

**Sygn. akt: KIO 1897/14**

**Sygn. akt: KIO 1899/14**

## **WYROK**

**z dnia 30 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2014 r. przez:

A. Itprojekt Sp. z o.o. w Warszawie (sygn. akt: KIO 1897/14),

B. TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie (sygn. akt: KIO 1899/14),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Politechnikę Gdańską w Gdańsku,

przy udziale:

A. "KONCEPT" Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1899/14 po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MEGATEL Sp. z o.o. Sp. K. w Krakowie i ACTION S.A. w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1897/14 i KIO 1899/14 po stronie zamawiającego,

C. TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1897/14 po stronie zamawiającego,

D. WASKO S.A. w Gliwicach zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1899/14 po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców Itprojekt Sp. z o.o. w Warszawie oraz TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Itprojekt Sp. z o.o. w Warszawie oraz TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Itprojekt Sp. z o.o. w Warszawie oraz TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Politechniki Gdańskiej w Gdańsku kwotę 85 zł 00 gr (słownie: osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty od pełnomocnictw, w tym kwotę 42 zł 50 gr (słownie: czterdzieści dwa złote pięćdziesiąt groszy) od Itprojekt Sp. z o.o. w Warszawie oraz kwotę 42 zł 50 gr (słownie: czterdzieści dwa złote pięćdziesiąt groszy) od TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1897/14**

**Sygn. akt: KIO 1899/14**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Politechnika Gdańska w Gdańsku, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę klastra serwerów obliczeniowych na potrzeby realizacji projektu Centrum Doskonałości Naukowej Infrastruktury Wytwarzania Aplikacji (CD NIWA).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 17 czerwca 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 114-200224.

W dniu 05.09.2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

### **Odwołanie KIO 1897/14**

W dniu 15 września 2014 r. Itprojekt Sp. z o.o. w Warszawie wniosła odwołanie względem ww. czynności Zamawiającego, konkretnie względem odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MEGATEL Sp. z o.o. Sp. K. w Krakowie i ACTION S.A. w Warszawie (zwanym dalej „Konsorcjum Megatel”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) pomimo spełniania przez zaoferowane rozwiązanie oraz urządzenia wszystkich wymagań technicznych zawartych w SIWZ;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, tj. podanie przez Odwołującego w Załączniku nr 10 wartości w zakresie liczby sztuk oraz ceny w złym wierszu – dot. Przełączników TASK-IB-SW-1 i TASK-IB-SW-2 oraz Przełączników TASK-SWE-1 oraz TASK- SWE-2

3. art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieprecyzyjne i lakoniczne uzasadnienie przyczyn faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego w zawiadomieniu wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 września 2014 r.
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Megatel pomimo niezgodności oferty ww. wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na zaoferowaniu przez ww. wykonawcę urządzeń oraz zastosowanie topologii sieci, niespełniających wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ oraz w Specyfikacji Technicznej;
5. art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum Megatel jako najkorzystniejszej, pomimo tego, iż oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert;
2. unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
  - w przypadku ponownego uznania, iż dokumenty przedłożone wraz z ofertą podlegają uzupełnieniu - wezwanie Odwołującego do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
  - poprawienie w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty
4. odrzucenia oferty Konsorcjum Megatel;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

W dniu 5 września 2014 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez konsorcjum w składzie Megatel sp. z o.o. oraz ACTION S.A. jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu wyboru Zamawiający wskazał, iż „Złożona oferta spełniła wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), uzyskała maksymalną liczbę punktów (100) w jedynym kryterium oceny ofert - «cena».". Równocześnie oferta Odwołującego została odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na jej rzekomą niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odnosząc się

do poszczególnych zarzutów przedstawionych we wcześniejszej części odwołania Odwołujący wskazuje co następuje:

Na wstępie należy wskazać, iż Zamawiający wielokrotnie dokonywał zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak staranności w przygotowaniu dokumentami postępowania potwierdza także liczba złożonych przez wykonawców wniosków o wyjaśnienie treści siwz - zadano łącznie 97 pytań. Zamawiający w dniu 7 lipca 2014 r. dokonał zmiany formularza załącznika nr 9 zawierającego „Opis oferowanego przedmiotu zamówienia”. Konieczne jest podkreślenie, iż bezpośredni wpływ na brak załączników w zmienionych wersjach w ofercie Odwołującego miały działania Zamawiającego. Zamawiający publikując nowe wersje załączników umieścił je na stronach postępowania (link: <http://www.dzp.pg.gda.pl/?a=s&poid=2957>) w innym dziale niż „SIWZ - Specyfikacja i jej modyfikacje” a mianowicie pomiędzy dokumentami z działu „Zapytania i wyjaśnienia” i dodatkowo w wypadku załącznika nr 10 właściwa wersja załącznika do edycji umożliwiająca złożenie oferty została umieszczona dopiero miesiąc po wprowadzeniu zmian opisanych w jednej z prawie 100 odpowiedzi na pytania do siwz, na dzień przed pierwotnym terminem składania ofert, a żadna zmiana nie była dodatkowo w żaden sposób komunikowana przez Zamawiającego do zainteresowanych Wykonawców co jest dość powszechną praktyką przy postępowaniach publicznych, szczególnie przy postępowaniach o tak znacznej wartości, w przeciwieństwie do pytań i odpowiedzi które były komunikowane drogą e-mailową co spowodowało fałszywe przekonanie u Wykonawcy, że Zamawiający faktycznie komunikuje wszystkie ważne kwestie związane ze zmianami w treści dokumentów postępowania. Powyższe jednoznacznie prowadzi do wniosku, iż sam Zamawiający nie dochował należytej staranności w trakcie prowadzenia postępowania, wręcz skomplikował komunikację publikując zmiany siwz w miejscach niezgodnych z uprzednio przyjętą systematyką, co uniemożliwiło wszystkim Wykonawcom złożenie poprawnej oferty i nie zapewniło skutecznego poinformowania Wykonawców o wprowadzanych w dokumentach ofertowych korektach.

Zamawiający zamieścił dokumentację przetargową na swojej stronie internetowej dzieląc je w następujący sposób:

- Ogłoszenia - dokumentów: 5
- SIWZ - Specyfikacja i jej modyfikacje - dokumentów: 5
- Zapytania i wyjaśnienia do SIWZ - dokumentów: 7
- Odwołania - dokumentów: 3
- Oraz dodatkowo: Wybór oferty - dokumentów: 1

Specyfikacja istotnych Warunków Zamówienia umieszczona jest na podstronie „SIWZ – Specyfikacja i jej modyfikacje - dokumentów: 5”

(link: <http://www.dzp.pg.gda.pl/?a=s&s=s&poid=2957>), natomiast wersja edytowalna załączników do SIWZ umożliwiająca przygotowanie dokumentów ofertowych zawarta jest na wyżej wspomnianej stronie pod linkiem:

<http://www.dzp.pg.gda.pl/data/post/02957/specyfikacja/1402999868.zip>

Ostatnia wprowadzona wersja załączników (w dniu 2014-06-17 g. 12:11:08) w dziale „SIWZ - Specyfikacja i jej modyfikacje - dokumentów” nie zawiera zmian wprowadzonych w postaci odpowiedzi na pytania i zawiera starą tabelę ofertową.

[...]

Zamawiający w istocie zmodyfikował treść załączników ofertowych tj tabelę ofertową umieszczając stosowne informacje w odpowiedziach na pytania Wykonawców z dnia 01.07.2014 <http://www.dzp.pg.gda.pl/data/post/02957/specyfikacja/1404217904.pdf> w postaci nieedytowalnej uniemożliwiającej złożenia oferty. Należy zauważyć że zmiany SIWZ opisane w piśmie (odpowiedzi na pytania 1-13) z dnia 2014-07-01 stronie nie oznaczają automatycznie konieczności zmiany załączników, tak więc Wykonawca nie mógł przypuszczać że Zamawiający nie zamieścił równocześnie wymaganych zmian w wersji edytowalnej załączników.

Wersje edytowalne załączników do SIWZ zostały zamieszczone w zupełnie innym dziale tj. „Zapytania i wyjaśnienia do SIWZ” dopiero na dzień przed upływem terminu składania ofert tj. 31.07.2014, który ostatecznie został jednak przesunięty.

Zatem mimo wprowadzenia już w dniu 01-07-2014 zmiany w treści załącznika ofertowego 10, Zamawiający dopiero w dniu 29-07-2014, na dzień przed wyznaczonym terminem składania ofert (tj. 31/07/2014) załączył w dziale Zapytania i wyjaśnienia do SIWZ właściwą treść załącznika nr 10. Równocześnie do dnia dzisiejszego nie załączył w odpowiednim dziale tj. 1. SIWZ - Specyfikacja i jej modyfikacje aktualnej wersji dokumentów ofertowych.

[...]

Należy także wskazać, iż Zamawiający jako przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. 3. Aby zamawiający mógł dokonać odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią siwz w pierwszej kolejności jest zobligowany ustalić treść tej oferty w sposób nie budzący wątpliwości, a następnie zestawić ją z treścią siwz i stwierdzić nie odpowiedniość treści oferty do treści siwz. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować powyższą podstawę odrzucenia oferty musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami SIWZ. Wymaga podkreślenia, iż ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć

charakter zasadniczy i nieusuwalny. Zamawiający badając ofertę złożoną przez Odwołującego zdaje się pomijać złożone przez niego wyjaśnienia jednoznacznie przesądzające o zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji przetargowej, jak również wskazujące na drobne i nieistotne omyłki, które w sposób oczywisty podlegają poprawieniu na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Zamawiającego względem oferty Odwołującego wskazuje co następuje:

Pierwszy powód odrzucenia oferty jaki wskazuje Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 września 2014 r. dotyczy właśnie zmodyfikowanego w wyniku rzeczonych zmian załącznika: „Wykonawca złożył wraz z ofertą nieaktualny, nieuwzględniający zmian wprowadzonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pismem z dnia 7.07.2014 r., opis oferowanego przedmiotu zamówienia na formularzu stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ. Formularz nie obejmuje przełącznika TASK- MGMT-1 oraz nie zawiera informacji o przełącznikach TASK-SWE-2 i TASK-IB-SW-2, nie daje zatem Zamawiającemu możliwości zweryfikowania, czy zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ.

