

Sygn. akt: KIO 1707/12

**WYROK**  
**z dnia 22 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant : Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 sierpnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **NEWIND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Klecińskiej 125** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59**

przy udziale wykonawcy **HELICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Raszyńska 25** zgłaszającej swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1707/12 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny oferty, odrzucenie oferty HELICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Raszyńska 25 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na nie spełnienie przez tę ofertę wymogu określonego przez zamawiającego w tabeli d –Macierz dyskowa załącznika nr 2 do Rozdziału II specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagania, aby macierz dyskowa wykorzystywała dyski SAS 6G, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty HELICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Raszyńska 25,**
- 2. kosztami postępowania obciąża HELICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Raszyńska 25 i**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **NEWIND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Klecińskiej 125** z tytułu wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **HELICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Raszyńska 25** na rzecz **NEWIND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Klecińskiej 125** kwotę 15 000 zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy )z tytułu zwrotu kosztów uiszczonego wpisu,

2.3. zasądza od **HELICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Raszyńska 25** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59** kwotę 3 600 zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy )z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację infrastruktury informatycznej na potrzeby rozwoju i eksploatacji zintegrowanego systemu informatycznego SAP w GDDKiA” zostało wszczęte przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Żelazna 59 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem S/84 – 138205/2012 z dnia 2 maja 2012r.

W dniu 30 lipca 2012r. drogą elektroniczną zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty firmy Helica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Raszyńska 25 (przystępujący). Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta firmy NEWIND Grupa Apator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Klecińskiej 125 (odwołujący).

W dniu 9 sierpnia 2012r. odwołujący wniósł pisemnie odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm. - dalej zwaną ustawą), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 87 ust 1 ustawy poprzez prowadzenie negocjacji z przystępującym dotyczących treści złożonej oferty i nieuprawnione dokonanie istotnej zmiany treści oferty po otwarciu ofert, w wyniku nieprawidłowej interpretacji wyjaśnień złożonych przez przystępującego, będących odpowiedzią na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji podczas czynności badania i oceny oferty oraz wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty przystępującego, nakazanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, bowiem złożył ważną ofertę, a zamawiający poprzez zaniechanie wymaganej staranności przy ocenie

ofert i nie odrzucenie na mocy przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oferty przystępującego pozbawia odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W ten sposób odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska zamówienia. W przypadku dokonania przez zamawiającego czynności oceny złożonych ofert w sposób zgodny z przepisami ustawy, oferta przystępującego winna zostać odrzucona, a za najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu winna zostać uznana oferta złożona przez odwołującego. Naruszenie przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów może mieć, zdaniem odwołującego, istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający zobowiązany jest zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Dokonanie przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem przepisów ustawy pozbawia odwołującego bezpośrednio możliwości realizacji zamówienia, które w świetle obowiązujących przepisów winno zostać udzielone właśnie odwołującemu.

W ocenie odwołującego oferta przystępującego powinna być odrzucona.

1. w zakresie Serwerów Blade - Załącznik nr 2 do SIWZ. tabela c "Serwer Blade11, wymóg dotyczący „Złącza”

W wierszu „Złącza” tabeli Załącznika nr 2, tabela c "Serwer Blade" zamawiający określił wymóg, aby oferowane w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia serwery Blade posiadały minimum dwa złącza USB wyprowadzone na przedni panel serwera. Tymczasem zaoferowany przez przystępującego serwer BX920 S3 na przednim panelu posiada jedynie jedno specjalne złącze, które umożliwia uzyskanie portów USB, po podłączeniu odpowiedniego kabla-przejściówki. Mając na uwadze określony wprost przez zamawiającego wymóg odwołujący uznał, że zaoferowany serwer nie posiada wymaganych złączy USB wyprowadzonych bezpośrednio na front obudowy i tym samym nie spełnia wymogu zamawiającego. Nawet gdyby przyjąć, że ów specjalny port jest złączem USB, to i tak nie zgadza się wymagana liczba takich złączy. Jeżeli zaś przyjąć, że wymagane złącza znajdują się na kablu-przejściówce, to nie znajdują się one na przednim panelu obudowy.. Zaoferowanie serwera ze złączami USB umieszczonymi na kablu-przejściówce, zdaniem odwołującego, w swojej istocie nie różni się od zastosowania przedłużacza USB dla złączy umiejscowionych z tyłu obudowy tak, by można było podłączać do nich urządzenia stojąc z przodu serwera oraz nie różni się nic od jedynie jednego złącza USB na przednim panelu, podłączonego do kabla/urządzenia powielającego porty (np. HUBa USB), dzięki któremu możliwe było by uzyskanie wymaganej w SIWZ liczby złączy. Jednak wszystkie te rozwiązania nie spełniają wymagania zamawiającego i stąd należy uznać, że treść oferty przystępującego nie spełnia treści SIWZ. Na potwierdzenie powyższego odwołujący wskazał na kartę produktową zaoferowanego serwera, zamieszczoną na stronie internetowej producenta: <http://globalsp.ts.fujitsu.com/dmsp/Publications/public/ds-py-bx920-s3-rh.pdf>

2. w zakresie macierzy dyskowej - Załącznik nr 2 do SIWZ. tabela d "Macierz dyskowa"

