

sygn. akt: **KIO 2377/17**

WYROK
z dnia 01 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel – Kowalczyk
Emil Kuriata
Jan Kuzawiński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2017 r. przez wykonawcę **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa serwerów i wyposażenia do serwerów” – część III (numer referencyjny: 17/4/37/17)

przy udziale:

wykonawcy **Computex Sp. z o.o. Sp. k., ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa serwerów i wyposażenia do serwerów” – (numer referencyjny 17/4/37/17).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 128 – 260583, w dniu 07 lipca 2017 r.

31 października 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Tradex Systems sp. z o.o. w Warszawie, (dalej Odwołujący) o wyborze w zakresie części III zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa (dalej Fujitsu).

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2017 r. przez wykonawcę TRADEX-SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa.

W odwołaniu wskazano na naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 7 ust. 1, art. 89 ust 1. pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę w zakresie Części III postępowania ofert Wykonawców Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. i ITprojekt Sp. z o.o. (dalej ITprojekt) i uznanie ich za zgodne z treścią SIWZ, pomimo, iż oferty złożone przez tych Wykonawców powinny podlegać odrzuceniu, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert ww. Wykonawców pomimo, iż ich treść jest niezgodna z treścią SIWZ;

2. art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu dokumentacji postępowania, tj. listy komponentów (konfiguracji) produktów składających się na przedmiot zamówienia lub udzielenia wyjaśnień o braku takich zestawień w wyjaśnieniach wykonawców Fujitsu i ITprojekt złożonych na wezwania zamawiającego z dnia 06.10.2017 r., co w konsekwencji prowadzi do istotnego utrudnienia Odwołującemu korzystania ze środków ochrony prawnej;

oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert FUJITSU, ITPROJEKT i ich odrzucenia;
- 4) nakazanie Zamawiającemu niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania we wnioskowanym zakresie.

Uzasadnienie odwołania

Z treści odwołania wynika, iż Zamawiający pismem z dnia 31 października 2017 r., poinformował wykonawców o dokonanej ocenie ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie Części III: Dostawa macierzy dyskowych w postępowaniu pn. Dostawa serwerów i wyposażenia do serwerów. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Fujitsu, a oferta wykonawcy ITprojekt została sklasyfikowana na 2 pozycji. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie ofert, a tym samym dokonał wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. W szczególności, Zamawiający przy ocenie ofert nie uwzględnił okoliczności wynikłych w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 1940/17. Odwołujący podnosi, iż Wykonawca ITprojekt nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1940/17 i nie wniósł sprzeciwu. Tym samym, należy uznać, że ITprojekt podzielił argumentację Odwołującego zawartą w odwołaniu i uznał, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia nie spełnia wszystkich wymagań SIWZ, w szczególności, że nie uwzględnił w zaoferowanej konfiguracji macierzy dyskowej OceanStor 2200 V3 m.in.

oprogramowania wymaganego w pkt. 22 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz w § 6 ust. 9 Istotnych postanowień umowy (Załącznik nr 9 do SIWZ). Odwołujący za niezasadne i bezprzedmiotowe uznaje wzywanie Wykonawcy ITprojekt do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie treści oferty i jej ceny, a wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 10 października 2017 r. i 26 października 2017 r. należy traktować jako niedopuszczalną zmianę treści oferty tego Wykonawcy, dokonaną po terminie złożenia ofert, co powinno skutkować odrzuceniem takiej oferty.

Odwołujący wskazuje, że nawet przy uwzględnieniu treści wyjaśnień Wykonawcy ITprojekt z dnia 10 października 2017 r. i 26 października 2017 r., oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ. W wyjaśnieniach z dnia 10 października 2017 r. Wykonawca ITprojekt przyznał wprost, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w sposób odmienny niż wymagany w SIWZ, co ma przełożenie na kalkulację cenową, w szczególności przez wskazanie że „baza zaplecza technicznego Wykonawcy – zarówno serwis ITprojekt wraz z magazynem części zamiennych, jak i zaplecze serwisowe Producenta – zlokalizowane są w Warszawie – w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia”, przy czym zgodnie z § 3 ust. 2 Istotnych postanowień umowy odbiorcą przedmiotu zamówienia jest Regionalna Baza Logistyczna, Skład Piła, Al. Powstańców Wielkopolskich 180. Zgodnie z § 9 ust. 7 Istotnych postanowień umowy, wszelkie naprawy gwarancyjne mają być realizowane w miejscu eksploatacji sprzętu co wiąże się m.in. z dodatkowymi kosztami i koniecznością innej organizacji pracy serwisu. W związku z tym, Wykonawca ITprojekt w sposób oczywisty, błędnie wyliczył koszt usług, nie uwzględniając wszystkich niezbędnych usług, składających się na przedmiot zamówienia, a tym samym zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ i w wyniku tego uzyskał niższą cenę oferty. Odwołujący podkreśla, że poza lakonicznymi i ogólnikowymi stwierdzeniami, z treści wyjaśnień Wykonawcy ITprojekt z dnia 10 października 2017 r. i 26 października 2017 r., udostępnionych Odwołującemu, nie wynika wprost fakt zaoferowania niezbędnych licencji oprogramowania wraz z odpowiednim wsparciem serwisowym, zapewniającym prawo do aktualizacji i nowych wersji tego oprogramowania, wskazanych z treści odwołania z dnia 14.09.2017 r., sygn. akt KIO 1940/17.