Przełącznik TASK-MGMT-1

Wymaga podkreślenia, iż dokonana przez Zamawiającego zmiana formularza załącznika nr 9 sprowadzała się jedynie do dodania w tabeli nr 1 pozycji: przełącznik TASK-MGMT-1. Wspomniana zmiana załącznika w żaden sposób nie wpływa na przedmiot świadczenia Odwołującego. Wypełnienie tej pozycji załącznika jest konieczne jedynie w przypadku zastosowania określonego rozwiązania. Odwołujący nie oferował osobnego przełącznika TASK-MGMT-1, gdyż Zamawiający pozostawił wykonawcom pełną swobodę w zakresie doboru przełączników. Powyższe wynika wprost z treści formularza nr 10, w którym wskazano: „liczbę oferowanych elementów w poszczególnych wierszach wylicza i wskazuje Wykonawca według własnej koncepcji budowy klastra, zawartej w złożonej ofercie.". Odwołujący zastosował odpowiednią ilość wszystkich wymaganych przez Zamawiającego przełączników co w sposób oczywisty wynika z dołączonego do oferty Szczegółowego opisu topologii połączeń proponowanego rozwiązania. Koncepcja w oparciu, o którą wykonawca zamierza zbudować klastr zawarta w ofercie, jest w pełni zgodna z siwz. Zgodnie z rzeczoną koncepcją i OPZ Odwołujący nie zastosował osobnego przełącznika TASK-MGMT-1 tylko umieścił go w tzw. bundle'u przełącznika TASK-SWE-2. Powyższe oznacza, iż przełącznik TASK- MGMT-1 stanowi część innego produktu i jest częścią bundle (zestawu) zawierającego 2 przełączniki w tym TASK-MGMT-1. Na marginesie należy wskazać, iż przełącznik MGMT nie spełnia żadnej istotnej roli w połączeniach między urządzeniami, pełni

jedynie funkcje monitorujące/zarządzające. Parametry przełącznika TSK- MGMT-1 są więc zawarte w opisie przełącznika TASK-SWE-1 (docelowo TASK-SWE-2 - szersze wyjaśnienia w części uzasadnienia dot. pozycji TASK-SWE-2). Mając na uwadze powyższe oraz wyrażoną w dokumentacji zgodę Zamawiającego na swobodny dobór przez Wykonawcę przełączników i ich liczby, nie sposób dojść do wniosku, iż powyższy brak w załączniku nr 9 dołączonym do oferty wykonawcy przesądza o jej niezgodności z treścią siwz. Powyższe natomiast jednoznacznie wskazuje, na intencje Zamawiającego, który pomimo oczywistej zgodności oferty Odwołującego z treścią siwz usiłuje wszelkie dotychczas oczywiste postanowienia siwz interpretować w sposób przeciwny, zmierzając do nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego.

Specyfikacja przełącznika TASK-MGMT-1 została przez Odwołującego opisana w pełni ponieważ zgodnie z założeniami postępowania przygotowanymi przez Zamawiającego to właśnie wykonawca podaje (zgodnie ze swoją koncepcją budowy klastra) wymagane przełączniki i ich ilość. Naturalnym jest, że jeśli wykonawca nie zastosował określonych osobnych przełączników w swojej konfiguracji (zgodnie ze swoją koncepcją budowy klastra) to nie powinien osobno specyfikować parametrów przełącznika. Odwołujący zaznacza również, że stosowny przełącznik pełniący funkcję TASK- MGMT-1 jest zaoferowany przez Odwołującego w formie bundle'a przełączników TASK-SWE-1 a określona funkcja zarządzania jest dostarczana przez Odwołującego zgodnie z wymogami SIWZ i OPZ, natomiast Odwołujący nie dostarcza niniejszego przełącznika jako osobnej pozycji cenowej. Wynika to z faktu, iż nie ma możliwości fizycznego wydzielenia ww. przełącznika z przełącznika TASK-SWE-1, którego część stanowi przełącznik TASK-MGMT-1. Dzięki zastosowaniu przez wykonawcę innowacyjnej konstrukcji przełącznika S7712 umieścił funkcjonalność TASK-MGMT-1 w ramach bundle'a przełączników S7712. Przełącznik S7712 jest dostarczany między innymi w bundle'ach składających się z 2 fizycznych przełączników S7712 lub 2 fizycznych przełączników s7706 co pozwala na mieszczanie zgodnie z wymogami Zamawiającego 2 fizycznych przełączników w jednym modelu urządzenia na który składają się dwa osobne przełączniki. Taka konstrukcja rozwiązania w 100% spełnia wymogi Zamawiającego opisane w SIWZ i OPZ. Zamawiający dodatkowo potwierdził zastosowane rozwiązanie w odpowiedziach na wezwanie do wyjaśnień nie zmieniając treści oferty w żadnym zakresie. Poniżej tabela nr 10 z oferty Odwołującego z właściwymi ilościami przez uzupełnieniem cen w pozycjach gdzie są zawarte ilości oferowanych produktów. Powyższe potwierdza dołączony do oferty Odwołującego załącznik numer 10-część podstawowa. W części tej Odwołujący zaproponował 2 przełączniki TASK-IB-SWE-2 oraz TASK-SWE-2 (omyłkowo w ofercie podane pod pozycją TASK-IB-SWE-1 oraz TASK-SWE-1, o czym szerzej w dalszej części odwołania). Nie zawarł w nich osobnych przełączników TASK-SW-2 lub TASK-SWE-2 lub TASK- MGMT-1 ponieważ zgodnie z wymogiem



Zamawiającego „liczbę oferowanych elementów w poszczególnych wierszach wylicza i wskazuje Wykonawca według własnej koncepcji budowy klastra, zawartej w złożonej ofercie.” Zamawiający nie narzucał wykonawcom konkretnych ilości poszczególnych przełączników. Pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcom, liczba przełączników zależała bowiem od przyjętej przez wykonawców koncepcji.

#### Przełączniki TASK-IB-SW-1 i TASK-SWE-1

Dzięki zaproponowanemu w ofercie Odwołującego rozwiązaniu opartemu o technologię BLADE, Odwołujący zastosował część przełączników zintegrowanych w obudowach BLADE (zgodnie z wymogami Zamawiającego i standardami branżowymi). Zgodnie z punktem 8.2.2. Załącznika nr 8 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna, „Przełącznik TASK-SWE-1 - wymagania zgodnie z punktem 8.2.1 oraz dodatkowo: w przypadku zastosowania systemu BLADE zamawiający wymaga montażu przełączników TASK- SWE-1 w obudowach BLADE zamiast szafie rack 19".". Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący nie umieszczał informacji o przełącznikach TASK-SWE-1 i TASK-IB-SW-1 ponieważ ta warstwa przełączników jest integralną częścią obudów BLADE.

Wymaga podkreślenia, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa klastra serwerów obliczeniowych, zgodnie z koncepcją wykonawcy. Jak wskazano w Załączniku nr 8 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna: „Zamawiający planuje zakup elementów klastra w liczbach podanych w formularzu rzeczowo-cenowym stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ.". Zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego wzorem formularza liczbę sztuk poszczególnych elementów dostawy w pozycjach 7-11 tabeli q w zakresie szaf rack i przełączników TASK-IB-SW-1, TASK-IB-SW-2, TASK-SWE-1 oraz TASK-SWE-2 - określał sam wykonawca - pola te Zamawiający pozostawił puste. Powyższe działanie było intencjonalne - zamawiający nie narzucał wartości dla tych pozycji gdyż zgodnie z dalszą częścią załącznika nr 9: „W wierszach 7-11 tabeli nr 1 w kolumnie -3- «liczba sztuk w konfiguracji podstawowej» liczbę oferowanych elementów w poszczególnych wierszach wylicza i wskazuje Wykonawca według własnej koncepcji budowy klastra, zawartej w złożonej ofercie.". Sposób realizacji zamówienia został więc pozostawiony do wyboru wykonawcom, istotne było zaś osiągnięcie określonego w siwz efektu.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu oczekiwał realizacji zamówienia w technologii RACK lub BLADE - zgodnie z pkt 1.7 Załącznika nr 10 - Specyfikacja Techniczna, str. 4: „Zamawiający dopuszcza oba rozwiązania BLADE i RACK, jeśli nie określono inaczej.". Dzięki zastosowanemu rozwiązaniu działającemu w oparciu o technologię BLADE, Odwołujący zastosował część przełączników zintegrowaną w obudowach BLADE (zgodnie z wymogiem zamawiającego określonym w pkt 8.2.2 („ Przełącznik TASK-SWE-1 -

zamawiający wymaga montażu przełączników TASK-SWE-1 w obudowach BLADE zamiast szafie rack 19"). Załącznika nr 8 do SIWZ i standardami branżowymi). Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący nie specyfikował osobnych pozycji cenowych ani nie specyfikował osobnych informacji o przełącznikach TASK-SWE-1 i TASK-IB-SW-1, ponieważ są one integralną częścią obudów BLADE. Zamawiający umożliwił zaferowanie serwerów BLADE, jednak równocześnie nie umożliwił nawet wyspecyfikowania osobnego kosztu obudów serwerów BLADE, w związku z tym Wykonawca mógł umieścić te elementy (jako niezbędne do funkcjonowania serwerów) jedynie w pozycjach cenowych obejmujących serwery. Zamawiający umożliwił także zgodnie z zapisami SIWZ oraz OPZ zastosowanie takich przełączników co znajduje potwierdzenie w wymienionych powyżej postanowieniach dokumentacji przetargowej. Przedmiotowe przełączniki można zamówić jedynie jako integralną część obudowy BLADE. Są to elementy, których nie można wydzielić. W przeciwieństwie do technologii RACK, w której przełączniki montowane są na zewnątrz. Biorąc pod uwagę specyfikę technologii serwerowej BLADE oraz fakt, iż Zamawiający w specyfikacji technicznej wymagał montażu przełączników w obudowach BLADE, Odwołujący nie stosował dwóch osobnych zewnętrznych od obudowy serwerowej typów przełączników. W związku z tym zgodnie z wymogami Zamawiającego „liczbę oferowanych elementów w poszczególnych wierszach wylicza i wskazuje Wykonawca według własnej koncepcji budowy klastra. zawartej w złożonej ofercie”, a jeśli określone przełączniki nie są wyspecyfikowane jako osobne pozycje cenowe to równocześnie Wykonawca, nie chcąc popełnić błędu formalnego, nie ma możliwości specyfikowania ich osobnych parametrów lub wpisywania ich osobnej ilości (by nie powielić faktycznie zaferowanych przełączników których cena musi być zawarta w cenie obudowy blade). Natomiast liczba zastosowanych przełączników wynika bezpośrednio z załączonego do oferty dokumentu - Szczegółowy Opis Topologii Połączeń Proponowanego Rozwiązania - str. 92 -130 oferty.

