 GB (MZ7KH3T8HALS) lub 2) rozwiązania równoważnego – dysku typu SATA 6.0 Gb/s, 2,5 cala, SSD i o dalszych parametrach wskazanych w OPZ. Warunki przetargu nie dopuszczają trzeciej opcji, nie ma możliwości zaoferowania „równoważnego typu dysku”, ponieważ typ dysku został jednoznacznie określony w SWZ, zarówno dla rozwiązania wzorcowego, jak i dla rozwiązania równoważnego. O ile jest pewna dowolność, kiedy nie oferuje się urządzeń referencyjnych, to w SWZ są jasno określne granice (parametry), które musi spełnić sprzęt równoważny. Kryteria równoważności spełni zatem jedynie ta oferta, w której zaoferowany zostanie określony w sposób sztywny konkretny typ dysku, ale przykładowo innego producenta lub innego modelu, bowiem co do typu dysku (standardu SATA) nie ma w dokumentacji żadnej dowolności, także dla rozwiązania równoważnego.

Zgodnie z informacją z dnia 6 października 2021 r. powodem odrzucenia oferty odwołującego Techsource i odwołującego konsorcjum MBA był „Brak dysków SATA - Zamawiający wymagał (dla Serwera N) dostarczenia dwóch dysków (Dysk-D1) z interfejsem SATA, w to miejsce zaoferowano dyski NVMe U.2. Jest to dość istotna zmiana, którą trudno uznać za „proste” ulepszenie. SATA i NVMe, są to odmienne standardy, NVMe nie jest wstecznie kompatybilny z SATA. Wykorzystanie NVMe, pomimo niewątpliwej zalety w postaci zwiększonej wydajności ma także, potencjalny koszt w postaci wykorzystania dodatkowych linii PCI Express”.

Skład orzekający stwierdził, że czynność odrzucenia obu ofert była prawidłowa. W SWZ jednoznacznie wymagano standardu SATA nawet dla rozwiązań równoważnych, zaś zaoferowane dyski są w standardzie NVMe. W żadnym z odwołań nie ma argumentacji, że przez treść dokumentacji wymagającą zaoferowania dysku „typ: SATA (...)” należało wprost rozumieć także inny typ dysku (NVMe), czyli że profesjonalista, do którego jest skierowana SWZ, rozumiałby wymóg zaoferowania dysku typu SATA jako wymóg zaoferowania dysku typu NVMe, a tylko wtedy na gruncie SWZ oferta taka mogłaby zostać uznana za prawidłową.

Izba zgadza się ze stanowiskiem wykonawcy Intertrading, że są to rozwiązania „równoważne” w potocznym tego słowa znaczeniu, ale nie mogą one zostać uznane za równoważne na kanwie kryteriów równoważności ukształtowanych w SWZ. Argumentacja, że są to rozwiązania równie dobre, a nawet lepsze, jest obecnie spóźniona. Fakt, że w postępowaniu dopuszcza się zaoferowanie urządzeń równoważnych do wzorcowych dalej wymaga złożenia oferty wprost zgodnej z SWZ – zgodnej z parametrami równoważności określonymi w dokumentacji przetargu. Zamawiający opisał jaki dysk uzna za równoważny i to ta treść służy do oceny ofert. To nie jest etap, kiedy wykonawcy mogą przekonywać co byłoby lepsze dla zamawiającego bądź co należy uznać za urządzenie porównywalne. Należało zadbać o treść SWZ uznającą zaoferowanie dysku typu NVMe za rozwiązanie równoważne przez dokumentację postępowania, czego odwołujący nie uczynili. Skoro zatem warunki postępowania, także dla urządzeń równoważnych, dopuszczają wyłącznie zaoferowanie dysku o standardzie SATA, to zaproponowanie innego typu dysku powoduje złożenie oferty niezgodnej z SWZ.

W konsekwencji powyższego Izba oddaliła zarzuty nieprawidłowego odrzucenia ofert wykonawcy Techsource i konsorcjum MBA, którzy zaoferowali wadliwy typ dysku serwera N, zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wobec ofert obydwu odwołujących było prawidłowe.