Odwołujący podnosi, iż oferta Fujitsu, w świetle wyjaśnień tego Wykonawcy udzielonych pismem z dnia 11 października 2017 r. i 27 października 2017 r., również podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ. W wyjaśnieniach z dnia 11.10.2017 r. wykonawca FUJITSU przyznał wprost, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w sposób odmienny niż wymagany w SIWZ, co ma

przełożenie na kalkulację cenową jego oferty. Wykonawca FUJITSU w pkt. 3 pisma z dnia 11 października 2017 r., opisującym *"sprzyjające Wykonawcy warunki umożliwiające zaoferowanie Ceny Oferty"*, w ppkt. a) wskazuje, że *"(•••) w cenie tej uwzględniony jest już koszt zapewnienia 36-miesięcznej gwarancji oraz świadczenie serwisu gwarancyjnego w autoryzowanym punkcie serwisowym na terenie całego kraju (...), a więc nie ulega wątpliwości, że koszty ponoszone przez Wykonawcę są realne i zapewniają należyte wykonanie zamówienia."* Jak już to zostało wskazane powyżej, zgodnie z § 9 ust. 7 Istotnych postanowień umowy, wszelkie naprawy gwarancyjne mają być realizowane w miejscu eksploatacji sprzętu, a nie w autoryzowanym punkcie serwisowym, co wiąże się m.in. z dodatkowymi kosztami dojazdu serwisanta do miejsca eksploatacji sprzętu i koniecznością innej organizacji pracy serwisu, aby zapewnić odpowiedni poziom i terminowość świadczenia usług, zdefiniowanych w § 9 ust. 8 Istotnych postanowień umowy.

Z informacji wskazanych w piśmie Wykonawcy Fujitsu z dnia 11 października 2017 r., w pkt. 1 *"Elementy składające się na Cenę Oferty"* oraz w pkt. 3 ppkt. b) jednoznacznie wynika, że Wykonawca ten nie uwzględnił w całkowitej cenie brutto oferty wszystkich niezbędnych usług, w tym dostawy przedmiotu zamówienia do odbiorcy wskazanego w § 3 ust. 2 Istotnych postanowień umowy, tj. 1 Regionalnej Bazy Logistycznej, Skład Piła, 64-920 Piła, Al. Powstańców Wielkopolskich 180. Zgodnie z informacją podaną w tabeli w pkt. 1 oraz wyjaśnieniami zawartymi w pkt. 3 ppkt. b), Wykonawca Fujitsu w cenie ofertowej uwzględnił wyłącznie koszt dostawy urządzeń z fabryki w Niemczech do siedziby wykonawcy Fujitsu w Polsce.

W związku z tym, Wykonawca Fujitsu w sposób oczywisty, błędnie wyliczył koszt usług, nie uwzględniając wszystkich niezbędnych usług, składających się na przedmiot zamówienia, a tym samym zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ i w ten sposób uzyskał niższą cenę oferty.

Podkreślenia wymaga również fakt, że poza lakonicznymi i ogólnikowymi stwierdzeniami, z treści wyjaśnień Wykonawcy Fujitsu z dnia 11 października 2017 r. i 27 października 2017 r., udostępnionych Odwołującemu, nie wynika wprost fakt zaoferowania licencji oprogramowania wraz z odpowiednimi usługami serwisowym, zapewniającymi prawo do aktualizacji i nowych wersji tego oprogramowania, wskazanych w treści odwołania z dnia 14 września 2017 r., sygn. KIO 1940/17. Podanie przez wykonawcę Fujitsu w wyjaśnieniach, wyłącznie nazwy oprogramowania, z pominięciem odpowiednich numerów katalogowych, może wskazywać, że będzie to niepełna wersja tego oprogramowania, np. wersja demonstracyjna, próbna lub inna ograniczona czasowo, nie zapewniająca Zamawiającemu prawa do aktualizacji i nowych wersji tego oprogramowania w całym okresie gwarancyjnym.

Odwołujący nadmienia, że w celu spełnienia wymagania określonego w pkt. 20 części III Załącznika nr 1 do SIWZ, zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 11 października 2017 r., zawartymi w pkt. 1 pisma *"Elementy składające się na Cenę Oferty"*, Wykonawca Fujitsu zaoferował dostawę najtańszych serwerów z oferty Fujitsu, tj. Fujitsu Primergy TX1310m3. Serwery te, to urządzenia w obudowie wolnostojącej, typu "tower", wyposażone w maksymalnie 1 zasilacz, przeznaczone dla klientów z sektora mikro przedsiębiorstw, które nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ. W szczególności, w pkt. 15 Zamawiający wymagał, aby system zasilania oferowanych urządzeń był przystosowany do pracy z dwóch niezależnych źródeł prądowych, tak by zanik jednej fazy, albo całego jednego źródła zasilania nie powodował przerwy w pracy urządzenia ani zmniejszenia jego wydajności. W przypadku dostawy serwera, na którym będzie zainstalowane oprogramowanie zarządzające macierzy, wyposażonego tylko w jeden zasilacz, bez redundancji zasilania, zanik jednego źródła zasilania, spowoduje wyłączenie całego serwera, a tym samym brak możliwości korzystania z macierzy w pełnym wymaganym w SIWZ zakresie, tj. ze wszystkich funkcjonalności i funkcji tej macierzy dyskowej, sterowanej poprzez oprogramowanie zarządzające Storage Cruiser Standard i Storage Cruiser Optimization zainstalowane na serwerze Fujitsu Primergy TX1310m3. Dodatkowo w pkt. 16, Zamawiający wymagał, aby zapewniona była możliwość wymiany uszkodzonych zasilaczy bez konieczności przerywania pracy całego urządzenia. Zaoferowanie serwera wyposażonego wyłącznie w jeden zamontowany na stałe zasilacz nie spełnia tego istotnego wymagania SIWZ. W serwerze wyposażonym tylko w jeden zasilacz, uszkodzenie zasilacza i jego wymiana skutkuje każdorazowo koniecznością wyłączenia całego urządzenia i wymontowania zasilacza z wnętrza obudowy serwera.