Mając na uwadze powyższe nie sposób dojść do wniosku, iż Odwołujący nie wycenił przełączników TASK-SWE-2, TASK-IN-SW-2 oraz TASK-MGMT-1. Wszystkie powyższe elementy zostały przez Odwołującego w cenie oferty. Z uwagi na stworzenie przez Zamawiającego formularzy pozwalających jedynie na wycenę oferty przy zastosowaniu technologii RACK, wykonawcy stosujący rozwiązania BLADE nie mieli możliwości pełnego przedstawienia elementów kosztowych oferty, z uwagi na specyfikę tegoż rozwiązania, przejawiającą się tym, iż większość elementów jest umieszczonych wewnątrz obudowy i z nią zintegrowanych.

### 3.1) SERWER TASK-SRY-I

a) Odwołujący w załączniku nr 9 wyspecyfikował wymagane przez Zamawiającego parametry serwera, w tym 2 dyski twarde w oparciu, o które zostanie zbudowany serwer, w pełni zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca wykorzystuje serwery TECAL

RH2288H V3, które fabrycznie mają wbudowane dyski - (Internal built - in 900GB-SAS 6.0 Gb/s -100000 rpm.2.5 Built-in)\_Rear Plane). Udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 26 sierpnia 2014 r. w żaden sposób nie modyfikują uprzednio złożonej oferty. Wskazany dodatkowo w wyjaśnieniach dysk jest dyskiem systemowym, stanowiącym standardowe wyposażenie serwera. Wykonawca nie miał możliwości wyspecyfikowania w ofercie wszystkich zainstalowanych elementów gdyż zarówno Zamawiający nie oczekiwał ich podania, jak również nie było na to miejsca w przygotowanych przez Zamawiającego formularzach Załączników. Dyski wskazane w Załączniku nr 9 do oferty Odwołującego są dostarczany standardowo w konfiguracji serwera Tecal RH2288H V3 w związku z tym zostały wymienione osobno, natomiast dyski 900gb 10k będące dyskami tzw. systemowymi tj. dyskami dostarczany standardowo jako część wyposażenia serwera Tecal RH2288H V3 będące jego integralną częścią (w związku z tym nie zostały osobno wymienione w miejscu dodatkowych dysków ocenianych przez Zamawiającego, gdyż zgodnie z dokumentacją nie ma możliwości powielania tychże dysków). Rozwiązanie to jest powszechnie stosowane przez większość producentów serwerów.

b) Zamawiający w Specyfikacji Technicznej - Załączniku nr 8 do SIWZ w punkcie 6.5.6 określił następujący wymóg w zakresie Serwera pomocniczego TASK-SRV-1 dotyczący interfejsów: „co najmniej 1 wolne złącze PCI 16x Gen3”. W dołączonym do oferty Opisie oferowanego przedmiotu zamówienia - załącznik nr 9 (str. 47 oferty) Odwołujący w pozycji „liczba i typ wolnych slotów PCIe” wpisał następującą wartość: „1”. Następnie w dniu 22 sierpnia 2014 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień, w tym między innymi udzielenie odpowiedzi na pytanie: „jaki jest typ wolnych slotów PCIe?”. Odwołujący w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie w dniu 26 sierpnia 2014 r. złożył stosowne wyjaśnienia. W odpowiedzi na powyższe pytanie wskazał, iż „Wykonawca zastosował 2\*PCIe x16 i 4\*PCIe x8”. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wymienił zgodnie ze stanem rzeczywistym wszystkie sloty dostępne w urządzeniu, także te które nie służyły potwierdzeniu zgodności oferowanych serwerów z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też nie były slotami wolnymi. Treść wyjaśnień jest w pełni zgodna z uprzednio złożonym w ofercie oświadczeniem wskazującym na stronie 47 oferty 1 wolny slot PCIe”. W dalszym ciągu liczba wolnych slotów wymaganych przez Zamawiającego wynosi 1 czyli dokładnie tyle ile Odwołujący wskazał w ofercie. Wartość tę Odwołujący wskazał w ofercie. Mając na uwadze, iż sformułowane przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień nie wskazywało żadnych braków, czy też niezgodności w ofercie Odwołującego oraz fakt, iż treść wezwania została zredagowana w taki sposób, iż Odwołujący pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, iż Zamawiający wymaga podania globalnej liczby portów zastosowanych w serwerze, nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący zmienił pierwotną treść oferty.

### 3.2) SERWER TASK-ACC-1

Zamawiający w Specyfikacji Technicznej - Załączniku nr 8 do SIWZ w punkcie 6.6.6 określił następujący wymóg w zakresie Serwera obliczeniowego z akceleratorem TASK-ACC-1 dotyczący interfejsów: „co najmniej 1 wolne złącze PCI 16x Gen3”. W dołączonym do oferty Opisie oferowanego przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 9 (str. 48 oferty) Odwołujący w pozycji: „liczba i typ wolnych slotów PCIe” wpisał następującą wartość: „1”. Następnie w dniu 22 sierpnia 2014 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym między innymi udzielenie odpowiedzi na pytanie: „jaki jest typ wolnych slotów PCIe?”. Odwołujący w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie w dniu 26 sierpnia 2014 r. złożył stosowne wyjaśnienia. W odpowiedzi na powyższe pytanie wskazał, iż „Wykonawca zastosował 2\*PCIe x16 i 4\*PCIe x8”. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wymienił zgodnie ze stanem rzeczywistym wszystkie sloty dostępne w urządzeniu, także te które nie służyły potwierdzeniu zgodności oferowanych serwerów z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też nie były slotami wolnymi. Treść wyjaśnień jest w pełni zgodna z uprzednio złożonym w ofercie oświadczeniem wskazującym na stronie 48 oferty 1 wolny slot PCIe”. W dalszym ciągu liczba wolnych slotów wymaganych przez Zamawiającego wynosi 1, czyli dokładnie tyle ile Odwołujący wskazał w ofercie. Mając na uwadze, iż sformułowane przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień nie wskazywało żadnych braków, czy też niezgodności w ofercie Odwołującego oraz fakt, iż treść wezwania została zredagowana w taki sposób, iż Odwołujący pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, iż Zamawiający wymaga podania globalnej liczby portów zastosowanych w serwerze na co jednoznacznie wskazuje udzielona odpowiedź, nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący dokonał zmiany pierwotnej treści oferty.

### 3.3) SERWER TASK-ACC-2

a) Zamawiający w Specyfikacji Technicznej - Załączniku nr 8 do SIWZ w punkcie 6.7.6 określił następujący wymóg w zakresie Serwera obliczeniowego z akceleratorem TASK-ACC-2 dotyczący interfejsów: „Identycznie jak dla serwerów TASK-ACC-1”. Wśród postanowień punktu 6.6.6 Specyfikacji technicznej wymieniono natomiast następujące interfejsy: „a) 2 porty InfiniBand o takim samym standardzie jak w serwery obliczeniowych TASK-HPC-1, b) 1 lub więcej port 10 Gb Ethernet,

c) co najmniej 1 wolne złącze PCI 16x,”. Jak widać Zamawiający zarówno w stosunku do serwera TASK-ACC-1, jak i TASK-ACC-2 nie formułował żadnych szczegółowych wymagań dotyczących wyposażenia tychże urządzeń w porty USB, jak to uczynił w przypadku pozostałych serwerów. Zatem wezwanie do złożenia wyjaśnień przekazane Odwołującemu przez Zamawiającego nie miało żadnego uzasadnienia w treści specyfikacji technicznej. Konieczne jest podkreślenie, iż „przedmiotem oceny po złożeniu ofert mogą być

jedynie wyartykułowane w SIWZ wymagania i skonfrontowana z ich brzmieniem zawartość złożonych ofert, a nie okoliczności odnoszące się do sfery motywacyjnej zamawiającego albo wcześniejsza praktyka w tym zakresie." (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2014 r. sygn. akt KIO 354/14). Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż wyjaśnień złożonych przez Odwołującego nie sposób traktować jako zmiany złożonej oferty. W dołączonym do oferty Opisie oferowanego przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 9 (str. 49 oferty) Odwołujący w pozycji: „liczba i typ wolnych portów USB” wpisał następującą wartość: „3”. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 26 sierpnia 2014 r. wskazał, iż „Wykonawca zastosował: front: 2\*USB2.0 tył: 2\*USB3.0, wbudowane: 1\*USB 3.0”. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wymienił zgodnie ze stanem rzeczywistym wszystkie porty dostępne w urządzeniu o standardzie 3.0 wymaganym przez Zamawiającego dla innych serwerów. Pozostałe „nadmiarowe” porty nie są portami wolnymi, ani nie są portami 3.0, dlatego nie zostały uwzględnione w pozycji przypisanej wolnym portom USB. Treść wyjaśnień jest w pełni zgodna z uprzednio złożonym w ofercie oświadczeniem wskazującym na stronie 49 oferty 3 wolne porty USB. W dalszym ciągu liczba wolnych portów wymaganych przez Zamawiającego wynosi 3, czyli dokładnie tyle ile Odwołujący wskazał w ofercie. Mając na uwadze, iż sformułowane przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień nie wskazywało żadnych braków, czy też niezgodności w ofercie Odwołującego oraz fakt, iż treść wezwania została zredagowana w taki sposób, iż Odwołujący pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, iż, Zamawiający wymaga podania globalnej liczby portów zastosowanych w serwerze na co jednoznacznie wskazuje udzielona odpowiedź, nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący dokonał zmiany pierwotnej treści oferty. Jednakowoż liczba portów USB w oferowanym rozwiązaniu jest irrelevantna dla potwierdzenia zgodności oferowanych serwerów z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Braki w opisie przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich źródła, nie mogą przynosić negatywnych konsekwencji dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. w szczególności prowadzić do odrzucenia ich ofert.