Zgodnie z wymogiem zamawiającego określonym w Załączniku nr 5 wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zobowiązani byli wskazać pełną identyfikację oferowanego produktu, wskazując na jego producenta, typ i model. Przystępujący w swojej ofercie nie podał modelu oferowanej macierzy dyskowej. Wskazał jedynie na oznakowanie "V DS4243", oznaczające wyłącznie półkę dyskową, która może być zainstalowana w każdej rodzinie macierzy np. FAS3200, lub FAS6200. Zamawiający w trakcie oceny ofert zauważył, że załączony do oferty dokument dotyczy innego modelu macierzy niż proponowanej w ofercie (oznakowanie w ofercie V DS4243, na deklaracji CE NAF-0901) i wezwał wykonawcę pismem z 6 lipca 2012r. do uzupełnienia deklaracji CE dla oferowanej macierzy dyskowej. Przystępujący wraz pismem z dnia 13 lipca 2012r. przekazał dokument wystawiony dla urządzenia NAF-0602, który nie został wykazany przez wykonawcę w ofercie. Jednocześnie przystępujący załączył oświadczenie producenta NetApp, datowane na dzień 5 czerwca 2012r., że numer modelu NAF-0602 dotyczy V DS4243. Jednakże zamawiający oceniając to wyjaśnienie i uzupełnienie stwierdził, że w ofercie przystępującego brak jest danych identyfikujących macierz dyskową, a przedstawione dane dotyczą tylko półki dyskowej. Pismem z 23 lipca 2012r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, cyt.: „1) W wykazie oferowanych produktów (załącznik nr 5 do Formularza „OFERTA”) w tabeli dotyczącej macierzy dyskowej (d.) Wykonawca jako „Typ produktu, model” całej macierzy wpisał wyłącznie model półki dyskowej (disk shelf) V PS 4243 Zgodnie ze specyfikacją techniczną macierzy dyskowych znajdującą się na oficjalnej stronie producenta tego sprzętu firmy NetApp (<http://netapp.com/us/products/storage-systems/disk-shelves-and-storage-media/disk-shelves-tech-specs.html>) do spełnienia wymagań zamawiającego niezbędne jest zastosowanie także kontrolera. W ofercie nie został przedstawiony żaden model takiego urządzenia (potwierdzono jedynie, że spełnia wymagania)". Wykonawca w dniu 25 lipca 2012r. przedłożył pismo z dnia 24 lipca br. którym wyjaśnił, że zaoferował macierz firmy NetApp, składającą się z półki dyskowej V DS4243 oraz kontrolera FAS3240HA. Dodatkowo wskazał, że do oferty załączył dokument CE, który dotyczy kontrolera FAS3240HA. Do pisma z wyjaśnieniami został załączony dokument deklaracji CE wraz z tłumaczeniem oraz oświadczenie NetApp, datowane również na 5 czerwca 2012r., w którym producent wskazuje, że oznaczenia urządzeń w certyfikatach CE są fabrycznymi numerami modeli: „NAF-0901 - dotyczy FAS3240HA”. Odwołujący podkreślił, że z treści tego dokumentu nie wynika czym właściwie jest „NAF-0901”, z jakich komponentów się składa i jak to się ma do zaoferowanego w ofercie urządzenia „V DS4243”. Nie wynika z tego dokumentu również, że przystępujący w ofercie zaoferował kontroler FAS3240HA. Brak też jest odniesienia do dokumentu załączonego do oferty. Z deklaracji CE, która dotyczy wyłącznie danego urządzenia lub serii urządzeń wynika, że deklaracja zgodności z normą ISO/IEC 17050-1 i

EN1 7050-1 dotyczy modelu NAF-0901, który z opisu w certyfikacie CE jest jedynie półką dyskową („Enterprise Data Storage Disk Shelf), a nie kontrolerem lub jakimś kompletem. Ponadto odwołujący wskazał, że w trakcie udzielania wyjaśnień przystępujący podjął negocjacje z zamawiającym, dwukrotnie wskazując na inne dane i na inne dokumenty. Jednakże mając na uwadze jednokrotność wezwania do uzupełnienia w świetle dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy wskazał, że deklaracja złożona wraz z ofertą jest poprawna i dotyczy kontrolera, który został zaoferowany wraz z półką dyskową V DS4243. Budzi wątpliwość złożona deklaracja dla macierzy dotycząca urządzenia NAF-0602, która pojawia się w pierwszych wyjaśnieniach Wykonawcy. Z całą stanowczością odwołujący podkreślił, że w treści oferty nie została wskazana ani razu macierz dyskowa. Brak jest również wyspecyfikowanego kontrolera, na zaoferowanie którego powołuje się przystępujący. Poprzez wyjaśnienia i uzupełnienie przystępujący starał się doprowadzić do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, raz wskazując w wyjaśnieniach na macierz dyskową a raz na półkę dyskową wraz z kontrolerem.

W ocenie odwołującego przystępujący poprzez złożenie wyjaśnień dokonał zmiany w treści swojej oferty. Nie sposób też przyjąć, że przystępujący składając w formularzu ofertowym potwierdzenie, że w całości spełnia wymagania zamawiającego niweluje tym potwierdzeniem wszystkie sprzeczności treści swojej oferty. Wskazał, że wyjaśnienia - co także podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie - muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie i ta procedura wyjaśnień nie może prowadzić w konsekwencji do nieuprawnionego uzupełnienia treści oferty. W zaistniałej sytuacji doszło do nieuprawnionej zmiany zakresu świadczenia.

Na skutek dokonanego wyjaśnienia treści oferty nastąpiło naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy, przez dokonanie przez przystępującego niedozwolonych istotnych zmian w treści złożonej oferty oraz zaakceptowanie tych zmian przez zamawiającego. Wskazał także, że w ofercie przystępującego nie występują omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, które można by było poprawić. Wystąpiła natomiast niezgodność treści oferty z wymaganiami zamawiającego, która nie może podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ bez dodatkowego oświadczenia ze strony wykonawcy, stanowiącego ingerencję w treść oferty złożonej w terminie składania ofert, zamawiający nie miałby jakichkolwiek przesłanek by uznać, że oferta potwierdza spełnianie tych wymagań. Na poparcie swojej argumentacji odwołujący wskazał na wyrok o sygn. akt: KIO/UZP 102/10, z dnia 16 marca 2010 roku. Podniósł, że w zaistniałym stanie faktycznym zamawiający miał wątpliwości, iż w treści złożonej przez przystępującego oferty nie ujęto macierzy dyskowej. Dwukrotnie złożone przez przystępującego wyjaśnienia nie potwierdziły, że wykonawca ten zaoferował macierz dyskową wskazaną wprost w treści oferty. Dopiero poprzez wyjaśnienia,

przedkładanie deklaracji CE wskazał, że oprócz wskazanej w Załączniku nr 5 do Formularza „OFERTA” półki dyskowej V DS4243 zaoferował również kontroler FAS3240HA, którego nie ujął w wykazie oferowanych produktów. Wskazanie w treści wyjaśnień innego urządzenia należy uznać za zmianę treści oferty, która w świetle art. 87 ust. 1 ustawy jest, zdaniem odwołującego, niedopuszczalna. Zmiana ta miała charakter istotny, albowiem jej wprowadzenie miało niewątpliwie znaczenie dla wyniku postępowania. Wskazał na wyrok Izby z dnia 17 lutego 2010 r. KIO/UZP 1854/09.