Należy podkreślić, że zaoferowane przez Wykonawcę Fujitsu rozwiązanie nie spełnia również wymagania określonego w pkt. 9 Części III Załącznika nr 1 do SIWZ. Zamawiający oczekiwał dostawy rozwiązania w obudowie do montażu w szafie serwerowej Rack 19", w którym macierz będzie posiadała obudowę o wysokości do 2U. Wykonawca Fujitsu zaoferował dostawę serwera Fujitsu Primergy TX1310m3 w obudowie wolnostojącej, typu "tower", co oznacza, że takie rozwiązanie wymaga zarezerwowania większej powierzchni, aniżeli 2U, a serwer ten nie będzie mógł zostać zainstalowany w szafie Rack 19". Taki serwer będzie musiał być zainstalowany zapewne w innym pomieszczeniu niż pomieszczenie serwerowni, oddalonym od macierzy dyskowej, co w znaczący sposób utrudni właściwą i sprawną obsługę macierzy przez administratora. Takie usytuowanie serwera z oprogramowaniem zarządzającym macierzą dyskową jest związane z obniżeniem parametrów niezawodnościowych całego rozwiązania oraz wpływa na obniżenie poziomu bezpieczeństwa rozwiązania poprzez zwiększenie możliwości nieuprawnionego dostępu,

zarówno do serwera, jak również do macierzy poprzez ten serwer.

Odwołujący nadmienił, że firma Fujitsu posiada w swojej ofercie serwery spełniające wymagania SIWZ, tj. serwery w obudowach przystosowanych do montażu w szafach serwerowych Rack 19", wyposażone w dwa redundatne zasilacze, pozwalające na ich wymianę bez konieczności przerywania pracy poprzez wyłączenie całego serwera, np. Fujitsu Primergy RX1330m3.

Odnosnie nieudostępnienia dokumentacji w odwołaniu wskazano, że w dniu 07 listopada 2017 r. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o uzupełnienie udostępnionych mu w dniu 02 listopada 2017 r. dokumentów o informacje dotyczące zakresu wyjaśnień udzielonych przez wykonawców Fujitsu i ITprojekt, w szczególności podanie, czy Wykonawcy przedstawili szczegółowe kalkulacje cenowe obejmujące listę komponentów i udostępnienie tych zestawień komponentów bez informacji stanowiących ewentualną tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uwagi na określony ustawowo termin na wniesienie odwołania, Odwołujący prosił o udostępnienie dokumentacji postępowania w tym zakresie najpóźniej do dnia 09 listopada 2017 r.

Do chwili wniesienia odwołania Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wnioskowanych dokumentów bądź informacji, co stanowi naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, a także prowadzi do istotnego utrudnienia Odwołującemu korzystania ze środków ochrony prawnej.

Podczas rozprawy w dniu 28 listopada 2017 r. Odwołujący w uzupełnieniu odwołania zwrócił uwagę, iż firma Fujitsu miała świadomość co do zarzutów dotyczących jej oferty przedstawionych w sprawie o sygn. akt KIO 1940/17. Pomimo dwóch wezwań Zamawiającego, Fujitsu nie przedstawił potwierdzenia zaoferowania licencji zgodnej z SIWZ. Wskazał, iż zaoferowane licencje nie są pełnowartościowym produktem, co wpływa na koszty oferty, oraz na kolejne niezgodności oferty Fujitsu, w szczególności zał. nr 1, 15, 16 oraz 9 opisane w odwołaniu. Odwołujący odniósł się do porównania serwera zaoferowanego przez Fujitsu tj. serwera Primergy TX1310M3 do serwera Fujitsu, który spełnia wymagania SIWZ o nazwie Primergy RX1330M3. Zaoferowany w niniejszym postępowaniu serwer TX1310M3 ma 1 standardowy wbudowany zasilacz o mocy 250 W, a w celu wymiany zasilacza konieczne jest rozmontowanie obudowy i odłączenie płyty głównej z odłączeniem zasilania, co wskazuje na niezgodność z SIWZ. Odwołujący podniósł, iż zaoferowany serwer występuje w obudowie typu „tower”, co powoduje, iż nie istnieje możliwość zainstalowania w szafie macierzy.

Odnosnie zarzutu dotyczącego punktu serwisowego, Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia przystępującego Fujitsu w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są jednoznacznie i nie

budzą wątpliwości, a koszt dojazdu jest znaczący. Podnosi, iż w przedłożonym dowodzie przystępujący Fujitsu oferuje 2 różne typy gwarancji i uzasadnione jest twierdzenie, iż przystępujący Fujitsu oferuje świadczenie serwisu w autoryzowanym punkcie serwisowym. Bez znaczenia dla oceny zgodności oferty z treścią SIWZ są kary umowne przewidziane przez Zamawiającego w projekcie umowy.

Wnosi o niedopuszczenie dowodu nr 8 dotyczącego oświadczenia o miejscu i sposobie dostawy jako dowodu jako dowodu niesłusznie zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa, ewentualnie o udostępnienie stronom w celu umożliwienia odniesienia się do przedstawionych tam informacji.

Koszty dostawy do punktu docelowego. Odwołujący wskazuje, iż w wyjaśnieniach z 11 października 2017 r. w pkt c przystępujący Fujitsu przewidział usługę etykietowania dokonywaną w Polsce, więc nie ma możliwości dostawy realizowanej bezpośrednio z fabryki w Niemczech do Zamawiającego. Ponadto transport specjalny do Piły jest znacznie droższy ze względu na jego dedykowanie małemu zamówieniu, niż tożsamy transport do Warszawy umożliwiający kumulację transportowanych urządzeń.

Wskazuje, iż przystępujący Fujitsu, odnośnie wymagań dotyczących serwera, buduje swoją argumentację ze sposobu konstruowania aktów prawnych, tymczasem specyfikacja jest dokumentem określającym wymagania Zamawiającego. Podnosi, iż przystępujący Fujitsu nie wykazał, iż serwer pozwoli na poprawną pracę, co stanowi wymaganie pkt 20. Wskazuje, iż bez tego serwera macierz nie będzie działać. Brak tego serwera uniemożliwi również działanie wymagań wskazanych w pkt 22, a w przypadku braku pracy serwera nie będzie działała wymagana funkcjonalność.