W zakresie treści informacji o odrzuceniu ofert, gdzie zamawiający stwierdza, że zaoferowano odmienny standardu NVMe, który nie jest wstecznie kompatybilny z SATA, a także, iż dochodzi do dodatkowego potencjalnego kosztu w postaci wykorzystania dodatkowych linii PCI Express, Izba stwierdziła, że aby rozpocząć kontrolę czynności

jednostki zamawiającej, polegającej na odrzuceniu ofert także z tego powodu, informacja z dnia 6 października 2021 r. musiałaby zawierać stanowisko zamawiającego dotyczące wskazania szczegółowych okoliczności co rozumie on przez brak wstecznej kompatybilności z SATA i czy stwierdza brak oczekiwanej w SWZ liczby wolnych slotów PCIe czy tylko widzi potencjalną niedogodność. Takich okoliczności nie ma w zaskarżonej informacji i wykonawcy próbowali wręcz zgadywać, co zamawiający mógł mieć na myśli, podając argumenty polemizujące z domniemanym stanowiskiem zamawiającego. Część tych okoliczności w toku postępowania odwoławczego próbował uzupełnić wykonawca Intertrading, niemniej nie ma ich w zawiadomieniu o odrzuceniu ofert, które jest podstawą do wniesienia odwołania, i którego prawidłowość bada Izba.

Ostatecznie skład orzekający uznał, że stanowisko o braku wstecznej kompatybilności i wykorzystaniu dodatkowych linii PCIe jest konsekwencją zaoferowania nieprawidłowego typu dysku NVMe, co jest bezpośrednią przyczyną odrzucenia obu ofert i jest ono raczej pomocnicze, a istotą sporu jest *stricte* niezgodny z SWZ standard dysku. Zatem skoro sama czynność odrzucenia oferty odwołującego Techsource i odwołującego konsorcjum MBA ze względu na zaoferowanie niezgodnego z warunkami zamówienia typu dysku serwera N jest w ocenie składu rozpoznającego spór prawidłowa, brak rozwinięcia pomocniczych argumentów nie powoduje konieczności rewizji czy uzupełnienia zawiadomienia o odrzuceniu, także ze względu na brzmienie art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Izba włączyła w poczet materiału procesowego złożone przez strony zdjęcia, karty techniczne, materiały z Wikipedii, jednak istotna dla rozstrzygnięcia sporu i weryfikacji prawidłowości czynności odrzucenia obu ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jest treść konkretnej SWZ, z którą oferty zostały uznane za niezgodne, a w szczególności to, co w ramach jej brzmienia może zostać uznane za rozwiązanie równoważne, nie zaś poszukiwanie cech referencyjnych poza dokumentacją przetargu.

Ponadto, jak trafnie podnosił wykonawca Intertrading, co zdaje się umknęło odwołującym, „Obowiązkiem wykonawcy powołującego się na rozwiązania równoważne w stosunku do opisanych przez zamawiającego jest wykazanie, że w równoważnym stopniu spełniają one wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że oferta taka powinna zostać potraktowana jako zgodna z warunkami zamówienia. Ciężar dowodu pozostaje po stronie wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że istotne jest przy tym to, że wymagane właściwości i parametry danego produktu (rozwiązania) muszą być przez wykonawcę wykazane zamawiającemu, a zatem w sposób bezsporny udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania przed zamawiającym za pomocą wszelkich środków dostępnych wykonawcy (wyr. KIO z 23.4.2015 r., KIO 709/15, Legalis)”. (tak M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak w Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2021 r., art. 101 p.z.p., Legalis).

W konsekwencji powyższego wykonawcy powinni rozważnie przygotować się do oferowania rozwiązań równoważnych, gdyż to na przedsiębiorcy spoczywa obowiązek dowodowy w postaci wykazania, że oferowany przez niego produkt odpowiada wymaganiom stawianym przez zamawiającego. Zaś etapem, na którym należy sprostać temu obowiązkowi, jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie odwoławcze przez Izba, a następnie postępowanie skargowe przed sądem okręgowym, ma charakter weryfikacyjny – bada się, czy prawidłowo dokonano czynności w przetargu, więc nie może być wykorzystane do tego, by dopiero na tym etapie próbować wykazywać, że oferta spełnia kryteria równoważności.