3. w zakresie macierzy dyskowej - Załącznik nr 2 do SIWZ, tabela d "Macierz dyskowa" - wymóg dotyczący przepustowości

Odwołujący wskazał, że zaoferowana przez przystępującego półka dyskowa "V DS4243" nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie wymaganej przepustowości systemów dyskowych. Zamawiający określił w SIWZ szybkość transferu danych na poziomie 6Gbit/s i wymagał spełnienia tego warunku dla działających dysków w ramach urządzenia, które te dyski będzie obsługiwało. Pismem z dnia 23 lipca 2012r. zamawiający wskazał, że zaoferowana półka dyskowa obsługuje jedynie dyski SAS 3G. Pomimo stwierdzenia niezgodności treści oferty w stosunku do treści SIWZ zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, argumentując swoje wezwanie, cyt.: „2) Jak wynika ze specyfikacji technicznej (znajdującej się na stronie producenta, adres powyżej) architektura i interface w zaoferowanej półce dyskowej obsługuje wyłącznie dyski SAS 3G. W SIWZ zamawiający wyraźnie określił swoje wymagania względem montowania w niej dysków na poziomie SAS 6G. Przy czym należy podkreślić, że zamawiający określając szybkość transferu danych na poziomie 6Gbit/s wymaga spełnienia tego poziomu prędkości transferu danych także dla działających dysków w ramach urządzenia, które te dyski będzie obsługiwało”. W odpowiedzi przystępujący potwierdził jedynie prawidłową obsługę dysków 6Gbit/s w oferowanej półce dyskowej i ich teoretyczną wydajność na poziomie 6 Gbit/s. Nie odniósł się jednak w ogóle do przepustowości oferowanych dysków twardych w oferowanym rozwiązaniu, tj. ich wydajności po zamontowaniu w oferowanej w półce dyskowej, wyposażonej zgodnie ze specyfikacją producenta w kontrolery 3Gbit/s. Zgodnie ze specyfikacją producenta, nawet jeżeli do zaoferowanej półki dyskowej zostaną użyte dyski potrafiące pracować z przepustowością 6 Gbit/s, realna, uzyskiwana wydajność samych dysków twardych w oferowanej konfiguracji będzie wynosiła wciąż jedynie 3 Gbit/s, co jest sprzeczne z wymaganiami zamawiającego i stanowi podstawę do odrzucenia oferty przystępującego na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

4. w zakresie macierzy dyskowej - Załącznik nr 2 do SIWZ, tabela d "Macierz dyskowa" - wymóg dotyczący „Dyski”

W wierszu "Dyski" tabeli d "Macierz dyskowa" Załącznika nr 2 SIWZ zamawiający wymagał, aby macierz wykorzystywała półki dyskowe wysokiej gęstości, tj. umożliwiające instalację

min. 12 dysków twardych na maksymalnie 2U wysokości. W piśmie z dnia 15 maja 2012r. zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie odrzucił możliwość stosowania półek dyskowych o wysokości 4U i odpowiednio większej liczby możliwych do zainstalowania w nich dysków, podtrzymując wymóg określony w SIWZ, aby macierz wykorzystywała półki dyskowe o maksymalnej wysokości 2U, przy jednoczesnej możliwości instalacji min. 12 dysków w półce dyskowej. Zaoferowana przez przystępującego, w oferowanej konfiguracji macierzy dyskowej, półka dyskowa V DS4243 posiada wysokość 4U, co stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego i stanowi podstawę do odrzucenia oferty przystępującego na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

5. w zakresie macierzy dyskowej - Załącznik nr 2 do SIWZ, tabela d "Macierz dyskowa" - wymóg dotyczący „Dyski”

W wierszu "Dyski" tabeli d "Macierz dyskowa" Załącznika 2 do SIWZ zamawiający wymagał zaoferowania przestrzeni dyskowych, odpowiednio: 8TB z wykorzystaniem dysków o pojemności 600GB oraz 16TB z wykorzystaniem dysków o pojemności 2TB oraz po jednym dysku każdego rodzaju w celu wykorzystania go przez mechanizm hot- spare. Oznacza to, że w celu realizacji wymogów zamawiającego należało zaoferować minimum 14+1 dysków 600GB oraz 8+1 dysków 2TB, czyli łącznie 24 dyski - tyle ile wynosi pojemność zaoferowanej półki dyskowej V DS4243. Należy jednak zauważyć, że charakterystyczne dla macierzy NetApp, a w szczególności również do oferowanej macierzy dyskowej FAS 3240HA jest to, że część dostępnej przestrzeni dyskowej wykorzystywana jest na tzw. "root volume", które wykorzystywane jest na wewnętrzne potrzeby samej macierzy. Standardowo na ten cel przeznaczają się 3 dyski na każdy kontroler macierzy, przeznaczone jedynie na jego potrzeby, co oznacza, że realnie do wykorzystania Zamawiający otrzyma znacznie mniej przestrzeni dyskowej i mniej dysków twardych, niż wymaga w SIWZ, szczególnie, że wskazywana przez przystępującego macierz dyskowa FAS 3240HA posiada według specyfikacji producenta dwa takie kontrolery. Można przestrzeń zajmowaną przez „root volume” ograniczyć, lecz jest to niezgodne z zaleceniami producenta z dokumentu "Data ONTAP System Administration Guide", rozdział "Recommendations regarding the root volume". W związku z tym, że nie można tej przestrzeni całkowicie usunąć, zamawiający nie otrzyma wymaganych przestrzeni i wymaganej ilości dysków na swoje potrzeby. W ocenie odwołującego zaoferowane przez przystępującego rozwiązanie jest sprzeczne z wymaganiami zamawiającego i stanowi podstawę do odrzucenia oferty przystępującego na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 sierpnia 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 9 sierpnia 2012r.