Dowód nr 7 potwierdza, iż w przypadku, gdy serwer nie będzie działał, nie będzie realizowana funkcjonalność z pkt 22, tj. flexible tire (AST). Konieczność realizowana tej funkcjonalności jest bezsporna i potwierdzona wyrokiem KIO w sprawie o sygn. 1940/17.

Podnosi, iż łącznie wysokość serwera z macierzą nie powinna przekraczać 2 jednostek.

Wykonawca zobowiązany był spełnić wszystkie punkty wskazane w zał. nr 1 dla rozwiązań równoważnych, jeżeli takie zaoferował.

Przystępujący Fujitsu nie wykazał, iż zaoferowany serwer posiada większą liczbę zasilaczy, niż 1 i jest możliwość realizacji pkt 15 i 16 SIWZ.

Odwołujący wskazuje, iż nie miał informacji o złożonych przez przystępującego Fujitsu wyjaśnieniach i informacjach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie

komponentów wchodzących w skład oferty, w szczególności wnoszą o weryfikację w zakresie zaoferowania licencji ETSF16, Feature Pack (AST Pack) numer katalogowy: FTS:D01915G81H oraz usług serwisowych do zestawu licencji SP3YTS Sub & APGR, 9x5, 4HRMRT nr kat.: FSP:G-SW3MO60PRE0C. Zamawiający odtajnił część techniczną oferty Odwołującego i przystępującego Fujitsu, w związku z tym złożone wyjaśnienia w zakresie technicznych elementów nie powinny stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazuje, odnośnie zarzutu dotyczącego punktu serwisowego, iż wyjaśnienia przystępującego Fujitsu w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są jednoznacznie i nie budzą wątpliwości, a koszt dojazdu jest znaczący. Podnosi, iż w przedłożonym dowodzie przystępujący Fujitsu oferuje 2 różne typy gwarancji i uzasadnione jest twierdzenie, iż przystępujący Fujitsu oferuje świadczenie serwisu w autoryzowanym punkcie serwisowym. Bez znaczenia dla oceny zgodności oferty z treścią SIWZ są kary umowne przewidziane przez Zamawiającego w projekcie umowy.

Wnosi o niedopuszczenie dowodu nr 8 dotyczącego oświadczenia o miejscu i sposobie dostawy jako dowodu jako dowodu niesłusznie zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa, ewentualnie o udostępnienie stronom w celu umożliwienia odniesienia się do przedstawionych tam informacji.

Koszty dostawy do punktu docelowego. Odwołujący wskazuje, iż w wyjaśnieniach z 11 października 2017 r. w pkt c przystępujący Fujitsu przewidział usługę etykietowania dokonywaną w Polsce, więc nie ma możliwości dostawy realizowanej bezpośrednio z fabryki w Niemczech do Zamawiającego. Ponadto transport specjalny do Piły jest znacznie droższy ze względu na jego dedykowanie małemu zamówieniu, niż tożsamy transport do Warszawy umożliwiający kumulację transportowanych urządzeń.

Wskazuje, iż przystępujący Fujitsu, odnośnie wymagań dotyczących serwera, buduje swoją argumentację ze sposobu konstruowania aktów prawnych, tymczasem specyfikacja jest dokumentem określającym wymagania Zamawiającego. Podnosi, iż przystępujący Fujitsu nie wykazał, iż serwer pozwoli na poprawną pracę, co stanowi wymaganie pkt 20. Wskazuje, iż bez tego serwera macierz nie będzie działać. Brak tego serwera uniemożliwi również działanie wymagań wskazanych w pkt 22, a w przypadku braku pracy serwera nie będzie działała wymagana funkcjonalność.

Dowód nr 7 przedłożony przez przystępującego Fujitsu potwierdza, iż w przypadku, gdy serwer nie będzie działał, nie będzie realizowana funkcjonalność z pkt 22, tj. flexible tire (AST). Konieczność realizowania tej funkcjonalności jest bezsporna i potwierdzona wyrokiem KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1940/17.

Podnosi, iż łącznie wysokość serwera z macierzą nie powinna przekraczać 2 jednostek.

Wykonawca zobowiązany był spełnić wszystkie punkty wskazane w Załączniku nr 1 do SIWZ dla rozwiązań równoważnych, jeżeli takie zaoferował.

Przystępujący Fujitsu nie wykazał, iż zaoferowany serwer posiada większą liczbę zasilaczy, niż 1. Odwołujący wskazuje, iż nie miał informacji o złożonych przez przystępującego Fujitsu wyjaśnieniach i informacjach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie komponentów wchodzących w skład oferty, w szczególności wniósł o weryfikację w zakresie zaoferowania licencji ETSF16, Feature Pack (AST Pack) numer katalogowy: FTS:D01915G81H oraz usługi serwisowych do zestawu licencji SP3YTS Sub & APGR, 9x5, 4HRMRT nr kat.: FSP:G-SW3MO60PRE0C. Zamawiający odtajnił część techniczną oferty Odwołującego i przystępującego Fujitsu, w związku z tym złożone wyjaśnienia w zakresie technicznych elementów nie powinny stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w dniu 21 listopada 2017 r. wskazał, że dokonując analizy podnoszonych zarzutów w odwołaniu, Zamawiający uznaje wszystkie zarzuty i tym samym uwzględnia odwołanie w całości.