Drugą podstawą odrzucenia oferty odwołującego Techsource (sygn. akt: KIO 3052/21) było zaoferowanie wadliwej listwy zasilającej L. W opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7a do SWZ część 1 - serwery, listwa zasilająca) zamawiający wskazał następujące wymagania „(...) - min. 5 gniazd CEE 7/5 lub CEE 3/7 („schuko”), - przewód zakończony wtyczką CEE 7/7 (...)”. Wykonawca Techsource w swojej ofercie wskazał listwę zasilającą „APC AP7921B + ukompletowanie”.

Zgodnie z informacją o odrzuceniu oferty zamawiający uznał listwę za niezgodną z SWZ, ponieważ posiada ona osiem gniazd C13 i jest zasilana przy pomocy wtyczki C20. Charakterystyka listwy APC AP7921B nie była sporna i dodatkowo wynika ze złożonej specyfikacji technicznej tej listwy. Odwołujący uzasadniając zarzut nr 2 odwołania twierdził, że wymagania dokumentacji postępowania, tj. pięć gniazd CEE 7/3 (schuko) oraz przewód 2,5 m zakończony wtyczką CEE 7/7 chciał osiągnąć poprzez zastosowanie pięciu adapterów do gniazdek C13 i adaptera do przewodu zakończonego wtyczką C20 do listwy zasilającej (przejście z wtyczki C20 na CEE7). Podnoszono też, że listwa posiada możliwość zastosowania gniazd CEE 7/3 schuko poprzez zastosowanie adaptera wtyczki złącza C13 do wtyczki złącza schuko.

Izba stwierdziła, że informacji tych nie ma w ofercie. Odwołujący nie wskazał *explicite* treści oferty, z której miałyby wynikać zaoferowanie adapterów/przejściówek, ponieważ takiej treści w niej nie ma. Wpisanie po nazwie handlowej listwy słowa „ukompletowanie” w żaden sposób nie świadczy jak wykonawca chciał osiągnąć wymóg SWZ, w szczególności nie wynika z niego sposób przedstawiony w postępowaniu odwoławczym. Jest to raczej stanowisko wykreowane na potrzeby postępowania przed Izba, niż faktyczna próba udowodnienia, że w ofercie wskazano sposób spełnienia wymogu dokumentacji postępowania. W ocenie Izby wyrażenie ukompletowanie oznacza raczej kabel i elementy montażowe do skrzyni mobilnej, czyli zgodnie z dokumentacją techniczną kabel zasilający, tace do przechowywania kabla ze śrubami i opaskami oraz wsporniki montażowe ze śrubami – nie zaś adaptory konieczne dla spełnienia wymagań danego OPZ. A nawet gdyby przyjąć, że enigmatyczne wyrażenie „ukompletowanie” oznacza zaoferowanie pięciu adapterów do

gniazdek C13 oraz adaptera do przewodu zakończony wtyczką C20 do listwy zasilającej L (pomijając, że profesjonalista zamiast wyrażenia ukompletowanie posłużyłby się słowem adaptery, jeżeli by je zaoferował), to nadal oferta nie spełniałaby wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

Odrzucenie oferty Techsource w zakresie listew zasilających jest właściwe z trzech niezależnych przyczyn. Po pierwsze, z oferty nie wynika, że zaoferowano w niej rzeczony adaptery – nie wynika więc sposób w jaki wykonawca chciał spełnić wymaganie SWZ, zaś model listwy zasilającej wpisany w ofercie bezspornie wymagań dokumentacji nie spełnia.

Po drugie, etapem wykazania spełnienia wymagań zamawiającego jest moment złożenia oferty, a nie postępowanie odwoławcze, kiedy dopiero teraz wykonawca podnosi, jak można wybrnąć z błędu jaki popełnił w ofercie, czyli jak wadliwą listwę można byłoby dostosować do OPZ.