W dniu 10 sierpnia 2012r. zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13 sierpnia 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca HELICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Raszyńska 25. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż pozwoli mu to na utrzymanie pozycji wykonawcy wybranego. Uwzględnienie odwołania pozbawi przystępującego możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS załączonym do przystąpienia i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopie zgłoszenia zostały przekazane zamawiającemu i odwołującemu w dniu 13 sierpnia 2012r.

W dniu 17 sierpnia 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wskazał, że miał wątpliwości, co do zgodności oferty HELICA z treścią siwz i dlatego wezwał tego wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w zakresie dotyczącym macierzy dyskowej. Wykonawca HELICA udzielił wyjaśnień w dniu 24 lipca 2012r. i poinformował, że w formularzu ofertowym potwierdził w całości spełnianie wymagań zamawiającego, na dowód czego załączył oświadczenie producenta firmy NetApp potwierdzające, że rozwiązania zaproponowane spełniają wymagania siwz. Zamawiający na skutek wniesionego przez odwołującego odwołania dokonał ponownej analizy oferty HELICA i doszedł do przekonania, że zgadza się z odwołującym w ograniczonym zakresie tj., że serwer blade nie posiada wymaganych gniazd USB wyprowadzonych bezpośrednio na front obudowy i, że macierz dyskowa nie będzie mogła prawidłowo obsłużyć dysków z szybkością 6 Gbit/s. Te okoliczności powodują, że treść złożonej oferty przez HELICA jest niezgodna z siwz i w związku z tym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Stwierdził, że etapie wyboru oferty najkorzystniejszej nie posiadał dostatecznych informacji pozwalających stwierdzić, że treść oferty wybranej nie odpowiada treści siwz, a więc wyłącznie na podstawie oświadczeń HELICA komisja przetargowa uznała przedłożone wyjaśnienia za potwierdzające spełnianie wymagań technicznych. Natomiast zamawiający nie zgodził się z argumentami odwołującego dotyczącymi braku możliwości instalacji w macierzy dyskowej min. 12 dysków twardych zamontowanych w przestrzeni o maksymalnej wysokości 2U i niezapewnienia przez HELICA w oferowanej konfiguracji macierzy (z uwagi na tworzony przez NetApp tzw. „root volume”) wymaganej w siwz ilości dysków i przestrzeni dyskowych do wykorzystania przez zamawiającego. Ponadto zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołującego dotyczącymi naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy. W tym zakresie stwierdził, że jego działania były prawidłowe i uprawnione na mocy art. 87 ust. 1 ustawy.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, oferty HELICA, wezwania do uzupełnienia dokumentów do HELICA z dnia 6 lipca 2012r., odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 lipca 2012r., wezwania do wyjaśnień do HELICA z dnia 23 lipca 2012r. i odpowiedzi na wezwanie z dnia 24 lipca 2012r..

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, co następuje:

W załączniku nr 2 do Rozdziału II SIWZ zamawiający opisał parametry sprzętu komputerowego i w kwestionowanym przez odwołującego zakresie zawarł następujące wymogi :

Tabela c – Serwer blade – 8 szt.

W kolumnie złącza zamawiający postawił wymagania minimalne – minimum dwa złącza USB wyprowadzone na przedni panel serwer i obsługujące bootowanie z napędów: dyskiety, CD/DVD, klucza USB

Tabela d – Macierz dyskowa w kolumnie 1 w parametrze producent : zamawiający wymagał podania nazwę producenta, a w parametrze identyfikacja podania typu produktu i modelu. W parametrze dyski zamawiający zawarł następujące parametry minimalne – musi umożliwiać instalację min. 450 dysków wykonanych jako dyski SAS lub NearLine – SAS lub SolidStateDisk. Minimum 8 TB pojemności z wykorzystaniem dysków FC8 lub SAS 6G, Hot – Plug o pojemności 600 GB, 15 krpm oraz 16 TB pojemności z wykorzystaniem dysków SATA lub SAS 6G Hot-Plug o pojemności 2TB, 7.2 krpm. Możliwość rozbudowy przez dokładanie kolejnych dysków. półek dyskowych, bez przerywania pracy macierzy, możliwość obsługi łącznie minimum 450 dysków bez konieczności wymiany kontrolerów. Obsługa FC, SSD oraz SAS w ramach jednej macierzy dyskowej. Rozwiązanie powinno zawierać co najmniej po 1 dysku każdego typu pracujące jako HOT Spare. Macierz musi wykorzystywać półki dyskowe wysokiej gęstości (co najmniej 12 dysków na maksymalnie 2U wysokości).

W dniu 15 maja 2012r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie o treści „Ad. Macierz dyskowa. Zamawiający wymaga by macierz wykorzystywała półki dyskowe wysokiej gęstości (co najmniej 12 dysków na maksymalnie 2U wysokości). Wobec tego czy Zamawiający dopuści rozwiązanie równoważne, które również posiada półki dyskowe o wysokiej gęstości, lecz o wysokości 4u, które zawierają 24 dyski?”

zamawiający odpowiedział „Zamawiający podtrzymuje wymagania zawarte w załączniku nr 1 do Rozdziału II SIWZ, tzn. macierz musi wykorzystywać półki dyskowe wysokiej gęstości (co najmniej 12 dysków na **maksymalnie 2U** wysokości).”

W ofercie HELICA :

W załączniku nr 5 do Formularza „OFERTA” wykaz oferowanych produktów na stronie 70 w tabeli c – serwer blade – 8 szt. Blade produkcji Fujitsu oświadczył, że oferuje złącza USB minimum dwa wyprowadzone na przedni panel serwera i obsługujące bootowanie z napędów: dyskiety, CD/DVD, klucza USB, zaś na stronach 71 – 72 w tabeli d Macierz dyskowa – 1 szt. zaoferował produkt VDS 4243 produkcji NetApp i oświadczył, że produkt ten zapewnia spełnienie warunków minimalnych dla parametru dyski.

Na stronie 92 (a na stronie 139 jej tłumaczenie) załączono deklarację zgodności dla produktu Enterprise Data Storage Disk Self NAF 0901, zaś na stronie 90 (a na stronie 132 jej tłumaczenie) załączono deklaracje zgodności dla Primergy BX 900 lub, Primergy BX 900 S1, Primergy BX 900 S2.