Na rozprawie w dniu 28 listopada 2017 r. Zamawiający odnośnie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy Pzp podniósł, że przekazał Odwołującemu dokumentację, tj. wyjaśnienia wykonawcy Fujitsu w zakresie, w jakim nie stanowiły one tajemnicy przedsiębiorstwa tego Wykonawcy. Odnośnie pozostałych argumentów Odwołującego wyjaśnił, że w jego opinii, zaoferowany serwer powinien posiadać system zasilania z 2 niezależnych źródeł i spełniać wymagania z pkt 15 i 16 Załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia, dalej również OPZ). Zamawiający wskazuje, iż w OPZ nie opisał jednoznacznie wymagań dotyczących obudowy i rozmiarów serwera, jednakże uwzględnił, iż ma być on montowany razem z macierzą w obudowie Rack 19 cali. Stwierdza, iż pkt 9 OPZ jednoznacznie odnosi się do wysokości obudowy macierzy i nie doprecyzował wysokości obudowy serwera, natomiast wymagania pkt 15 i 16 OPZ ma spełniać całe rozwiązanie zaoferowane jako równoważne.

Stanowisko Przystępujących

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca Computex Sp. z o.o. Sp. k., ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa. Przystępujący Computex Sp. z o.o., pomimo prawidłowego zawiadomienia, nie stawił się na rozprawie.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Fujitsu, w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty.

W związku z uznaniem wszystkich zarzutów i uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego Izba wezwała, w dniu 22 listopada 2017 r., wykonawcę Fujitsu do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca Fujitsu złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu, skutkiem czego Izba w dniu 28 listopada 2017 r., na posiedzeniu dopuściła Wykonawcę Fujitsu do postępowania w charakterze uczestnika, a następnie na rozprawie rozpoznała sprawę.

Przystępujący Fujitsu wnosi o oddalenie odwołania, i wskazuje, że uwzględnienie odwołania stanowi strategię Zamawiającego, a nie faktyczne uznanie zarzutów i wynika z mitygowania ryzyka w zakresie kosztów.

Podnosi, że dokumentacja postępowania nie definiuje „autoryzowanego punktu serwisowego na terenie całego kraju”. Odnosi się do rozumienia tej definicji zgodnie ze słownikiem PWN. Przytacza definicję słów „autoryzowany” i „punkt” i wskazuje, iż należy to rozumieć jako zezwolenie producenta na prowadzenie w jego imieniu działalności serwisowej na terenie całej RP. Powołuje się na zasadę świadczenia gwarancji obowiązującą przystępującego Fujitsu i wskazuje, iż jest ona realizowana metodą onsite, co oznacza naprawę na miejscu. Definiuje punkt serwisowy jako jest miejsce, w którym ma być świadczony serwis i może to być dowolny punkt na terenie RP. Wskazany drugi sposób realizacji gwarancji nie dotyczy oferowanych serwerów i macierzy. Standardem dla tych urządzeń jest serwis onsite.

Przystępujący przywołuje treść par. 10 ust. 1 pkt 3 istotnych postanowień umowy, które określają kary umowne za nienależyte świadczenie serwisu i wskazuje, iż nie leży w jego interesie oferowanie serwisu niezgodnego z SIWZ i wymaganiami Zamawiającego.

Przystępujący Fujitsu wskazuje, iż nieprawdą jest, iż nie wskazał numeru licencji i numeru usługi serwisowej, wskazał je w części A wyjaśnień z dnia 11 października 2017 r. skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Informację tę potwierdził również w wyjaśnieniach z dnia 16 października 2017 r.

Przystępujący Fujitsu argumentuje, iż Odwołujący popełnia błąd w uznaniu, iż OPZ w Załączniku nr 1 zawiera w sobie nakaz, aby serwer posiadał 2 zasilacze. Zamawiający, jako profesjonalista, wymagania dotyczące serwerów zarządzających, jakie powinny zostać

dostarczone, określił w pkt 20 Załącznika nr 1 do SIWZ. Pkt 20 odnosi się do zarządzania GUI oraz CLI. Serwer powinien spełniać wymagania określone tylko w pkt 20. Pkt 15 Załącznika nr 1 do SIWZ nie dotyczy serwerów, brak w nim stosownej wzmianki. Serwer zarządzający realizuje jedną funkcję określoną w pkt 20. Za nieproporcjonalny i niewymierny należy uznać wymóg, aby spełniał wymogi dotyczące zasilania. Oferowany serwer zapewnia wszystkie funkcje określone w pkt 21 Załącznika nr 1 do SIWZ. Przystępujący Fujitsu podnosi, iż Zamawiający powinien w sposób jasny opisać OPZ, gdyż SIWZ wiąże zarówno Zamawiającego, jak i wykonawcę w zakresie oczekiwanych i oferowanych rozwiązań i miał prawo tak zinterpretować SIWZ, iż pkt 9, 15 i 16 nie dotyczy serwerów. Zaoferowany przez Przystępującego Fujitsu serwer może zostać zamontowany w szafie Rack 19” specjalnie przystosowanej.

Zamawiający w pkt 20 Załącznika nr 1 do SIWZ określa konfigurację wymaganą dla danego środowiska. Zamawiający nie określił podmiotu odpowiedzialnego za dokonanie tej konfiguracji. W pkt 20 wskazał, iż należy dostarczyć dodatkowe serwery w konfiguracji rekomendowanej dla danego środowiska. Taką rekomendację przedstawia wykonawca wobec braku jednoznacznych wymagań w SIWZ. Zamawiający posłużył się terminem „rekomendować”, tj. terminem niekategorycznym, określający stan pożądany, a nie określający warunki, jakie musi spełnić wykonawca.

Zwraca uwagę, iż OPZ nie zawierał żadnych wymagań w zakresie zapewnienia wydajności macierzy i serwera.