Po trzecie, hipotetyczne użycie adapterów i tak nie spełniałoby wymagań warunków postępowania, ponieważ zamawiający nie dopuścił możliwości użycia w zakresie listwy zasilającej przejściówek/adapterów. Nie można też przyjąć, że co nie zostało zakazane (użycie adapterów) na kanwie OPZ, to jest dozwolone. Takie stanowisko pomija konstrukcję SWZ, ponieważ kiedy zamawiający dopuszczał możliwość zaoferowania przejściówek celem spełnienia danego wymogu, to wpisał to w dokumentacji (l.p. 28 wizualny lokalizator uszkodzeń, część nr 4 - pasywa i narzędzia sieciowe OPZ). Zatem przyjęty przez zamawiającego sposób sformułowania dokumentacji przetargu wskazuje, że kiedy jednostka zamawiająca wyrażała zgodę na użycie przejściówek, to wtedy wyraźnie zaznaczano to w SWZ. Wykonawca, który chciał zaoferować adaptery/przejściówki wpięrow musiałby zadbać o treść dokumentacji mu to umożliwiającej. SWZ nie dopuszcza takiego rozwiązania, a oferta z przejściówkami dla listwy zasilającej (o ile odwołujący udowodniłby, że takowe zaoferował w ofercie) nie spełnia wymagań dokumentacji postępowania i należy ją odrzucić zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., zatem czynność zamawiającego jest zdaniem Izby prawidłowa.

W konsekwencji powyższego nie było także podstaw do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w tym zakresie, więc jednostka zamawiająca nie naruszyła art. 107 ust. 4 w zw. z art. 223 ust. 1 p.z.p., zarzut nr 3 z *petitum* omawianego odwołania został oddalony. W ustalonym stanie rzeczy wyjaśnianie treści oferty odwołującego Techsource byłoby niedopuszczalne, bowiem prowadziłoby do obejścia prawa, poprzez ingerencję w jej treść – wprost niezgodną z merytorycznymi wymaganiami dokumentacji postępowania. Innymi słowy, wyjaśnianie wad oferty Techsource skutkowałoby złożeniem ponad ofertę i obok niej zupełnie nowego oświadczenia woli, po terminie składania ofert, co wprost prowadziłoby do nieuprawnionych negocjacji dotyczących złożonej oferty, więc byłoby bezprawne.

Izba stwierdziła, że nie ma również podstaw do uwzględnienia zarzutów nr 4 i 5 z *petitum* omawianego odwołania powiązanych przez odwołującego Techsource z pozostałymi zarzutami (zarzuty nr 1 - 3), które zostały przez skład orzekający oddalone. Skoro zarzucane zamawiającemu zaniechania nie znalazły potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, Izba oddaliła także zarzut naruszenia zasad naczelných uregulowanych w art. 16 p.z.p. oraz zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 253 p.z.p., ponieważ wybór oferty najkorzystniejszej jest prawidłowy. Rekapitułując, odwołanie sygn. akt: KIO 3052/21 zostało oddalone w całości.

Natomiast w zakresie odwołania konsorcjum MBA (sygn. akt: 3100/21) drugą podstawą odrzucenia oferty tego odwołującego, zgodnie zawiadomieniem o odrzuceniu z 6 października 2021 r., było uznanie, że zaoferowano „za małe skrzynie (lub zbyt duże serwery) - Zamawiający wymagał dostarczenia Skrzyń przystosowanych do montażu zamawianych serwerów N i S (nawet wręcz zamontowania tych serwerów w Skrzyniach). Zaoferowano Skrzynie SKB, przystosowane do montażu urządzeń o głębokości 30 cali. Zaoferowany Serwer N ma (wedle danych ze strony producenta) głębokość 33,07 cala. Zaoferowany Serwer S ma (wedle danych ze strony producenta) głębokość 33,17 cala. Rozmiary Serwerów znacząco przekraczają wymiar, do którego przystosowana jest skrzynia”.

Ze złożonego materiału procesowego, w tym specyfikacji technicznych zaoferowanych skrzyń wynika, że zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty popełnił błąd ustalając wymiary skrzyń transportowych konsorcjum MBA. Podany przez jednostkę zamawiającą parametr 30" oznacza rozstaw samych szyn rack używanych do montażu serwerów. Zatem czynności wyeliminowania oferty dokonano na podstawie wadliwie ustalonych danych skrzyń, które w rzeczywistości posiadają możliwość montażu serwerów 34,5" – głębokość przedniej szyny 34,5 cala (87,6 cm) wskazana w arkuszu specyfikacji produktu, dodatkowo potwierdzona oświadczeniem dystrybutora.