W dniu 6 lipca 2012r. zamawiający wezwał HELICa do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów złożonych na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Zgodnie z pkt 8.1.10.3 siwz zamawiający wymagał załączenia do oferty dokumentu potwierdzającego, że serwis urządzeń będzie realizowany przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta (dotyczy obudowy serwerowej dla serwerów BLADE, serwerów BLADE, macierzy dyskowej, switchy FC, switchy GbEthernet, zasilacza awaryjnego UPS). Zamawiający stwierdził, że złożonej ofercie brak jest ww. dokumentu dla macierzy dyskowej (NetApp). Wezwał także do złożenia dokumentów złożonych na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Zgodnie z pkt 8.1.10 2) SIWZ Zamawiający wymagał załączenia do oferty deklaracji CE dla oferowanego sprzętu informatycznego lub oświadczenia producenta o posiadaniu certyfikatu CE lub innego dokumentu potwierdzającego odpowiednie stosowanie przez Wykonawcę równoważnych norm bezpieczeństwa (dotyczy szafy rack 19", obudowy serwerowej dla serwerów BLADE, serwerów BLADE, macierzy dyskowej, switchy FC, switchy GbEthernet, zasilacza awaryjnego UPS). Zamawiający stwierdził, że w złożonej ofercie brak jest ww. dokumentu dla obudowy serwerowej dla serwerów BLADE (Fujitsu) oraz macierzy dyskowej (NetApp; załączony do oferty dokument dotyczy innego modelu niż proponowany w ofercie). Zamawiający wezwał także w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie proponowanych w ofercie switchy FC oraz switchy GbEthernet. Ze złożonych dokumentów nie wynika jakie switchy zaproponował Wykonawca. W związku z tym Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić czy do ofert dołączono dokumenty potwierdzające, że ten sprzęt spełnia określone w SIWZ wymagania, tj.:

a. Certyfikat potwierdzający, że zaoferowany sprzęt informatyczny jest wyprodukowany zgodnie z normą ISO 9001x lub inny dokument potwierdzający

odpowiednie stosowanie przez Wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości;

b. Deklarację CE dla oferowanego sprzętu informatyczny lub oświadczenie producenta o posiadaniu certyfikatu CE lub inny dokument potwierdzający odpowiednie stosowanie przez Wykonawcę równoważnych norm bezpieczeństwa;

c. Dokument potwierdzający, że serwis urządzeń będzie realizowany przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta.

Wykonawca HELICA w dniu 13 lipca 2012r. złożył następujące wyjaśnienia :

W zakresie wezwania do uzupełnienia

1. uzupełnił dokument potwierdzający, że serwis macierzy dyskowej firmy NetApp będzie realizowany przez autoryzowanego partnera serwisowego NetApp tj. firmę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o.;

2. uzupełnił deklarację CE dla obudowy serwerowej dla serwerów Blade (Fujitsu BX900 S1/S2) oraz macierzy dyskowej (NetApp V DS4243). Deklaracje są złożone wraz z tłumaczeniem na język polski. Jednocześnie nadmienił, iż certyfikat CE dla macierzy składa wraz z oświadczeniem producenta potwierdzającym certyfikację.

W zakresie wezwania do wyjaśnień poinformował, że firma Brocade jest dostawcą przełączników FC oraz przełączników GbEthernet dla Fujitsu Technology Solutions i przedłożył następujące dokumenty dotyczące zaoferowanych przełączników:

a. certyfikat ISO 9001x wraz z tłumaczeniem na język polski. Informujemy, iż sprzęt dla firmy Brocade produkowany jest przez jej podwykonawców m.in. firmę Foxcon Network System Group,

b. certyfikaty CE dla:

-  
switcha FC: Brocade 5450 wraz z tłumaczeniem na język polski, switcha GbEthernet: Brocade CB 18/8 10Gb. Jednocześnie poinformował, iż certyfikatem CE dla ww. switcha jest certyfikat CE dla BX900 S1/S2, co zostało potwierdzone stosownym oświadczeniem firmy Fujitsu. Dodatkowo załączył karty katalogowe firmy Fujitsu dla przedmiotowego switcha wraz z tłumaczeniem strony 6, która zawiera informację potwierdzającą, że urządzenie jest zgodne z normą CE. Zwrócił również uwagę na zapis widniejący na tejże stronie: Uwagi dotyczące zgodności, pod którym widnieje informacja -W połączeniu z odpowiednią jednostką BX PR1MERGY.

c. dokument potwierdzający, że serwis urządzeń firmy Brocade będzie realizowany przez autoryzowanego partnera serwisowego Brocade tj. firmę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o.

Do pisma załączono deklarację zgodności dla produktu Enterprise Data Storage Disk Self NAF-0602 wraz z tłumaczeniem oraz oświadczenie firmy NetApp z dnia 5 czerwca 2012r., ze przedstawione deklaracje zgodności nr NAF – 602 – 24102011 dotyczą zaoferowanych ww postępowaniu urządzeń NetApp. Podane oznaczenia urządzeń w certyfikatach CE są fabrycznymi numerami modeli : NAF-0602 – dotyczy V DS. 4243.