b) Zamawiający w Specyfikacji Technicznej - Załącznik nr 8 do SIWZ w punkcie 6.7.6 określił następujący wymóg w zakresie Serwera obliczeniowego z akceleratorem TASK-ACC-2 dotyczący interfejsów: „Identycznie jak dla serwerów TASK-ACC-1”. Wśród postanowień punktu 6.6.6 Specyfikacji technicznej wymieniono natomiast następujące interfejsy: „a) 2 porty InfiniBand o takim samym standardzie jak w serwerach obliczeniowych TASK-HPC-1, b) 1 lub więcej port 10 Gb Ethernet, c) co najmniej 1 wolne złącze PCI 16x,” W dołączonym do oferty Opisie oferowanego przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 9 (str. 49 oferty) Odwołujący w pozycji: „liczba i typ wolnych slotów PCIe” wpisał następującą wartość: „1”. Następnie w dniu 22 sierpnia 2014 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym między innymi udzielenie odpowiedzi na pytanie: „jaki jest typ

wolnych slotów PCIe?". Odwołujący w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie w dniu 26 sierpnia 2014 r. złożył stosowne wyjaśnienia. W odpowiedzi na powyższe pytanie<sup>^</sup> wskazał, iż „Wykonawca zastosował 2\*PCIe x16 i 4\*PCIe x8”. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wymienił zgodnie ze stanem rzeczywistym wszystkie porty dostępne w urządzeniu, a także te które nie służyły potwierdzeniu zgodności oferowanych serwerów z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub też nie były portami wolnymi. Treść wyjaśnień jest zatem w pełni zgodna z uprzednio złożonym w ofercie oświadczeniem wskazującym na stronie 49 oferty 1 wolny slot PCIe”. W dalszym ciągu liczba wolnych slotów wymaganych przez Zamawiającego wynosi 1, czyli dokładnie tyle ile Odwołujący wskazał w ofercie. Mając na uwadze, iż sformułowane przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień nie wskazywało żadnych braków, czy też niezgodności w ofercie Odwołującego oraz fakt, iż treść wezwania została zredagowana w taki sposób, iż Odwołujący pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, iż Zamawiający wymaga podania globalnej liczby portów zastosowanych w serwerze na co jednoznacznie wskazuje udzielona odpowiedź, nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący dokonał zmiany pierwotnej treści oferty.

#### 4. PRZEŁĄCZNIK TASK-SWE-2

W zakresie niezgodności dotyczących przełącznika TASK-SWE-2 wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie wymagał on „wskazania w ofercie wszystkich przełączników, które zostaną wykorzystane do budowy infrastruktury”, tylko uzupełnienia przygotowanego przez niego formularz zawierającego określone pozycje, niedostosowane do dopuszczonych rozwiązań BLADE, w tym także przygotowanej przez Zamawiającego specyfikacji technicznej. Jak już wskazane powyżej, Zamawiający sformułował wymóg montażu przełączników w obudowach BLADE.

Powyższe wątpliwości Zamawiającego dotyczyły w głównej mierze omyłki Odwołującego, która pojawiła się w Załączniku nr 10 w pozycjach: TASK-IB-SW-1, TASK-IN-SW-2 oraz TASK-SWE-1 i TASK-SWE-2. Odwołujący omyłkowo przy pozycji przełącznika TASK-IB-SWE-1 wskazał liczbę sztuk w podstawowej konfiguracji oraz cenę (1 szt. 2 271 410,62 zł). Powyższe dane powinny się znaleźć w następnej w kolejności pozycji tabeli pn.: Przełącznik TASK-IB-SW-2.

Natomiast w pozycji TASK-SWE-1 Odwołujący omyłkowo wskazał liczbę sztuk w podstawowej konfiguracji oraz cenę (1 szt. 325 565,10 zł). Dane te dotyczyły kolejnej pozycji w tabeli tj. Przełącznika TASK-SWE-2. Konieczne jest podkreślenie, iż powyższą konfigurację przełączników potwierdza dołączony do oferty Odwołującego dokument pn.: Szczegółowy Opis Topologii Połączeń Proponowanego Rozwiązania (str. 91B oferty). Co

dotychczas dodatkowo potwierdza nieistotność powyższej omyłki i jej brak wpływu zarówno na cenę oferty, jak i przedmiot świadczenia objęty Koncepcją wykonania zamówienia. Wobec powyższego w przypadku zastosowania przez Zamawiającego obligatoryjnej procedury poprawiania omyłek przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie doszłoby do jakiegokolwiek zmiany treści oferty, bowiem wszelkie wymagane dane Zamawiający mógł zaczerpnąć ze złożonej przez Odwołującego oferty.

Z przedstawionych przez Odwołującego informacji zawartych w ofercie jasno wynika zaoferowanie odpowiednich ilości przełączników, ich typ oraz nazewnictwo. Informacje te zawarte są w:

- a) topologii połączeń sieciowych
- b) opisie załączników TASK przedstawionych w załączniku nr 9

W zakresie topologii połączeń sieciowych: Zamawiający wymagał zgodnie z punktem 7.1.9 Specyfikacji Technicznej szczegółowego opisu topologii połączeń sieciowych - „*zamawiający wymaga, aby Wykonawca przedstawił w ofercie szczegółowy opis topologii połączeń proponowanego rozwiązania w postaci tabeli: przełącznik; port przełącznika; serwer; port serwera; lub przełącznik1;port przełącznika1; przełącznik1; port przełącznika2. W tabeli należy także uwzględnić wolne porty na przełącznikach,*”

Jak widać z opisu tego punktu, klient wymagał wyjątkowo szczegółowego rozpisania wszystkich połączeń sieciowych, zazwyczaj przygotowywanego na etapie sporządzania dokumentacji-Jj powykonawczej (wymóg ten jest właśnie zawarty w odniesieniu do dokumentacji powykonawczej w punkcie 10.1.2. specyfikacji technicznej). Opis ten umieszczony został przez Wykonawcę w ofercie JT w tabeli zawierającej 2187 wierszy umieszczonych na stronach 92-130 oferty (38 stron tekstu i 8748» • rekordów w tabeli). Opis zawiera bardzo precyzyjnie zaznaczone wszystkie możliwe połączenia | sieciowe pomiędzy każdym przełącznikiem i każdym serwerem.

Oznacza to że z treści tego dokumentu jasno wynika nie tylko liczba i rodzaj zastosowanych przełączników sieciowych ale nawet dokładna "mapa" połączeń w skomplikowanej sieci ponad 1000 urządzeń stworzonej zgodnie z koncepcją Odwołującego. Dodatkowo Odwołujący zawarł dodatkowe wyjaśnienia łączące nazwy przełączników TASK-xxx z nazwami urządzeń zastosowanych przez Odwołującego (w tym te zintegrowane w obudowie blade z dokładną informacją, że są połączone z obudową/serwerami blade). Zamawiający posiada więc kompletne, całościowe zestawienie nazw, rodzajów i ilości zastosowanych urządzeń a także wiedzę o lokalizacji przełączników i tym że są częścią obudowy blade.

Z treści poniższego wstępu do topologii wynikają ilości zastosowanych przełączników IB oraz ich właściwe nazwy.

[...]

## SZCZEGÓŁOWY OPIS TOPOLOGII POŁĄCZEŃ PROPONOWANEGO ROZWIĄZANIA

Uwagi:

1. Schemat połączeń przedstawia ilościowe połączenia poszczególnych elementów. Numery portów oraz urządzeń mogą ulec zmianie podczas optymalizacji, w trakcie konsultacji projektu technicznego z Zamawiającym i instalacji okablowania, zmiany zostaną uwzględnione w dokumentacji powykonawczej.
2. Przełącznik TASK-IB-SW-2 (SX6536) w oferowanej konfiguracji posiada 612 portów aktywnych.
3. Przełączniki typu TASK-IB-SW-1 (CX611) posiadają porty zewnętrzne – numerowane 1-18 oraz porty wewnętrzne podłączone z serwerami kasetowymi (blade) - numerowane 19-34.
4. Jeśli komórka w kolumnie „przełącznik2 / serwer’ jest pusta oznacza to, że dany port jest wolny.
5. Jeśli w tabeli znajduje się wiele urządzeń jednego typu są one numerowane przyrostkiem ‚-N’, gdzie N oznacza numer kolejnego urządzenia np. TASK-IB-SW-1-2 oznacza drugi przełącznik typu TASK-IB-SW-1.

[...]

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający posiada w treści dokumentu ofertowego dokładną informację na temat ilości i rodzaju zastosowanych przełączników. Należy też podkreślić, że mimo możliwości popełnienia błędu w tak skomplikowanym opisie systemu połączeń pomiędzy ponad tysiącem urządzeń sieciowych (przełączników i serwerów), Zamawiający nie podniósł żadnego zarzutu technicznego do przygotowanego rozwiązania co dowodzi jakości oferty także w zakresie sieciowym. Niezgodności stwierdzone przez Zamawiającego nie mają charakteru istotnych, w żaden sposób nie przesądzają o braku zgodności zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami Zamawiającego.