W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty konsorcjum MBA na tej podstawie była nieprawidłowa, skoro została oparta na błędnym ustaleniu parametru przez zamawiającego. Niemniej skład orzekający uznał, że nie ma to żadnego wpływu na wynik postępowania, więc zarzut został oddalony z powodu brzmienia art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który warunkuje możliwość uwzględnienia odwołania przez Izbę. Nie doszło bowiem w przetargu do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący jest wykonawcą, którego oferta została prawidłowo odrzucona przez zamawiającego ze względu na zaoferowanie wadliwego typu dysku serwera N. Wynik postępowania, czyli wybór oferty wykonawcy Intertrading jest prawidłowy, podobnie za prawidłową Izba uznała czynność odrzucenia oferty

konsorcjum MBA, zatem wobec braku wypełnienia hipotezy art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. odwołanie sygn. akt KIO 3100/21 zostało oddalone w całości.

Skład orzekający zauważył także, że w swoim piśmie procesowym z dnia 14 listopada 2021 r. wykonawca Intertrading podnosił dodatkowe okoliczności, które jego zdaniem powodują, że skrzynie konsorcjum MBA są wadliwe. Jednakże okoliczności tych nie ma w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, które weryfikowano w postępowaniu odwoławczym. Stanowisko to wykracza poza spektrum informacji z dnia 6 października 2021 r. i w znaczącej większości dotyczy sposobu interpretacji SWZ przez wykonawcę oraz sposobu w jaki on oceniłby ofertę konkurencji, a nie tego, co wskazał wykonawcom zamawiający i co zaskarżyło konsorcjum MBA.

Odwołujący Intertrading (sygn. akt: KIO 3095/21) podnosił dodatkowe podstawy, które w jego ocenie powinny skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Techsource i konsorcjum MBA, a nie zostały uwzględnione przez zamawiającego.

W zakresie oferty Techsource wskazano brak spełnienia wymogu wzoru umowy, gdzie w § 5 ust. 2 wykonawca zobowiązany został przez zamawiającego do dostarczenia sprzętu pochodzącego z autoryzowanego kanału sprzedaży producenta na rynek polski, oznacza to sposób zakupu, w którym producent kieruje dany sprzęt do sprzedaży na określonym terytorium i wskazuje podmioty upoważnione do autoryzowanej sprzedaży. W celu potwierdzenia tego wymogu wykonawca winien dostarczyć zamawiającemu oświadczenie producenta.

Odwołujący podnosił niespełnienie wymagania w zakresie zaoferowanych przez Techsource listew AP7921B, na potwierdzenie swojego stanowiska złożył wydruk ze strony internetowej APC, gdzie w treści dotyczącej dystrybucji produktów nie ma Polski, zaś wykonawca Techsource przedstawił oświadczenie producenta potwierdzające, że zaoferowane listwy pochodzą z autoryzowanego kanału sprzedaży na rynek polski.

W ocenie Izby autentyczne i niezakwestionowane oświadczenie producenta udowadniają rzeczywistą cechę produktu, jaką jest źródło pochodzenia zaoferowanej listwy APC AP7921B wymagane przez zamawiającego. Skład orzekający nie znalazł podstaw, aby nie dać mu wiary. W istocie informacja od producenta, złożona w zindywidualizowany sposób bezpośrednio kontrahentowi i mogąca stanowić ewentualną podstawę do przyszłych roszczeń, jest dowodem znacznie bardziej wiarygodnym, niż informacje pochodzące z internetu. Izba stwierdziła zatem, że zarzut ten nie został przez odwołującego właściwie udowodniony.