W dniu 23 lipca 2012r. zamawiający wystosował kolejne wezwanie do HELICA, gdzie stwierdził, co następuje:

- 1) W wykazie oferowanych produktów (Załącznik nr 5 do Formularza „OFERTA”) w tabeli dotyczącej macierzy dyskowej (d.) Wykonawca jako „Typ produktu, model” całej macierzy wpisał wyłącznie model półki dyskowej (disk shelf) V DS 4243. Zgodnie ze specyfikacją techniczną macierzy dyskowych znajdującą się oficjalnej stronie producenta tego sprzętu firmy NetApp (<http://www.netapp.com/us/products/storage-systems/disk-shelves-and-storage-media/disk-shelves-tech-specs.html>) do spełnienia wymagań Zamawiającego niezbędne jest zastosowanie także kontrolera. W ofercie nie został przedstawiony żaden model takiego urządzenia (potwierdzono jedynie, że spełnia wymagania).
- 2) Jak wynika ze specyfikacji technicznej (znajdującej się na stronie producenta, adres powyżej) architektura i interface w zaoferowanej półce dyskowej obsługuje wyłącznie dyski SAS 3G. W SIWZ Zamawiający wyraźnie określił swoje wymagania względem montowanych w niej dysków na poziomie SAS 6G. Przy czym należy podkreślić, że Zamawiający określając szybkość transferu danych na poziomie 6Gbit/s wymaga spełnienia tego poziomu prędkości transferu danych także dla działających dysków w ramach urządzenia, które te dyski będzie obsługiwało.
- 3) Zamawiający w toku składanych wyjaśnień powziął informację, że Wykonawca zamierza zastosować przełącznik FC8 model 5450 firmy Brocade. Z oficjalnej strony firmy Fujitsu (<http://globalsp.ts.fujitsu.com/dmsp/Publications/public/ds-py-bx-cb-fc-switch-8gb-188-brocade-5450.pdf>) wynika, że zaoferowany przełącznik współdziała wyłącznie z obudową serwerów blade typu S1, a Wykonawca zaproponował obudowę typu S2 (BX 900 S2).

W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnień.

W dniu 24 lipca 2012r. Helica wyjaśniła, że jej oferta spełnia wymagania Zamawiającego na dzień składania ofert. Potwierdziła, iż zaoferowana macierz firmy NetApp składa się z półki

dyskowej V DS4243 oraz kontrolera FAS 3240HA będącego elementem oferowanej macierzy. Dokument CE dotyczący kontrolera FAS 3240HA został dołączony przez nas (wraz tłumaczeniem) do oferty z dnia 11 czerwca 2012 r. Nie mniej dodatkowo przedłożyła oświadczenie firmy NetApp nawiązujące do przedmiotowego certyfikatu CE.

Nadmieniła, iż w formularzu ofertowym potwierdziła w całości spełnienie wymagań zamawiającego, a następnie na wezwanie zamawiającego udzieliła wyjaśnień w trybie art. 87 PZP. Załączyła dodatkowo oświadczenie firmy NetApp, potwierdzające, że rozwiązanie zaoferowane w ramach tegoż postępowania spełnia wymagania SIWZ, w szczególności obsługę dysków twardych opartych o technologię 6Gb/s. W ślad za producentem potwierdziła, że zaoferowane dyski spełniają wymagany transfer danych na poziomie 6Gb/s. Załączyła oświadczenie firmy Fujitsu Technology Solutions potwierdzające, że zaoferowany przełącznik FC8 model 5450 firmy Brocade jest kompatybilny zarówno z obudową serwerów blade typu S1, jak również S2

Z arkusza danych Fujitsu PRIERGY BX920 S3 Serwer dwugniazdowy Blade, wynika, że jest ono wyposażone w 5 portów USB w tym 4 porty USB uzyskiwane są za pomocą specjalnego kabla podłączanego z przodu.

Zamawiający i przystępujący przedstawili ten sam widok przedni panelu obudowy serwera PRIMGERY BX920 S3, przy czym zamawiający jako standardowe powszechnie złącze wskazywał złącze pod przyciskiem włącz, a przystępujący oba złącza, tj. nad i pod przyciskiem włącz.

Z oświadczenie producenta Fujitsu z dnia 20 sierpnia 2012r. wynika, że wyprowadzono na przedni panel serwera dwa złącza USB, przy czym jedno z nich umożliwia wyprowadzenie 4 złączy USB oraz dodatkowych złączy COM i VGA, bezpośrednio na przedni panel serwera.

Z informacji producenta NetApp na temat półek dyskowych dla systemów FAS i V-Series wynika, że w modelu DS. 4243 architektura półki i jej przepustowość wyjścia/ wejścia SAS o prędkości 3 gbps.

Tę daną potwierdza przedłożony przez odwołującego artykuł „Wznieść pamięć dyskową na następny poziom za pomocą SAS”

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jego oferta nie została odrzucona przez zamawiającego i została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Odwołanie zmierza do wyeliminowania oferty sklasyfikowanej na pierwszej pozycji w rankingu. Uwzględnienie odwołania powodowałoby, że oferta odwołującego zostałaby wybrana. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści jakie zakładał z realizacji zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm. - dalej zwaną ustawą), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Zarzut w części potwierdził się . Odwołanie podlegało rozpoznaniu w zakresie dotyczącym zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią siwz dotyczącej wymogu wynikającego z załącznika nr 2 do Rozdziału II do siwz tabela c – serwer blade 8szt. i tabela d – macierz dyskowa – parametr dyski - minimum 8 TB pojemności z wykorzystaniem dysków FC8 lub SAS 6G, Hot-Plug o pojemności 600 GB, 15 krpm oraz 16 TB pojemności z wykorzystaniem dysków SATA lub SAS 6G Hot-Plug o pojemności 2TB, 7.2 krpm, a polegającej na zaoferowaniu serwera blade – PRIMERGY BX920 S3, który oferuje tylko jedno złącze USB wyprowadzone bezpośrednio na przedni panel serwera oraz na zaoferowaniu macierzy V DS. 4243, która ma przepustowość 3Gb/s, co oznacza, że nie wykorzystuje dysków SAS 6G. W pozostałym zakresie odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zatem w cofniętym zakresie odwołanie nie podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Odnosnie podtrzymanych przez odwołującego zarzutów w zakresie dotyczącym Tabela c – Serwer blade – 8 szt., gdzie w kolumnie złącza zamawiający postawił wymagania minimalne – minimum dwa złącza USB wyprowadzone na przedni panel serwera i obsługujące bootowanie z napędów: dyskietek, CD/DVD, klucza USB, a przystępujący oświadczając o spełnianiu tego wymogu jednocześnie zaoferował serwer PRIMERGY BX920 S2, Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Pomiędzy stronami tj. zamawiającym i odwołującym, a przystępującym jako wnoszącym sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania, bezsporne było, że bezpośredni dostęp do złącza/portu USB w przednim panelu serwera jest tylko jeden tj. poniżej przycisku włącz. Bezsporne było również to, że panel przedni jest wyposażony w złącze w przedniej górnej