W zakresie opisu przełączników TASK przedstawionych w załączniku nr 9 - Z topologii urządzeń sieciowych zawartej przez Odwołującego, a także z opisu przełączników (ich wielkość, ilość portów) wynikają bardzo specyficzne odmienne od siebie rodzaje zastosowanych przełączników. Równocześnie Zamawiający zawarł w wymogach punktu 7 i 8, a także 9 bardzo szczegółowa i odmienne wymogi w zakresie każdego przełącznika.

Z treści opisu przełącznika TASK-SWE-1 jak i TASK-IB-SWE-1 zawartego w załączniku numer 9, oraz z treści topologii (zawierającej właściwe nazwy przełączników) wynika oczywista dla Zamawiającego<sup>^</sup> wiedza, że właściwa nazwa przełącznika TASK-SWE-1 to TASK-SWE-2, a TASK-IB-SWE-1 to TASK-IB-SWE-2.

- 5) BRAK SZCHARAKTERYZOWANIA PRZEŁĄCZNIKA TASK-MGMT-1



Jak już wskazano na początku uzasadnienia odwołania Zamawiający dał wykonawcom pełną swobodę w zakresie doboru liczby przełączników co odzwierciedla treść formularza nr 10 - „liczbę oferowanych elementów w poszczególnych wierszach wylicza i wskazuje Wykonawca według własnej koncepcji budowy klastra, zawartej w złożonej ofercie.". Zgodnie z powyższą dyspozycją oraz w oparciu o opracowaną koncepcję wykonawca zastosował odpowiednie ilości wszystkich przełączników, co dodatkowo potwierdza dołączony do oferty Szczegółowy Opis Topologii Połączeń Proponowanego Rozwiązania (str. 92-130 oferty). Odwołujący stworzył autorską koncepcję budowy klastra opartą o 1 zestaw (bundle) 2 przełączników spełniając w ten sposób wszystkie wymagania Zamawiającego. W koncepcji tej został zastosowany 1 zestaw S7712 model S0011376TSB posiadający dwie obudowy i przełączniki. Jako, że jest to jedno urządzenie Odwołujący nie wyszczególnił osobno kosztu jednego przełącznika tworzącego zestaw. Z opisu rozwiązania zawartego w ofercie jednoznacznie wynika, iż element ten został ujęty w ofercie. Ponownie należy wskazać, iż Wykonawca nie zastosował osobnego przełącznika tylko umieścił go w zestawie z Przełącznikiem TASK-SWE-1. Zatem niewskazanie w ww. przełącznika w żaden sposób nie wskazuje na jego brak w koncepcji Odwołującego, powyższe wynika z faktu, iż przełącznik ten nie stanowi odrębnej pozycji cenowej.

Z uwagi na zaofiarowanie przełącznika TASK-MGMT-1 w zestawie z przełącznikiem TASK-SWE-1 parametry podane przy przełączniku TASK-SWE-1 są równocześnie parametrami oferowanego z nim w zestawie przełącznika TASK-MGMT-1.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że produkt S7712/ pn S0011376TSB oferowany w niniejszym postępowaniu jest zestawem („bundle”) zawierającym dwie obudowy przełączników modułowych wyposażonych w moduły zasilające i monitorujące dla zapewnienia pełnej redundancji.

Dzięki zaofiarowaniu przez Odwołującego innowacyjnej konstrukcji przełącznika S7712 Odwołujący umieścił funkcjonalność TASK-MGMT-1 w ramach bundla przełączników S7712. Przełącznik S7712 jest dostarczany między innymi w bundlach składających się z 2 fizycznych przełączników S7712 lub 2 fizycznych przełączników s7706 co pozwala na umieszczenie zgodnie z wymogami Zamawiającego 2 fizycznych przełączników w jednym modelu urządzenia na który składają się dwa osobne fizyczne przełączniki. Taka konstrukcja jest w pełni zgodna ze specyfikacją techniczną sformułowaną przez Zamawiającego. Trzeba zaznaczyć dodatkowo, że Producent urządzeń - firma Huawei posiada rozbudowany zakres funkcjonalności w swoich przełącznikach realizujących funkcje wymagane przez Zamawiającego. Przełączniki Huawei serii CloudEngine zapewniają równocześnie pełną wirtualizację. Oznacza to, że jest w nich dodatkowo zapewniona pełna separacja pomiędzy przełącznikami wirtualnymi na poziomie portów klienckich (nie można połączyć wirtualnych przełączników poprzez matrycę wewnętrzną, połączenie musi zostać wykonane poprzez

zewewnętrzne porty Eth), jak i procesów w ramach przełączników wirtualnych. Każdy z nich posiada własną konfigurację z własnymi uruchomionymi procesami. Podsumowując powyższe należy wskazać, iż zastosowanie jednego zestawu przełączników S0011376TSB model S7712 w pełni realizuje wymogi Zamawiającego. W celu potwierdzenia powyższych informacji Odwołujący do odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień przedstawił Zamawiającemu stosowne oświadczenie producenta - firmy Huawei.

Należy ponownie wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy zgodnie z przygotowaną przez Zamawiającego dokumentacją nie mieli możliwości wyspecyfikowania wszystkich elementów wchodzących w skład oferowanych urządzeń. Zamawiający oczekiwał opracowania przez wykonawców swojej koncepcji wykonania zamawianych klastrów, jednak równocześnie przygotował własne formularze niedostosowane do wszystkich dostępnych i dopuszczonych w postępowaniu technologii. Urządzenia przewidziane do budowy klastra w koncepcji Odwołującego nie podlegają podziałowi - nie ma możliwości wyodrębnienia osobnych elementów i przełączników występujących w bundle'u - zestawie. Jest to jedno urządzenie, wskazywanie cen poszczególnych części byłoby podziałem sztucznym i niezgodnym ze stanem rzeczywistym. Przełącznik TASK-MGMT-1 jest częścią zestawu przełączników S0011376TSB model S7712 wskazanych w ofercie Odwołującego. Także dokumentacja przygotowana przez Zamawiającego wskazuje, iż nie oczekiwał on wyodrębniania wszelkich komponentów oferowanego sprzętu - Zamawiający oczekiwał włączenia okablowania oraz szaf w ceny innych pozycji - cena kabli jest zawarta w przełącznikach, cena przełączników zgodnie z wymogami zamawiającego umieszczonych w obudowach blade jest zawarta w cenie obudów, natomiast obudowy blade dla części podstawowej są zawarte w cenie serwerów.

#### 6) PRZEŁĄCZNIK TASKIB-SW-2

Zarzuty Zamawiającego zawarte w tej części zawiadomienia nie znajdują oparcia zarówno w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach, jak i treści oferty. Zamawiający błędnie i zamiennie stosuje nazwy przełączników TASK-IB-SW-1 i TASK-IB-SW-2. Zamawiający także nieprawidłowo łączy przełączniki dotyczących zupełnie innych sieci (TASK-IB-SW - sieć InfiniBand oraz TASK-SWE-2 - sieć Ethernet). Niezgodne ze stanem rzeczywistym są także twierdzenia Zamawiającego sugerujące zmianę treści oferty. Odwołujący zaproponował bowiem 2 przełączniki TASK-IB-SWE-2 oraz TASK-SWE-2 (omyłkowo wskazane ofercie jako TASK-IB-SWE-1 oraz TASK-SWE-1 - szerzej opisane w pkt 4 uzasadnienia dot. przełącznika TASK-SWE-2). Z uwagi na dopuszczoną przez Zamawiającego i szerzej opisaną powyżej możliwość samodzielnego doboru przełączników przez wykonawców

Odwołujący nie zawarł w tabeli Załącznika nr 10 osobnych przełączników TASK-IB-SW-1, TASK- SWE-1, TASK-MGMT-1. Przełączniki te stanowią bowiem integralną część obudów BLADE, nie ma zatem możliwości wyspecyfikowania odrębnie ich ceny. Oferta Wykonawcy zawierała zatem wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy. Z uwagi na specyfikę oferowanego przez Odwołującego rozwiązania BLADE jak również niedostosowania przez Zamawiającego formularzy ofertowych do tejże technologii Zamawiający dokonał wbrew oświadczeniom Odwołującego odrzucenia jego oferty. Dodatkowo potwierdza to, iż Zamawiający zdaje się preferować inne rozwiązania niż oferowane przez Odwołującego faworyzując dotychczasowego Wykonawcę oferującego znane mu rozwiązania.

[...]

#### NIEZGODNOŚĆ TREŚCI OFERTY KONSORCJUM W SKŁADZIE MEGATEL SP. Z O.O. ORAZ ACTION S.A. Z TREŚCIĄ SIWZ

Stwierdzamy niezgodność oferty konsorcjum w składzie Megatel sp. z o.o. i Action S.A. z wymogami Zamawiającego w następującym zakresie:

- a) niezgodność 1 typu zastosowanych serwerów ze specyfikacją techniczną;
- b) niezgodność 2 braku wymaganych interfejsów komunikacyjnych;
- c) niezgodność 3 typu zastosowanych przełączników sieciowych ze specyfikacją techniczną;
- d) niezgodność wymaganej konfiguracji zastosowanych przełączników sieciowych ze Specyfikacją Techniczną;
- e) niezgodność w zakresie zastosowanej topologii sieci.

Dowody w zakresie wskazanych powyżej niezgodności oferty ww. konsorcjum Odwołujący z uwagi na ich obszerność przedstawi w osobnym piśmie procesowym.

Na marginesie należy wskazać, iż działania podejmowane przez Zamawiającego w trakcie . postępowania jednoznacznie wskazują, iż Zamawiający zmierza do wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Megatel sp. z o.o. i Action S.A. - wykonawcy dotychczas realizowanych przez Zamawiającego zamówień. W opinii Wykonawcy Zamawiający kieruje się chęcią pozyskania rozwiązania od dotychczasowego, stałego dostawcy serwerów dla Zamawiającego, z którym Zamawiający współpracuje w trybie ciągłym od 2007 roku, tj. od firmy Action (występującej zazwyczaj w konsorcjum z firmą Wąsko S.A.). Zamawiający pozyskuje od firmy Action S.A. lub Wąsko S.A. od 2007 roku zarówno urządzenia serwerowe (klastry serwerowe) oraz usługi opieki serwisowej dla tych systemów. Poniżej tabela prezentująca zakupy serwerów/klastrów na przestrzeni lat 2007-2010:

[...]