Odwołujący podnosił dalej, że wykonawca Techsource zaoferował niespełniające wymagań zamawiającego skrzynie K3, K4 i K5 (Peli Classic-V-Series), ponieważ serwery N (Asus RS720-E11-RS24U) i S (Asus RS500A-E11-RS12U) z jego oferty, uwzględniając konieczność montażu wkładek światłowodowych i niezbędnych kabli, nie mieszczą się we

wskazane skrzynie, tym samym brak jest możliwości prawidłowej instalacji i użytkowania serwerów w zaoferowanych skrzyniach. Nie było spornym, że serwer N wskazany przez Techsource posiada obudowę 33" (83,82 cm), a serwer S 33,07" (84,00 cm). Dodatkowo wynika to ze specyfikacji technicznych złożonych przez strony i zdjęć serwerów z oznaczeniem wymiaru. Nie było także spornym jakie wymiary są podawane w kartach katalogowych skrzyń: odwołujący złożył wydruk karty katalogowej skrzyni Classic-V-Series-4U-M6, a wykonawca Techsource kartę katalogową skrzyni Classic-V-Series-3U. Poglądowo złożono też zdjęcia skrzyń.

Kluczowym dowodem okazało się złożone przez wykonawcę Techsource oświadczenie producenta, gdzie wskazano, że w skrzyniach Peli Hardigg Rack Classic-V-Series (4U, 3U i 5U) całkowita długość montowanych urządzeń nie może przekraczać 103,50 cm, więc podobnie jak w przypadku dystrybucji listew rzeczywistą cechą produktu wykazano oświadczeniem pochodzącym bezpośrednio od producenta. Odwołujący nie podważał wiarygodności dowodu, Izba także nie znalazła podstaw, by odmówić mu tego przymiotu i przyjęła, że spełniono wymagania SWZ. Odwołujący nie zdecydował się na przedstawienie kontrdowodu podważającego parametr z oświadczenia producenta skrzyń. Nie udowodniono również, żeby w podanym wymiarze - 103,50 cm, nie można było właściwie zamontować niezbędnych kabli i wkładek, czyli nie wykazano, by skrzynie te nie dawały możliwości prawidłowej instalacji i użytkowania serwerów Asus zaoferowanych przez wykonawcę Techsource, co spowodowało oddalenie niewykazanego zarzutu.

W zakresie oferty wykonawcy Techsource, jak i oferty konsorcjum MBA podnoszono dwie dodatkowe, wspólne dla obu ofert podstawy do odrzucenia. Pierwszą z nich była niekompatybilność modułu RAM z oferowaną obudową płyty głównej. Wykonawcy zaoferowali moduł pamięci RAM Samsung M393A8G40AB2-CWE i Samsung M393A4K40DB3-CWE, które w opinii odwołującego nie znajdują się na prowadzonej przez producenta obudowy (Asus) liście kompatybilności obudów z płytą główną.

Na potwierdzenie swojej argumentacji odwołujący przedstawił jego zdaniem zrzuty ekranu list wspieranych przez Asus modułów pamięci RAM dla zaoferowanych przez jego konkurencję obudów płyty głównej serwera S i serwera N. Izba zauważyła, że są to jakiegoś fragmenty informacji, bez właściwego wykazania źródła ich pochodzenia, na podstawie których nie można poczynić wiarygodnych ustaleń dotyczących okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Fragmenty tabel wydają się pochodzić z jakiegoś widniejącego na zrzucie ekranu pliku, którego numerycznej nazwy odwołujący nie powiązał z rzeczonymi listami produktów wspieranych przez Asus. Środki dowodowe zostały wycinkowo przetłumaczone, a zrzut ekranu wskazany jako dowód nr 8 złożono wyłącznie w języku angielskim.

Izba wskazuje, że art. 506 ust. 1 p.z.p. wprowadza zasadę prowadzenia postępowania odwoławczego w języku polskim, zgodnie zaś z art. 506 ust. 2 p.z.p. wszystkie

dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie. Dowód nr 8, który został złożony bez tłumaczenia, jest więc wadliwy formalnie i nie tylko nie ma możliwości oparcia na takim materiale procesowym ustaleń Izby, a jego wada powoduje, że został on przez skład orzekający pominięty.