Odnosnie zarzutu dotyczącego obudowy i wysokości zakładanego serwera podnosi, że brak w SIWZ wymagania, aby serwer miał być zaoferowany w szafie Rack 19”. OPZ w pkt 9 dotyczy obudowy macierzy i jednoznacznie wskazuje, iż obudowa macierzy ma posiadać maksymalnie 2U. Przywołuje zasady techniki prawodawczej i wskazuje, iż gdyby serwer nie mógł być w innej obudowie, zostałoby to jednoznacznie wskazane w pkt 9 lub poprzez odwołanie do pkt 9 w pkt 20, ewentualnie Zamawiający zapisałby to wymaganie w innej jednostce redakcyjnej. Rzadkością na rynku są macierze o wielkości 1U.

Wskazuje, iż przyzywany przez Odwołującego serwer RX1330, jako spełniający wymagania SIWZ, wraz z zaoferowaną przez Fujitsu macierzą, przekraczałby wysokość 2U.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia w ofercie transportu do miejsca wskazanego w IPU, tj. 1 Regionalnej Bazy Logistycznej w Pile argumentuje, że w złożonych wyjaśnieniach faktycznie opisał, iż transport będzie odbywać się z siedziby Fujitsu z Niemiec do siedziby Fujitsu w Warszawie, jednakże było to pewne uproszczenie na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W praktyce zamierza zaoferować transport do punktu odbioru

w Pile. Należycie skalkulował usługę etykietowania. Bezpośrednie dostarczenie sprzętu nie stoi na przeszkodzie temu, iż usługa etykietowania jest możliwa do wykonania na terenie Polski. Oświadcza, iż transport przedmiotu zamówienia nie będzie realizowany transportem specjalnym, gdyż jest to dostawa standardowa. Zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 11 października 2017 r. cena oferty zakłada osiągnięcie zysku na określonym poziomie i uwzględnienie kosztów transportu do Piły nie stanowi uszczerbku dla rentowności. Podnosi, iż Odwołujący w sposób nieprawidłowy sformułował zarzut i wskazał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w sytuacji, gdy przedstawione uzasadnienie odwołania wskazuje na argumentację dotyczącą art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i w tych kategoriach można tylko rozpatrywać ten zarzut. Przystępujący Fujitsu wskazuje, iż zarzut w tym zakresie jest spóźniony, gdyż był już przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę w sprawie o sygn. 1940/17 i jako taki powinien zostać oddalony.

Nieuzasadniony jest również zarzut dotyczący nieudostępnienia dokumentacji postępowania. Art. 96 ust. 3 nie ma charakteru bezwzględny, doznaje uszczerbku w zakresie w jakim mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca ma prawo zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa. Skuteczne zastrzeżenie powoduje, iż Zamawiający nie jest uprawniony do przekazania tajemnicy przedsiębiorstwa innym wykonawcom. Odwołujący powinien zaskarżyć zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, a tego nie uczynił. Przystępujący Fujitsu podtrzymuje prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To, czego żąda Odwołujący, pochodzi z dokumentu wydanego przez podmiot trzeci, który zastrzegł jego poufność.

Stanowisko Izby

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów wobec oferty wykonawcy Itprojekt. Zamawiający w tym zakresie uwzględnił zarzuty. Wykonawca Itprojekt nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego. Art. 186 ust. 4 ustawy Pzp uzależnia rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Wobec braku sprzeciwu, uznać należy, iż w zakresie zarzutów dotyczących oferty ITprojekt brak jest sporu między stronami postępowania odwoławczego, a tym samym rozstrzygnięcie odwołania w tym zakresie jest bezcelowe.

Uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówienia, specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez Fujitsu, wyjaśnienia

Fujitsu, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Izba nie stwierdziła wypełnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie w zakresie zarzutów, wobec uwzględnienia których przystępujący Fujitsu wniósł sprzeciw.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych, w związku z tym przysługuje mu prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie w części rozpatrywanej merytorycznie podlega oddaleniu.

Za nietrafny należy uznać zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 11.1.3) SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert”, Zamawiający wymagał przedstawienia danych technicznych oferowanego przedmiotu zamówienia dla Części III (będącej przedmiotem niniejszej sprawy) zgodnie z załącznikiem 4A do SIWZ. Jednocześnie zaznaczając, iż wyżej wskazane dane techniczne stanowić będą treść oferty, a niezłączenie ich do oferty skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Załącznik nr 4A do SIWZ zawiera wyspecyfikowany zakres danych technicznych, które Wykonawcy byli zobowiązani przedstawić w ofercie. W pozostałym zakresie treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę, została uzupełniona poprzez oświadczenia złożone w Formularzu oferty.

Ustalono, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w zakresie części III – Dostawa macierzy dyskowych, poprzez podanie przykładowej konfiguracji dotyczącej macierzy MSA 2040. Jednocześnie Zamawiający dopuścił zaoferowanie rozwiązania równoważnego, pod warunkiem spełnienia wymagań minimalnych określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ. Wykonawca Fujitsu zaoferował rozwiązanie równoważne w oparciu o produkty wytwarzane przez spółki grupy Fujitsu.

Minimalne wymagania dla rozwiązania równoważnego określa Część III Załącznika nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.* Analiza przedmiotowego przepisu prowadzi do wniosku, iż obowiązek odrzucenia oferty aktualizuje się w momencie stwierdzenia niezgodności jej treści z merytoryczną treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w dniu 06 października 2017 r. wystosował do przystępującego Fujitsu wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz wezwanie dotyczące rażąco niskiej ceny.

Przystępujący Fujitsu, w odpowiedzi na powyższe wezwanie, złożył w dniu 11 października 2017 r. wyjaśnienia, zastrzegając jednocześnie ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 13 października 2017 r. Zamawiający poinformował przystępującego Fujitsu o częściowym odtajnieniu złożonych wyjaśnień.

Pismem z dnia 13 października 2017 r. Zamawiający wystąpił do przystępującego Fujitsu o wyjaśnienie treści oferty dotyczącej funkcjonalności opisanej w pkt 22 opisu przedmiotu zamówienia w związku z pkt. 20 OPZ.