W każdym z powyższych postępowań Zamawiający wybierał ofertę firmy Action S.A. lub firmę Wąsko S.A. współpracującego z nią konsorcjanta z postępowań dla TASK. Dowód:

- 1) wybór oferty w postępowaniu nr. ZP/127/022/D/07 na dostawę klastra obliczeniowego - firma Action S.A. w konsorcjum z firmą Wąsko S.A.
- 2) wybór oferty w postępowaniu nr: ZP/113/022/D/08 na rozbudowę pamięci klastra obliczeniowego - firma Wąsko S.A. (z drugą bliską ofertą Action S.A.);
- 3) wybór oferty w postępowaniu nr: ZP-0344/022/D/10 z dnia 2010-07-22 - ponownie firma Action

S.A. W postępowaniu odwoławczym wybór unieważniony skutkujący wyborem firmy Megatel skutkujący równocześnie unieważnieniem oferty firmy Action S.A.

Także w tym postępowaniu Zamawiający stara się dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez ww. wykonawcę. Należy wskazać, iż Zamawiający z ogromną skrupulatnością zweryfikował ofertę Odwołującego pod kątem zgodności z treścią siwz. Stwierdzone przez Odwołującego niezgodności w ofercie konsorcjum Megatel sp. z o.o. i Action S.A. obrazują, iż Zamawiający nie badał tak skrupulatnie ofert złożonych przez pozostałych wykonawców, co stanowi rażące naruszenie fundamentalnych zasad obowiązujących w Prawie zamówień publicznych.

[...]"

### **Odwołanie KIO 1899/14**

W dniu 15 września 2014 r. TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie wniosła odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ustawy poprzez zaniechanie udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Megatel i WASKO S.A. (dalej: "Wasko"), w zakresie Załącznika nr 9 - Opis oferowanego przedmiotu zamówienia oraz Załącznika nr 10 - Formularz rzeczowo-cenowy, w tym wyjaśnień składanych w toku badania i oceny ofert, pomimo że takie informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Megatel, pomimo iż złożenie oferty przez tego Wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

3. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Megatel, pomimo iż oferta nie została zabezpieczona wadium do upływu terminu składania ofert;
4. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Megatel oraz Wasko, pomimo iż treść ofert złożonych przez tych Wykonawców jest niezgodna z treścią SIWZ.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym,
3. nakazanie Zamawiającemu udostępnienia części oferty Konsorcjum Megatel oraz Wasko zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ww. ofert i ich odrzucenie.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie ofert, dokonując wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.

- I. naruszenie art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ustawy pzp poprzez zaniechanie udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawców: konsorcjum MEGATEL Sp. z o.o. Sp. k i ACTION S.A. (dalej: "MEGATEL"), WĄSKO S.A. (dalej: "WĄSKO"), w zakresie Załącznika nr 9 - Opis oferowanego przedmiotu zamówienia oraz Załącznika nr 10 - Formularz rzeczowo-cenowy, w tym wyjaśnień składanych w toku badania i oceny ofert, pomimo że takie informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa firmy MEGATEL i WASKO w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią ofert Wykonawców MEGATEL i WĄSKO, Wykonawca MEGATEL jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł Załącznik nr 9 - Opis oferowanego przedmiotu zamówienia oraz w ślad za tym wyjaśnienia w zakresie treści oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, natomiast Wykonawca WASKO, oprócz Załącznika nr 9 - Opis oferowanego przedmiotu zamówienia, jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł również

treść Załącznika nr 10 - Formularz rzeczowo-cenowy oraz dodatkowo złożone wyjaśnienia dotyczące treści oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie Załącznika nr 9 przez Wykonawcę MEGATEL oraz Załącznika nr 9 i Załącznika nr 10 przez Wykonawcę WĄSKO, jest bezprawne, bowiem zakres informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez tych Wykonawców w Załączniku nr 9, tj. nazwy producentów, modele urządzeń, podstawowe parametry techniczne, zostały ujawnione przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego KIO 1329/14. Treść Załącznika nr 10 z racji swojego charakteru, również nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem zawiera ceny jednostkowe tworzące kalkulację ceny ofertowej tego Wykonawcy. W konsekwencji zastrzeżone w ofercie MEGATEL i WĄSKO informacje i dokumenty nie spełniają przynajmniej jednej z trzech przesłanek warunkujących możliwość objęcia zastrzeżonej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nie posiadają w istocie rzeczy wartości gospodarczej ani organizacyjnej.

Należy podnieść, że naczelną zasadą prowadzenia postępowania przetargowego jest jego jawność, a ograniczenie jawności może być dokonane tylko w wyjątkowych przypadkach. Zamawiający zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa i aktualnym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, każdorazowo zobowiązany jest do przeprowadzenia szczegółowego i rzetelnego badania, czy zachodzą wszystkie przesłanki uprawniające do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym, właściwą czynnością Zamawiającego w tym względzie jest wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień wraz z przedstawieniem dowodów, potwierdzających zasadność zastrzeżenia w ofercie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk) definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako "nieujawnione do wiadomości publicznej informacje (...) organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności". Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59), "informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym". Są to na przykład listy kontrahentów, kontakty handlowe, polityka reklamowa, korespondencja handlowa. Zastrzeżone w ofercie firmy MEGATEL i WASKO jako tajemnica przedsiębiorstwa, opis oferowanego przedmiotu zamówienia oraz kalkulacja cenowa, nie spełniają łącznie trzech warunków, wymaganych dla

uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym miejscu Zamawiający zobowiązany był do zbadania, czy informacje te:

- nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej;
- posiadają wartość gospodarczą;
- podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Nadmieniamy, że zgodnie z informacjami zawartymi w ofercie Wykonawcy MEGATEL, Wykonawca ten zaoferował rozwiązanie produkowane przez firmę Hewlett-Packard, a ilość możliwych do zaoferowania rozwiązań spełniających wymagania Zamawiającego w tym postępowaniu, pochodzących od tego producenta, jest ograniczona, co podniósł Zamawiający w toku postępowania odwoławczego o sygn. KIO 1329/14. Podkreślamy, że w toku postępowania odwoławczego sygn. KIO 1329/14, Zamawiający wskazał co najmniej trzy platformy sprzętowe produkowane przez trzech różnych producentów, które spełniają wymagania określone w SIWZ, tj. rozwiązanie firmy Hewlett-Packard, SGI, SUPERMICRO (oferowane pod marką ACTINA firmy ACTION S.A., FORMAT, NTT). Tym samym, zgodnie z przepisami prawa i ugruntowanym orzecnictwem KIO i sądów powszechnych w tym zakresie, dostępne publicznie informacje nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Można domniemywać, że Wykonawcy MEGATEL i WASKO celowo zastrzegli część techniczną swoich ofert, w tym informacje pozwalające na weryfikację zadeklarowanych parametrów oferowanego sprzętu przez innych Wykonawców biorących udział w postępowaniu, uniemożliwiając w ten sposób możliwość odrzucenia takiej oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Nie można również uznać, że opis proponowanej konfiguracji mógłby stanowić know-how któregoś z Wykonawców, z uwagi na fakt, że oferuje on standardowy sprzęt, którego konfiguracja jest wypadkową określonej kombinacji szczegółowo opisanych przez producenta podzespołów, ograniczona szczegółowymi wymaganiami Zamawiającego i w swej istocie nie jest żadnym unikalnym know-how dla każdego podmiotu, który ma wiedzę i doświadczenie w zakresie stosowania urządzeń przeznaczonych do instalacji w klastrach obliczeniowych.

Uwzględniając powyższe zwrócić należy uwagę na fakt, że wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny. Zastrzeżenie tajemnicy, jak już wyżej zauważono, ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania. Z tego też względu Zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, tym bardziej, że naturalną skłonnością wykonawców jest próba chronienia się przed ujawnieniem określonych elementów oferty, a często informacji zawartych w specyfikacjach technicznych, tak aby utrudnić konkurencji wgląd w weryfikację oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający w każdym przypadku powinien żądać od wykonawcy wykazania się

zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (tak np. KIO w wyroku z dnia 31.03.2009 r.; KIO/UZP 338/09).

Odwołujący wskazuje, że badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego (tak uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05), a nie jest jedynie jego uprawnieniem. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych informacji, zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje.

Warto również wspomnieć, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 stycznia 2012 r. (sygn. KIO 100/12) stwierdziła, że podstawą do utajnienia oferty nie mogą być ogólne oświadczenia wykonawców w sprawie powodów utajnienia, zaś Zamawiający musi każdorazowo dogłębnie zbadać, czy zastrzeżona oferta rzeczywiście zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. W ten sposób gwarantowana jest jawność jako podstawowa zasada prawa zamówień publicznych, zapewniająca rzeczywistą konkurencję przy ubieganiu się o takie zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że oferta wykonawcy MEGATEL i WASKO w części technicznej została utajniona bezpodstawnie i może tylko przypuszczać, że faktycznym powodem zastrzeżenia informacji nie była potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do utrudnienia konkurencji możliwości weryfikacji oferty i innych dokumentów, a w szczególności aspektów technicznych ofert.

Podkreślenia także wymaga to, że w każdym przypadku, gdy wykonawca decyduje się zastrzec określone informacje jako poufne, powinien wykazać zamawiającemu, że zrobił to w sposób uprawniony, to znaczy wyjaśnić, na czym polega, np. wartość handlowa określonych informacji. W przypadku ewentualnego postępowania odwoławczego dotyczącego zasadności utajnienia określonych danych to właśnie na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje są tego rodzaju, że wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podkreśla to również orzecznictwo sądowe, przykładowo: "Znamion intelektualnej twórczości nie można się dopatrywać w doborze materiałów, informacji, danych, gdy taki dobór jest całkowicie zdeterminowany celem zbioru lub gdy ma charakter oczywisty. Dzieło będące wynikiem pracy rutynowej bądź rezultatem możliwym do osiągnięcia przez osoby podejmujące się tego samego zadania, nie ma charakteru twórczego."(wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11.01.2005 r., sygn. IV Ca 154/04).