Wykonawca Techsource także w tym wypadku przedłożył oświadczenie producenta, gdzie przedstawiciel Asus oświadcza, że zaoferowane obudowy Asus są w pełni kompatybilne z modułami pamięci Samsung, podanymi w obu ofertach. Nie tylko zatem odwołujący nie udowodnił w sposób prawidłowych podnoszonych zarzutów, a wykazano okoliczność przeciwną, niepodważonym i wiarygodnym oświadczeniem producenta, co skutkowało oddaleniem omawianego zarzutu.

Według odwołującego drugą wspólną wadą oferty Techsource i oferty konsorcjum MBA było zaoferowanie kart sieciowych (N2) serwera S - Intel Ethernet Network Adapter E810-XXVDA-2, które posiadają odmienne niż wymagane interfejsy, tj. SFP28 i według danych producenta Intel mają możliwość instalacji wyłącznie wkładek 25Gb/s (SFP 28) i 10Gb/s (SFP+), nie obsługują wkładek SFP 1Gb/s (SFP1, SFP2).

Odwołujący przedłożył kartę katalogową spornej karty sieciowej, z której wynika wspieranie wkładek 10Gb/s i 25Gb/s, co poparto oświadczeniem Intel Technology Poland, w którym potwierdzono, że karty sieciowe obsługują wyłącznie rodzaje wkładek (modułów): 25G-SR, 25G-LR, 10G-SR i 10G-LR - w zakresie tego oświadczenia, w przeciwieństwie do wcześniejszych zarzutów, kwestionowano brak wiedzy po stronie osoby, która złożyła oświadczenie w imieniu Intel (oświadczenie z 12.11.2021 r., podpisane przez pana R.A.).

Przeciwnicy procesowi odwołującego złożyli specyfikację rzeczowej karty sieciowej, gdzie wskazano szybkość transmisji danych na port 25/10/1GbE (pochodzącą zgodnie z oświadczeniem Intel z oficjalnej strony [ark.intel.com] z podręcznika użytkownika, co wykazano ciągiem zrzutów ekranu) oraz oświadczenie dystrybutora wkładek, że nie spowodują one uszkodzeń w urządzeniach Intel i dwa oświadczenia producenta serwerów, że: 1) zainstalowane karty sieciowe umożliwiają bezkonfliktowe, bezproblemowe korzystanie ze wskazanych w oświadczeniu wkładek, zgodnych z ogólnie przyjętymi standardami, a ich działanie z zaoferowanymi kartami sieciowymi zostało przetestowane, 2) rzeczony karty sieciowe obsługują protokoły transmisji danych z prędkością 25/10/1 Gbe i są w pełni kompatybilne ze wskazanymi w oświadczeniu modułami optycznymi, w tym 1Gb/s (SFP). Złożono także schemat łączności z wycinkiem opisu dotyczący Intel Kontrolera Ethernet E810, gdzie jest obsługa wkładek 1GBASE-T.

Mając na uwadze całokształt materiału procesowego skład orzekający stwierdził, że obciążony ciężarem dowodu odwołujący nie sprostował wykazaniu, że oferty jego konkurencji są niezgodne z SWZ. Przedstawione przez przystępujących spójne oświadczenia

producenta serwerów i producenta spornych wkładek są przekonujące, a dodatkowo zgodne z podręcznikiem użytkownika Intel. Natomiast złożone przez odwołującego oświadczenie producenta kart sieciowych, które zostało zakwestionowane w zakresie wiedzy osoby podpisującej oświadczenie, nie może stanowić jednoznacznej podstawy do uwzględnienia zarzutu. Kiedy zostało podważone, iż osoba składająca oświadczenie wiedzy w formule dokumentu prywatnego takiej wiedzy nie posiada, to zgodnie z regułami ogólnymi wykazanie tej okoliczności obciąża odwołującego, zaś Izbie nie przedstawiono dowodów, iż pan R.A. posiada specjalistyczną wiedzę w zakresie oświadczenia, które złożył. W konsekwencji nie wykazano w sposób jednoznaczny, że oferty należy odrzucić, zgromadzony materiał procesowy nie daje przekonujących i jednoznacznych podstaw do takich wniosków.