części panelu, za pomocą którego mogą być obsługiwane urządzenia USB, pod warunkiem zastosowania specjalnego kabla. Takie twierdzenie występowało w odwołaniu u odwołującego, zamawiający tej okoliczności nie przeczył podając na rozprawie, że przy wyborze oferty przystępującego dysponował obrazem serwera w niskiej jakości i nie mógł stwierdzić z całą pewnością ile jest złączy USB, a po uzyskaniu obrazu lepszej jakości wskazał, że złącze w górnej części przedniego panelu jest złączem USB w standardzie właścicielskim, co oznacza, że nie można pod nie bezpośrednio podłączać standaryzowanych powszechnie urządzeń USB i że w ramach tego złącza z takimi urządzeniami zachodzi jedynie zgodność elektryczna, a nie fizyczna, gdyż korzystanie ze złącza wymaga specjalnego kabla. Takie stanowisko wynikało również ze stanowiska przystępującego prezentowanego na rozprawie. Co więcej stanowiska stron i uczestnika postępowania znajdowały odzwierciedlenie w przedłożonym przez odwołującego wydruku ze strony producenta Fujitsu, który wskazywał na 5 portów USB (w tym 4 x USB za pomocą specjalnego kabla). Tym samym spor pomiędzy stronami w rzeczywistości sprowadził się nie do sporu technicznego, co do zaoferowanych rozwiązań technicznych niedopuszczonych przez siwz, ale do interpretacji brzmienia tabeli c – serwer blade – 8 szt. w parametrze złącza, co do tego jakie złącza wymagał zamawiający i czy postawił on wymóg bezpośredniego dostępu urządzeń USB w standardzie powszechnym do złącza USB znajdującego się w panelu przednim serwera. Izba przeanalizowała postanowienia siwz w tym zakresie i stwierdziła, że wbrew stanowisku zamawiającego prezentowanym na rozprawie, z postanowień siwz dotyczących przedmiotowego wymagania nie można wywieść, aby zamawiający wymagał złącza USB w określonym standardzie, czy też aby wymagał, aby to złącze było bezpośrednio dostępne dla standardowych powszechnie urządzeń USB bezpośrednio w panelu przednim serwera. W ocenie Izby z postanowienia „minimum dwa złącza USB wyprowadzone na przedni panel serwera” nie można takiej woli zamawiającego wywieść. Wymogi dotyczące szafy RACK ujęte w tabeli a załącznika nr 2 do Rozdziału II siwz nie wskazując na to, że poza serwerem blade z uwagi na jego wymiary w szafie nie zmieści się wystający z przedniej części panelu kabel. Zamawiający tej okoliczności nie udowodnił, wskazał jedynie na potencjalne trudności zamknięciem szafy. Wskazane przez zamawiającego okoliczności dotyczące bezpieczeństwa użytkowania serwera, choć w ocenie Izby uzasadnione, nie znalazły swojego odzwierciedlenia w postanowieniach tabeli c. Tym samym przystępujący nie miał obowiązku ich istnienia domniemywać, a to że odwołujący odczytał niewyrażone przez zamawiającego intencje nie pozwala na odrzucenie oferty przystępującego z tego powodu. Treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi bowiem o nieodpowiadaniu treści oferty treści siwz, zatem aby móc ofertę na podstawie tego przepisu odrzucić musi istnieć stwierdzona sprzeczność pomiędzy treścią oferty, a treścią siwz, lub nieusuwalny brak w zakresie czy to wymagań zamawiającego co



do przedmiotu zamówienia, czy co do zakresu zaoferowanego przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie w zakresie wymogów dotyczących złącz serwera blade, Izba takich okoliczności nie stwierdziła, z tego względu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w części dotyczącej złącz serwera blade nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu dotyczącego wymogu w tabeli d – Macierz dyskowa w parametrze Dyski załącznika nr 2 do Rozdziału II siwz tj. wykorzystywania przez macierz dyskową dysków SAS 6G, podczas, gdy zaoferowana przez przystępującego macierz dyskowa firmy NetApp składająca się z półki dyskowej V DS4243 i kontrolera FAS 3240HA może wykorzystywać przepustowość dysków na poziomie 3G, bo półka dyskowa VDS 4243 taką przepustowość obsługuje, Izba uznała ten zarzut za uzasadniony. Ponownie Izba ustaliła, iż bezsporne było pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania, że przystępujący zaoferował dyski o przepustowości 6G. Świadczy o tym zarówno treść odwołania, jak i stanowisko odwołującego i zamawiającego prezentowane na rozprawie, a także stanowisko przystępującego, że wymóg przepustowości 6 G odnosi się do dysków, a on Takie dyski zaoferował i potwierdził to własnym oświadczeniem i oświadczeniem producenta NetApp. Izba uznała, że sporne jest zatem to, czy z treści wymogów siwz w tabeli d w parametrze dyski zamawiający postawił wymagania dotyczące macierzy dyskowej, czy jedynie dysków, których zaoferowania wymagał. W ocenie Izby błędne jest przekonanie przystępującego, że wymagania zawarte w parametrze dyski dotyczą wyłącznie właściwości dysków, a nie dotyczą właściwości półki dyskowej. Izba po dokonaniu analizy wymogów zamawiającego wynikający z tego parametru stwierdziła, że opis wszystkich wymogów w parametrze dyski odnosi się do macierzy dyskowej, a nie do właściwości dysków. Jedynie poprzez właściwości dysków opisano właściwości macierzy. Na takie rozumienie siwz wskazują bezpośrednio sformułowania użyte przez zamawiającego. W pierwszej kolejności Izba wskaże na te niezwiązane z dyskami 6G i tak zamawiający wymagał :

„musi umożliwiać instalację min. 450 dysków wykonanych jako dyski SAS lub NearLine – SAS lub SolidStateDisk” – oznacza to, że macierz ma taką instalację umożliwiać, a nie, że zamawiający wymaga zaoferowania mu min. 450 dysków SAS, NearLine SAS czy SolidStateDisk,