Biorąc powyższe pod uwagę, niezależnie od tego czy Wykonawca podjął środki ostrożności, mające na celu zachowanie informacji technicznych oferowanego rozwiązania w tajemnicy, to dokumenty te nie mogą być uznane za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica



przedsiębiorstwa, gdyż wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji muszą być spełnione łącznie. Opis techniczny rozwiązania, którego elementy składowe są dostępne powszechnie (np. na stronach internetowych), jako nie posiadający wartości gospodarczej, charakteru technicznego, technologicznego ani autorskiego Wykonawcy, nie może być zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonego na niego przez ustawodawcę obowiązku. W sposób bezkrytyczny przyjął zastrzeżenie dokonane przez Wykonawcę MEGATEL i WASKO i bez głębszej analizy zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, uznał, że to zastrzeżenie jest prawidłowe. Dokumenty te, jako nie zawierające tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być udostępnione Odwołującemu.

- II. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MEGATEL, pomimo iż złożenie oferty przez tego Wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z informacjami zawartymi na str. 5-7 i 27-29 oferty MEGATEL, oferta ta została złożona przez firmy MEGATEL Sp. z o.o. Sp. k i ACTION S.A. wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy pzp., tworząc konsorcjum firm. Biorąc pod uwagę stanowisko Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), wyrażone np. w decyzji RLU-38/2012 z dnia 31.12.2012 r., zawarcie konsorcjum, jakkolwiek prawnie dopuszczalne, nie zwalnia uczestniczących w nim przedsiębiorców od odpowiedzialności za ewentualne naruszenie prawa konkurencji, a zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byłiby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na zawiązane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi - ze szkodą dla zamawiającego. Podkreślenia wymaga fakt, że umowa konsorcjum podlega ograniczeniom zawartym w art. 353 Kodeksu cywilnego, tzn. jej treść lub cel nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Umowa taka musi być w szczególności zgodna z zasadami, o których mowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, zwłaszcza że podstawową zasadą rządzącą zamówieniami publicznymi jest uczciwa konkurencja (art. 7 ust. 1 pzp). Umowa konsorcjum nie może być zatem niezgodna z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (uokk). Przepis ten stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób

konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Odwołujący podnosi, że firma ACTION S.A. jest producentem sprzętu pod marką ACTINA oraz dystrybutorem rozwiązań innych producentów sprzętu komputerowego, w tym urządzeń firmy Hewlett-Packard, natomiast firma MEGATEL Sp. z o.o. Sp. k jest sprzedawcą rozwiązań produkowanych m.in. przez firmę Hewlett-Packard. W związku z powyższym, istnieje uzasadniona wątpliwość, co do rzeczywistego celu powołania tego konsorcjum, innego niż zamierzone ograniczenie konkurencji.

III. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MEGATEL, pomimo iż oferta tego Wykonawcy nie została zabezpieczona wadium do upływu terminu składania ofert.

Zgodnie z dokumentem zamieszczonym na str. 52-53 oferty Wykonawcy konsorcjum MEGATEL Sp. z o.o. Sp. K i ACTION S.A., jego oferta została rzekomo zabezpieczona wadium w formie gwarancji bankowej (przetargowej) nr TEB 1657/14 wystawionej przez HSBC Bank Polska S.A., w której jako Wykonawca ("Oferent") została wskazana firma ACTION S.A. Odwołujący podnosi, że taka gwarancja jest nieprawidłowa i nie zabezpiecza oferty złożonej przez konsorcjum, jeżeli treść gwarancji wskazuje wyłącznie na jednego z uczestników konsorcjum, bez określenia, że faktycznie oferta jest składana przez konsorcjum, a tym samym ogranicza zobowiązanie banku do sytuacji wystąpienia winy wyłącznie po stronie tego uczestnika, który w treści gwarancji został wskazany jako Oferent. Zgodnie z ustawą pzp, w przypadku oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wyłącznie konsorcjum - jako jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, jest "Wykonawcą", w myśl definicji wyrażonej w art. 2 pkt. 11 ustawy pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że jeżeli konsorcjum złożyło gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium, w której wskazano, jako oferenta tylko jeden podmiot tworzący konsorcjum, bez określenia w jej treści, że dotyczy oferty złożonej przez konsorcjum, to uznać należy, że Wykonawca - konsorcjum nie wniosło wadium i podlega wykluczeniu z postępowania. Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że wystawca dokumentu wadialnego, w którym nie wskazano, jako Wykonawcę wszystkich podmiotów tworzących konsorcjum, w imieniu których wadium jest wnoszone, może uniknąć konieczności

zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji czy poręczenia. W takim przypadku wątpliwe jest zatem zabezpieczenie interesów Zamawiającego.

IV. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia ofert  
Wykonawców: MEGATEL, WASKO S.A., pomimo iż treść ofert złożonych przez tych Wykonawców jest niezgodna z treścią SIWZ.

1. Zarzuty dotyczące oferty Wykonawcy MEGATEL

1.1. Zgodnie z treścią Załącznika nr 9 - Opis oferowanego przedmiotu zamówienia, Zamawiający dla serwerów TASK-SRN/-1, TASK-ACC-1, TASK-ACC-2, TASK-ACC-3 w wierszu "typ zainstalowanego kontrolera dyskowego:... ,liczba, producent i model zainstalowanych dysków twardych" wymagał podania modelu zainstalowanych dysków. Wykonawca MEGATEL wypełnił tabelę w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ, w szczególności przygotowana przez MEGATEL specyfikacja techniczna nie zawiera określenia modelu zainstalowanych dysków twardych. W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 2014.08.22 wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie. Wykonawca pismem z dnia 2014.08.26 dokonał uzupełnienia oferty o brakujący model dysków twardych. Odwołujący stoi na stanowisku, że takie działanie Wykonawcy doprowadziło do niedozwolonej zmiany treści oferty po terminie jej złożenia i otwarcia. Nadmieniamy, że skoro Wykonawca był w stanie podać wymagane informacje na wezwanie Zamawiającego, to mógł również prawidłowo przygotować ofertę w terminie wyznaczonym na jej złożenie, jednakowym dla wszystkich Wykonawców. Podkreślamy, że specyfikacja oferowanego rozwiązania stanowi merytoryczną treść oferty poprzez szczegółową konfigurację parametrów technicznych i funkcjonalnych konkretnego zaoferowanego przez Wykonawcę rozwiązania. Brak w ofercie MEGATEL wszystkich wymaganych w SIWZ informacji uniemożliwia ustalenie, jaki sprzęt został zaoferowany przez Wykonawcę o jakich parametrach, a w konsekwencji rzeczywiste badanie zgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Należy stwierdzić, że pełna specyfikacja oferowanego rozwiązania to informacja określająca wprost przedmiot oferty i składająca się na jej treść, natomiast nie jest to oświadczenie lub dokument mający potwierdzić, że oferowane rozwiązanie spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego. Z tego powodu, pełna specyfikacja oferowanego rozwiązania nie może być uzupełniona przez Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp (por. wyrok KIO 542/11). W związku z powyższym, oferta MEGATEL powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

1.2. Zgodnie z treścią Załącznika nr 10 - Formularz rzeczowo-cenowy oferty, MEGATEL zaoferował tylko 48 przełączników TASK-IB-SW-1 sieci InfiniBand. Biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego sformułowane w pkt. 7 Załącznika nr 8 do SIWZ (str. 1-12), a w szczególności wymagania określone w pkt. 7.2.4, 7.1.3, 7.1.4, 7.1.5, 7.2.1 i 7.2.2, zaoferowana przez MEGATEL ilość przełączników TASK-IB-SW-1 jest niewystarczająca dla spełnienia wymagań SIWZ. W ocenie Odwołującego, spełnienie wymagań SIWZ w zakresie sieci InfiniBand jest możliwe przy zaoferowaniu nie mniej niż 49 przełączników TASK-IB-SW-1. Fakt ten znajduje potwierdzenie w ofertach innych Wykonawców, złożonych w niniejszym postępowaniu przetargowym, m. in. przez QUMAK S.A. i konsorcjum IMMITIS Sp. z o.o.

1.3. [zarzut wycofany – przypis Izby]

1.4. Zgodnie z treścią Załącznika nr 10 - Formularz rzeczowo-cenowy oferty, MEGATEL zaoferował tylko 5 przełączników TASK-MGMT-1 dla sieci zarządzającej klastra. Biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego sformułowane w pkt. 8 Załącznika nr 8 do SIWZ (str. 12-14), a w szczególności wymagania określone w pkt. 8.2.6, 8.2.7, 8.2.7.1, 8.2.7.2, 8.2.7.5, 8.2.7.6 i 8.2.7.9, zaoferowana przez MEGATEL ilość 5 przełączników TASK-MGMT-1 jest niewystarczająca dla spełnienia wymagań SIWZ. W ocenie Odwołującego, spełnienie wymagań SIWZ w zakresie sieci zarządzającej dla oferty MEGATEL nie jest możliwe przy zaoferowaniu tylko 5 przełączników TASK-MGMT-1. Fakt zaoferowania przez MEGATEL zbyt małej ilości przełączników TASK-MGMT-1 dla spełnienia wymagań SIWZ znajduje potwierdzenie w ofertach innych Wykonawców, złożonych w niniejszym postępowaniu przetargowym, m. in. przez QUMAK S.A.