Ponadto, w ocenie składu rozpoznającego spór odwołanie sygn. akt: KIO 3095/21 nie mogłoby zostać uwzględnione z powodu treści art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który warunkuje możliwość uwzględnienia środka zaskarżenia przez Izbę. Zgodnie z tą normą uwzględnienie odwołania wymaga stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący jest wykonawcą, którego oferta została prawidłowo wybrana jako najkorzystniejsza, wynik przetargu jest dla niego jednoznacznie korzystny, a dodatkowe podstawy odrzucenia ofert jego konkurencji w żaden sposób nie zmienią rozstrzygnięcia postępowania. Gdyby więc nawet potwierdziły się dodatkowe przesłanki do odrzucenia ofert, które zostały prawidłowo wyeliminowane przez zamawiającego z postępowania, to i tak przeszkodą, która uniemożliwia uwzględnienie omawianego odwołania jest brzmienie art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Odwołanie wnoszone przez zwycięzcę postępowania i zarzuty wobec ofert z dalszych pozycji rankingu lub ofert odrzuconych, w przypadku utrzymania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej – tak jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze, w żaden sposób nie wpłyną na czynność wyboru. Podnoszone przez odwołującego zarzuty pozostają neutralne wobec wyniku postępowania. Przy czym w omawianej normie, kiedy doszło do rozstrzygnięcia postępowania przez zamawiającego, należy uwzględnić faktyczny wpływ na tą czynność, a nie możliwy, hipotetyczny wpływ – zresztą odwołujący na taki potencjalny wpływ nie wskazał, odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste.

Prezentowane stanowisko jest spójne z poglądami orzecznictwa, przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie wskazano, iż „Zasadnie bowiem skarżący podniósł, że naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy "L." S.A. w W. nie miało ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż oferta tego podmiotu oceniona została dopiero na drugim

miejscu zważywszy na kryteria oceny ofert zaś zarzuty skarżącego w stosunku do najkorzystniejszej oferty okazały się bezzasadne. Trafnie podniósł skarżący, że ukształtowane jest już w orzecznictwie pogląd, iż przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 04.03.2013 r. sygn. akt: V Ca 3270/12).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, tj. każdy z odwołujących został obciążony kosztem poniesionego wpisu. Natomiast w zakresie kosztów strony wszyscy wykonawcy przystępujący wskazani w sentencji orzeczenia wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia odwołań przez zamawiającego. Wszyscy przystępujący wnieśli także o zasądzenie na ich rzecz od poszczególnych odwołujących kosztów poniesionego zastępstwa procesowego i złożyli rachunki w kwocie 3600,00 zł lub większej (co Izba zobowiązana jest zmniejszyć do limitu wynikającego z § 5 ust. 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W sprawie sygn. akt: KIO 3052/21 wobec oddalenia odwołania koszty strony należałyby się od wykonawcy Techsource na rzecz wnoszących sprzeciw wykonawcy Intertrading i konsorcjum MBA. W sprawie sygn. akt: KIO 3095/21 wobec oddalenia odwołania koszty strony należałyby się od wykonawcy Intertrading na rzecz wnoszących sprzeciw wykonawcy Techsource i konsorcjum MBA. W sprawie sygn. akt: KIO 3100/21 wobec oddalenia odwołania koszty strony należałyby się od konsorcjum MBA na rzecz wnoszących sprzeciw wykonawcy Techsource i wykonawcy Intertrading. Upraszczając, każdy z wykonawców miałby sumarycznie trzykrotnie zasądzone na swoją rzecz koszty wynagrodzenia pełnomocnika od danego odwołującego (jako wykonawca przystępujący wnoszący sprzeciw) i trzykrotnie musiałby je ponieść na rzecz przeciwników procesowych w związku z oddaleniem swojego odwołania. Koszty strony byłyby zasądzone w sposób krzyżowy, a ostatecznie każdy z wykonawców zwróciłby drugiej stronie koszty w takiej kwocie, w jakiej sam by ją otrzymał. Skład orzekający zatem uznał, że uzasadnionym będzie, jeżeli strony poniosą koszty wynagrodzenia pełnomocników we własnym zakresie i zniósł wzajemnie koszty stron postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....