„możliwość rozbudowy przez dokładanie kolejnych dysków. półek dyskowych, bez przerywania pracy macierzy” – ten wymóg także odnosi się do macierzy, bo to ona ma nie przerywać pracy podczas dokładania dysków, czyli jest to właściwość macierzy, a nie dysku,

„możliwość obsługi łącznie minimum 450 dysków bez konieczności wymiany kontrolerów” – także ten wymóg odnosi się do macierzy, gdyż to w macierzy występują kontrolery,

„Obsługa FC, SSD oraz SAS w ramach jednej macierzy dyskowej” – właściwość macierzy, a nie dysku,

„Macierz musi wykorzystywać półki dyskowe wysokiej gęstości (co najmniej 12 dysków na maksymalnie 2U wysokości)” – właściwość macierzy, a nie dysku,

„Rozwiązanie powinno zawierać co najmniej po 1 dysku każdego typu pracujące jako HOT Spare” właściwość i macierzy i dysku

I wreszcie wymóg dotyczący przepustowości „Minimum 8 TB pojemności z wykorzystaniem dysków FC8 lub SAS 6G, Hot –Plug o pojemności 600 GB, 15 krpm oraz 16 TB pojemności z wykorzystaniem dysków SATA lub SAS 6G Hot-Plug o pojemności 2TB, 7.2 krpm” ponownie w ocenie Izby wymóg ten dotyczy macierzy, a nie dysków, gdyż to macierz ma wykorzystywać dyski FC8 lub SAS 6G o pojemności 600GB i dyski SATA lub SAS 6G o pojemności 2TB, owszem ten wymóg określa także dyski i ich parametry, ale przede wszystkim przedstawia wymagania minimalne zamawiającego dla macierzy dyskowej. Tym samym w ocenie Izby użyte przez zamawiającego sformułowanie „z wykorzystaniem dysków SAS 6G” oznacza, że macierz, ma te dyski wykorzystywać, a nie że je można włożyć do półki dyskowej, gdzie nie będą w pełni wykorzystywane, bo półka obsługuje jedynie przepustowość 3G. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom przystępującego, że przepustowość 3G półki dyskowej oznacza przepustowość 3 G wejścia i przepustowość 3G wyjścia, co razem daje przepustowość 6 G. Nie wynika to z żadnych dokumentów załączonych przez przystępującego do oferty, czy też przedłożonych przez odwołującego na wezwania zamawiającego, a przeczy temu dowód przeprowadzony przez odwołującego z informacji dotyczących półek dyskowych wydrukowany ze strony producenta. W ocenie Izby ten ostatni wymienionych dokument wbrew stanowisku przystępującego jest wiarygodny. Dana dotycząca „architektury” w tłumaczeniu polskim i „Shelf architecture” w oryginalnym języku strony producenta stanowiąca o tym, że przepustowość półki DS 4243 wynosi 3G została potwierdzona w artykule przedłożonym przez przystępującego. Co więcej pokrywa się ze stanowiskiem pełnomocnika przystępującego wyrażonym na rozprawie, że z uwagi na zastosowanie zespołu adapterów mogących połączyć 4 półki w ramach tego połączenia uzyskuje się przepustowość 12Gbps, a z uwagi na to, że występują 4 adaptory w macierzy, to łączna przepustowość macierzy wynosi 48 Gbps. Przy czym należy zauważyć, że twierdzenia dotyczące łącznej przepustowości nie mają żadnego znaczenia dla oceny spełniania przez macierz wymogu wykorzystywania dysków SAS 6G, gdyż macierz dysków tego typu nie wykorzysta, bo może w pełni wykorzystać jedynie dyski o przepustowości 3G, gdyż pojedyncza półka dyskowa do której podpinany jest dysk ma właśnie taką przepustowość. Gdyby zamawiającemu chodziło jedynie o fizyczną możliwość podpięcia w półce dyskowej dysku SAS 6G, to wówczas nie użyłby pojęcia „wykorzystywać”. Ponadto nie logiczna jest argumentacja przystępującego, że zamawiający może korzystać z dysków 6G, bo są one kompatybilne i mogą pracować z półkami dyskowymi o przepustowości 1,5 Gbps, 3 Gbps. Gdyby zamawiającemu zależało na współpracy macierzy z dyskami o

przepustowości mniejszej niż 6 G, to nie stawiła takiego jak w siwz wymogu. W ocenie Izby zatem zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, że oferta przystępującego nie odpowiada treści siwz w zakresie wymogu określonego w tabeli d – Macierz dyskowa – 1 szt. parametrze dyski dotyczącym wykorzystania dysków FC8 lub SAS 6G Hot-Plug i dysków SATA lub SAS 6 G Hot-Plug, gdyż przystępujący zaoferował półkę dyskową nie wykorzystującą dysków SAS 6G Hot-Plug, ani dysków FC8 czy SATA.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust 1 ustawy poprzez prowadzenie negocjacji z przystępującym dotyczących treści złożonej oferty i nieuprawnione dokonanie istotnej zmiany treści oferty po otwarciu ofert, w wyniku nieprawidłowej interpretacji wyjaśnień złożonych przez przystępującego, będących odpowiedzią na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty

Zarzut został cofnięty. Izba nie rozpoznawała zarzutu na skutek jego cofnięcia przez odwołującego na rozprawie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający dokonując wyboru oferty przystępującego, która powinna być odrzucona naruszył art. 91 ust. 1 ustawy, gdyż nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej według postawionych przez siebie kryteriów, ale takiej, które w ogóle nie powinna podlegać ocenie zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji podczas czynności badania i oceny oferty oraz wyjaśnień

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający dokonując wyboru oferty przystępującego, która powinna być odrzucona naruszył art. 7 ust. 1 ustawy porównując oferty nieporównywalne tj. ofertę przystępującego, która powinna być odrzucona i ofertę odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu. Oznacza to, że zamawiający nie potraktował równo wykonawców do czego był zobowiązany na mocy art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć przystępującego, który wniósł sprzeciw, obciążając do na rzecz odwołującego obowiązkiem zwrotu kosztów wpisu, a na rzecz zamawiającego obowiązkiem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego z ograniczeniem do maksymalnej wysokości zwrotu wynikającego z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz zgodnie z § 5 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący .....**