Przystępujący Fujitsu w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył w dniu 16 października 2017 r. wyjaśnienia, zastrzegając jednocześnie ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 24 października 2017 r. Zamawiający wystąpił do przystępującego Fujitsu o kolejne wyjaśnienie treści oferty dotyczącej funkcjonalności opisanej w pkt 22 opisu przedmiotu zamówienia oraz spełnienia wymagań pkt 17 OPZ.

Przystępujący Fujitsu w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył w dniu 27 października 2017 r. wyjaśnienia.

Izba zważyła co następuje:

Zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ dotyczący nie zaoferowania właściwych licencji wraz z usługami serwisowymi zapewniającymi realizację funkcjonalności opisanej w pkt 22 Części III Załącznika nr 1 do SIWZ, został oparty na przypuszczeniach Odwołującego wobec nieznanomości pełnej treści wyjaśnień złożonych przez przystępującego Fujitsu. Zamawiający realizując orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt. KIO 1940/17 wystosował do przystępującego Fujitsu wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie

art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący Fujitsu, zarówno w wyjaśnieniach z dnia 11 października 2017 r., jak i z dnia 16 października 2017 r. wskazał, iż w ofercie swej ujął sporne licencje wraz z usługami serwisowymi tj. licencje ETSF16, Feature Pack (AST Pack) o numerze katalogowym: FTS:D01915G81H oraz usługi serwisowe do zestawu licencji SP3YTS Sub & APGR, 9x5, 4HRMRT nr kat.: FSP:G-SW3MO60PRE0C.

Zarzuty dotyczące niezaoferowania właściwego serwisu gwarancyjnego oraz nie uwzględnienia w ofercie dostawy przedmiotu zamówienia do odbiorcy Odwołujący oparł na wyjaśnieniach przystępującego Fujitsu dot. elementów cenowych złożonych w ramach odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jednocześnie należy zauważyć, że Odwołujący, ze względu na zastrzeżenie składanych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie miał pełnej wiedzy co do treści tych wyjaśnień. Ze złożonych wyjaśnień, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w ocenie Izby wynika, iż wykonawca Fujitsu przewidział dostawę przedmiotu zamówienia do zamawiającego. W pkt 3c wyjaśnień z dnia 11 października 2017 r. zawarto opis czynności potwierdzający przesłanie przedmiotu do Zamawiającego. Należy przy tym pamiętać, iż wyjaśnienia składane w celu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mają przedstawiać aspekty ekonomiczne oferty, i nie zawsze dają jej pełne i ścisłe odzwierciedlenie w aspektach technicznych, a wykonawcy mogą posługiwać się swego rodzaju skrótami myślowymi, czy też pewnymi uproszczeniami. W zakresie zarzutu dot. sposobu realizacji świadczenia serwisowego Izba wskazuje, iż z przedstawionego wyjaśnienia dotyczącego kosztów serwisu nie można wywieść iż zaoferowany sposób świadczenia serwisu nie spełnia wymagań SIWZ. Izba przychyliła się do argumentacji przystępującego Fujitsu iż, autoryzowany punkt serwisowy, wobec braku definicji legalnej, może być rozumiany jako miejsce, w którym ma być świadczony serwis za zezwoleniem producenta i może to być dowolny punkt na terenie RP, w tym miejsce wskazane przez Zamawiającego. Realizację serwisu, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w par. 9 pkt 7 istotnych postanowień umowy tj. *realizacja naprawy gwarancyjnej następuje w miejscu eksploatacji sprzętu* potwierdza również przedłożony podczas rozprawy przez przystępującego Fujitsu wydruk ze strony internetowej <http://www.fujitsu.com/pl/about/local/contact/>, potwierdzający, iż gwarancja realizowana w trybie onsite (na miejscu) jest standardem m.in. dla wszystkich produktów z rodziny: serwery Fujitsu PRIMERY, PRIMEQUEST, macierze, biblioteki, biblioteki VTL Fujitsu ETERNUS. Zdaniem Izby, wskazany dowód potwierdza prawdziwość oświadczeń przystępującego Fujitsu złożonych w ofercie. Jednocześnie Izba, stosownie do art. 190 ust. 6 ustawy Pzp odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentu wystawionego w dniu 16 sierpnia 2017 r.

przez Opportunity Center (wewnętrzny dział w Fujitsu), gdyż okoliczności faktyczne będące jego przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami.

Za chybiony uznano także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Fujitsu z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią Części III Załącznika nr 1 do SIWZ tj. z pkt. 9, 15 i 16 tego załącznika, poprzez zaoferowanie serwera Fujitsu Primergy TX1310m3. Serwery te, to urządzenia w obudowie wolnostojącej, typu "tower", wyposażone w maksymalnie 1 zasilacz, które w ocenie Odwołującego nie spełniają wymagań określonych w Części III Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie:

- pkt. 15 *„System zasilania musi być przystosowany do pracy z dwóch niezależnych źródeł prądowych, tak że zanik jednej fazy lub całego jednego źródła zasilania nie może powodować przerwy w pracy urządzenia ani zmniejszenia jego wydajności.”;*

- pkt. 16 *„Musi istnieć możliwość wymiany uszkodzonych zasilaczy bez konieczności przerywania pracy całego urządzenia lub takiej jego części, której wyłączenie mogłoby spowodować brak dostępu do zasobów dyskowych podłączonych serwerów”;* oraz

- pkt 9 *„Macierz w obudowie max.2U”.*

Opis przedmiotu zamówienia dla Części III zamówienia w zakresie oferowanych rozwiązań równoważnych, wymagania co do oferowanych serwerów zawierał w pkt. 20 Załącznika nr 1 do SIWZ, wskazując, że *„Jeżeli oprogramowanie wymaga instalacji dodatkowych serwerów, to należy je dostarczyć w konfiguracji rekomendowanej dla oferowanego środowiska i pozwalającej na jego poprawną pracę”.* Rekomendacja co do typu zaoferowanego serwera pozostawała w gestii wykonawcy. Zamawiający nie doprecyzował w SIWZ żadnych parametrów przedmiotowych serwerów, nie zawarł również żadnego odesłania do innych wymagań określonych w tym Załączniku, a dotyczących macierzy. Izba ustaliła, że pkt. 9 Części III Załącznika nr 1 do SIWZ wprost odnosi się do obudowy macierzy, a nie do serwera. Jednocześnie, analizując systematykę dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 1 do SIWZ Izba, doszła do wniosku, że wobec brzmienia pkt 15 i 16 Części III Załącznika nr 1 do SIWZ, uzasadnione są wątpliwości przystępującego Fujitsu odnośnie konieczności spełniania tych wymagań również przez oferowane serwery. Części III Załącznika nr 1 do SIWZ skupia się na opisie wymagań dotyczących oferowanych macierzy – pkt 15 i 16 odnosi się co prawda do pracy urządzenia, jednakże jako „urządzenie” została zdefiniowana w pierwotnym brzmieniu SIWZ macierz. Mając powyższe na uwadze Izba zgadza się ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażonym w wyroku o sygn. akt XXIII Ga 1341/15 z dn. 6.10.2015, iż

„niejednoznacznej treści SIWZ nie można interpretować na niekorzyść wykonawców. Z niejasnych i niejednoznacznych postanowień SIWZ nie należy wyprowadzać negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Tym samym należy sformułować postulat, aby przy interpretowaniu postanowień dokumentów przetargowych sporządzanych przez zamawiającego, przyjmować wykładnię względniejszą dla wykonawców usiłujących wypełnić tego typu postanowienia i wynikające z nich wymagania. Ponadto ze względu na zasady ogólne ustawy wyrażone w art. 7 ustawy Pzp interpretacja taka nie powinna prowadzić do ograniczania konkurencji w postępowaniu, między innymi właśnie poprzez eliminację wykonawców na podstawie niejasnych postanowień SIWZ.”. Być może intencją Zamawiającego było, aby również dodatkowe serwery spełniały wymagania określone w pkt 9, 15 i 16 Części III Załącznika nr 1 do SIWZ, jednakże w ocenie Izby taka intencja nie została wyrażona w SIWZ. Tym samym, na obecnym etapie postępowania nie dopuszczalne jest tworzenie nowych niewyartykułowanych wcześniej w SIWZ norm i w oparciu o nie dokonywanie oceny złożonych ofert.

Zarzuty dotyczące zaoferowanego przez Fujitsu serwera mogłyby znaleźć uznanie, gdyby Odwołujący wykazał, że nie pozwalają one na poprawną pracę oferowanego środowiska. Okoliczności te nie zostały przez Odwołującego wykazane w ten sposób, który pozwalałby na ustalenie z całą pewnością, że zaoferowane serwery nie pozwalają na poprawną pracę oferowanego środowiska. Odwołujący nie wykazał, jakie zaburzenia poprawnej pracy oferowanego środowiska mogą wystąpić w związku z zaoferowanym typem serwerów. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, które z faktu tego wywodzi skutki prawne. Ponadto, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W tej sytuacji wszelkie braki w dowodzeniu musiały skutkować koniecznością oddalenia zarzutu.

Izba wskazuje, że okoliczności objęte dowodami przedstawionymi przez Odwołującego, a dotyczącymi porównania wybranych parametrów serwerów Primergy TX1310 M3 oraz Primergy RX1330 M3, instrukcji rozbudowy i serwisowania serwera Primergy TX1310 M3 (str. 79-82), specyfikacji serwera w obudowie wolnostojącej Primergy TX1310, str. 5. oraz specyfikacji technicznej serwera w obudowie stelażowej Rack RX1330 M3 str. 6, potwierdzają okoliczności bezsporne między Stronami przystępujący Fujitsu nie kwestionuje, iż w ramach złożonej oferty zaoferował serwery o symbolu Primergy TX1310 M3, w obudowie wolnostojącej typu „tower”, posiadające jedno źródło zasilania.

Natomiast dowody w postaci dokumentów dotyczących serwera o symbolu Primergy RX1330 M3, Izba uznaje za powołane jedynie dla zwłoki i niemające znaczenia dla

rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, gdyż serwer ten nie jest przedmiotem oferty przystępującego Fujitsu. Tym samym, Izba na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp odmawia w tym zakresie przeprowadzenia wnioskowanych dowodów z dokumentów.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła, iż oferta wykonawcy Fujitsu nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba, nie dopatrzyła się niewłaściwego sformułowania zarzutu przez Odwołującego. Odwołujący niewątpliwie za podstawę prawną zarzutu przyjął naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wyprowadzając swą argumentację częściowo z elementów kosztowych oferty, jednakże były one podstawą do formułowania tez o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a nie o nieprawidłowej wycenie oferty. Na marginesie należy dodać, iż nawet gdyby Odwołujący formułował zarzut w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dot. konieczności odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie można byłoby go uznać za spóźniony gdyż w wyroku o sygn. akt KIO 1940/17 Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcy Fujitsu do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W związku z powyższym ocena tych wyjaśnień i dowodów mogła stanowić podstawę do formułowania zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odnosnie nie udostępnienia informacji w trybie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp stanowiącym, że *protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty (...)*. Izba wskazuje, iż przepis ten należy odczytywać łącznie z normą wyrażoną w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*. Zamawiający, w ocenie Izby nie jest zobowiązany, a wręcz nie jest uprawniony do udostępniania informacji stanowiących skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa – zasada jawności protokołu wraz z załącznikami wyrażona w ustawy Pzp w tym zakresie doznaje ograniczenia. Zarzut odwołania nie obejmował zagadnienia niewłaściwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, również ten zarzut podlegał oddaleniu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

,