## 2. Zarzuty dotyczące oferty Wykonawcy WASKO

Zgodnie z treścią Załącznika nr 9 - Opis oferowanego przedmiotu zamówienia, Zamawiający dla serwerów TASK-HPC-1, TASK-HPC-2, TASK-SRA/-1, TASK-ACC-1, TASK-ACC-2, TASK-ACC-3 w wierszu "liczba i typ interfejsów InfiniBand per każdy serwer" wymagał podania typu interfejsów InfiniBand na potwierdzenie wymagania wyspecyfikowanego w pkt. 6.1.10, 6.5.6.a, 6.6.6.a ,7.1.1. Załącznika nr 8 do SIWZ. Wykonawca WASKO wypełnił tabelę w sposób niezgodny z wymaganiem określonym w SIWZ, w szczególności przygotowana przez WASKO specyfikacja techniczna nie zawiera określenia typu zastosowanych interfejsów InfiniBand. W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 2014.08.22 wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie. Wykonawca pismem z dnia 2014.08.26 dokonał uzupełnienia oferty o brakujący typ interfejsu InfiniBand. Odwołujący stoi na stanowisku, że takie działanie Zamawiającego było bezprawne, ponieważ doprowadziło do niedozwolonej zmiany treści oferty po terminie jej złożenia i otwarcia. Nadmieniamy, że skoro Wykonawca był w stanie podać wymagane informacje na wezwanie Zamawiającego,

to mógł również prawidłowo przygotować ofertę w terminie wyznaczonym na jej złożenie, jednakowym dla wszystkich Wykonawców. Podkreślamy, że specyfikacja oferowanego rozwiązania stanowi merytoryczną treść oferty poprzez szczegółową konfigurację parametrów technicznych i funkcjonalnych konkretnego zaoferowanego przez Wykonawcę rozwiązania. Brak w ofercie WASKO wszystkich wymaganych w SIWZ informacji uniemożliwia ustalenie, jaki sprzęt został zaoferowany przez Wykonawcę o jakich parametrach, a w konsekwencji rzeczywiste badanie zgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Należy stwierdzić, że pełna specyfikacja oferowanego rozwiązania to informacja określająca wprost przedmiot oferty i składająca się na jej treść, natomiast nie jest to oświadczenie lub dokument mający potwierdzić, że oferowane rozwiązanie spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego. Z tego powodu, pełna specyfikacja oferowanego rozwiązania nie może być uzupełniona przez Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp (por. wyrok KIO 542/11). W związku z powyższym, oferta WASKO powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Z ostrożności procesowej, w związku z zastrzeżeniem treści oferty Wykonawcy WASKO w części rzeczowo-cenowej i technicznej, podnosimy analogiczne zarzuty w zakresie oferty WASKO do tych określonych w pkt. IV ppkt. 1.2, 1.3, 1.4 odwołania, dotyczących oferty MEGATEL, tj. zarzuty zaoferowania przez Wykonawcę WASKO niewystarczającej ilości przełączników TASK-IB-SW-1, TASK-SWE-1 i TASK- MGMT-1 dla spełnienia wymagań określonych w pkt. 7 i 8 Załącznika nr 8 do SIWZ.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, które znajdują zastosowanie do większości przytaczanych przez Odwołujących podstaw faktycznych zarzutów odwołań, i które miał naruszyć Zamawiający, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast powołany w art. 89 ust. 1 pkt 2 przepis art. 87 ust. 1 stanowi w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
  - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
  - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Izba wskazuje również na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie – zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe jest skorelowane z ekonomiką postępowania odwoławczego z założenia realizującego postulat szybkości procesowej (art. 189 ust. 1 Pzp).

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto w myśl dyspozycji art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter

zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, w tym braku wymaganego w SIWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia (np. przez brak przedłożenia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp lub brak opisanie w ofercie właściwości czy komponentów oferowanego przedmiotu świadczenia, wymaganych przez zamawiającego). Ponadto zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych, ograniczonych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4).

Odnosząc powyższe do poszczególnych zarzutów odwołań, Izba stwierdziła, co następuje.

#### **KIO 1897/14**

Zarzuty nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ uznano za niezasadne – Izba potwierdza generalną prawidłowość czynności Zamawiającego w tym zakresie, chociaż w odniesieniu nie do wszystkich okoliczności faktycznych stanowiących podstawę odrzucenia podanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 5 września 2014 r.

W ww. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, m.in.:

„[...] Oferta złożona przez w/w Wykonawcę została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

#### UZASADNIENIE

1. Wykonawca złożył wraz z ofertą nieaktualny, nieuwzględniający zmian wprowadzonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pismem z dnia 7.07.2014 r., opis oferowanego przedmiotu zamówienia na formularzu stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ.

Formularz nie obejmuje przełącznika TASK-MGMT-1 oraz nie zawiera informacji o przełącznikach TASK-SWE-2 i TASK-IB-SW-2, nie daje zatem Zamawiającemu możliwości zweryfikowania, czy zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ.

2. Wykonawca złożył wraz z ofertą nieaktualny, nieuwzględniający zmian wprowadzonych do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pismem z dnia 1.07.2014 r., formularz rzeczowo-cenowy stanowiący załącznik nr 10 do SIWZ.

W Rozdziale XI SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca obliczył cenę oferty dla zamówienia w konfiguracji podstawowej na podstawie formularza rzeczowo-cenowego - tabela 1, stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ, jako sumę iloczynów cen jednostkowych oraz liczby sztuk objętych przedmiotem zamówienia i tak wyliczoną cenę zamieścił w Formularzu Ofertowym. Ponadto Zamawiający zaznaczył, że brak wyceny którejkolwiek z pozycji spowoduje odrzucenie oferty jako nieobejmującej całości przedmiotu zamówienia.

W dokumencie nie zostały wycenione przełączniki TASK-SWE-2, TASK-IB-SW-2 oraz TASK-MGMT-1. W Rozdziale XI SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, Zamawiający określił, że ceny zawarte w załączniku nr 10 dla konfiguracji opcjonalnej będą służyły Zamawiającemu jako punkt wyjścia do podjęcia decyzji o skorzystaniu z zamówienia według prawa opcji.

Z uwagi na fakt, że w dokumencie nie zostały wycenione przełączniki TASK-SWE-2, TASK-IB-SW-2 oraz TASK-MGMT-1, Wykonawca uniemożliwił Zamawiającemu skorzystanie z prawa opcji odnośnie tych przełączników, czym zmienił istotę przedmiotu zamówienia oraz jego cel określony precyzyjnie przez Zamawiającego w SIWZ.

Tabela 2 - Konfiguracja opcjonalna obejmuje ponadto pozycję „szafa rack” (poz. 7) oraz pozycje 13-25 (okablowanie), które zostały usunięte zmianą wprowadzoną pismem z dnia 1.07.2014 r.

3. Niezależnie od w/w niezgodności z treścią SIWZ Zamawiający przystąpił do badania oferty pod kątem merytorycznym, w celu ustalenia, czy zaproponowane rozwiązanie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym celu Zamawiający



*działając w oparciu o art. 87 ust. 1 wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia lub doprecyzowania treści złożonej oferty.*

*Wyjaśnienia Wykonawcy potwierdziły, że złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, co zostało wykazane w pkt 1-7 poniżej. Ponadto zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp., dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty jest niedopuszczalne, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2.*

*1) Serwer TASK-SRV-1.*

*a) W złożonej ofercie Wykonawca wskazał opisowo dyski składające się na oferowany serwer, w związku z czym Zamawiający poprosiło wyjaśnienie, jakie są modele zainstalowanych dysków? W wierszu „typ zainstalowanego kontrolera dyskowego: ... liczba, producent i model zainstalowanych dysków twardych” Wykonawca wskazał 2 różne dyski. W treści wyjaśnień Wykonawca poinformował, że „Wykonawca zastosował zaproponowaną przez Producenta konfigurację składającą się z 3 rodzajów dysków” i wskazał poszczególne modele, wśród których dodany został niewyszczególniony wcześniej w ofercie model spełniający wymagania określone przez Zamawiającego, czym jednocześnie potwierdził, że pierwotnie zaproponowane rozwiązanie nie spełniało wymagań SIWZ.*

*b) W złożonej ofercie Wykonawca w wierszu „liczba i typ wolnych slotów PCIe” określił tylko liczbę slotów: 1. Zamawiający zapytał Wykonawcę jaki jest typ wolnych slotów PCIe. W treści wyjaśnień Wykonawca poinformował, że Wykonawca zastosował 2\*PCIe x16 i 4\*PCIe x8 - czym zmienił treść swojej oferty zmieniając liczbę wolnych slotów z 1 na 6.*

*2) Serwer TASK-ACC-1.*

*W złożonej ofercie Wykonawca w wierszu „liczba i typ wolnych slotów PCIe” określił tylko liczbę slotów: 1. Zamawiający zapytał Wykonawcę jaki jest typ wolnych slotów PCIe. W treści wyjaśnień Wykonawca poinformował, że Wykonawca zastosował 2\*PCIe x16 i 4\*PCIe x8 ~ czym zmienił treść swojej oferty zmieniając liczbę wolnych slotów z 1 na 6.*

*3) Serwer TASK-ACC-2.*

*a) W złożonej ofercie Wykonawca w wierszu „liczba i typ wolnych portów usb” określił tylko liczbę portów: 3. Zamawiający zapytał Wykonawcę jaki jest typ wolnych portów USB. W treści wyjaśnień Wykonawca poinformował, że zastosował front: 2\*USB2.0, tył: 2\*USB3.0, wbudowane: 1\*USB 3.0 - czym zmienił treść swojej oferty zmieniając liczbę wolnych portów z 3 na 5.*

*b) W złożonej ofercie Wykonawca w wierszu „liczba i typ wolnych slotów PCIe” określił tylko liczbę slotów: 3. Zamawiający zapytał Wykonawcę jaki jest typ wolnych slotów PCIe. W treści wyjaśnień Wykonawca poinformował, że Wykonawca zastosował 2\*PCIe x16 i 4\*PCIe x8 - czym zmienił treść swojej oferty zmieniając liczbę wolnych slotów z 3 na 6.*

4) Z uwagi na fakt, że Wykonawca nie scharakteryzował przełącznika TASK-SWE-2, Zamawiający zapytał, które z urządzeń wskazanych w opisie oferowanego przedmiotu zamówienia Wykonawca zamierza zastosować do zbudowania sieci komunikacyjnej ethernetowej.

Swoimi wyjaśnieniami Wykonawca rozszerzył treść pierwotnych rozwiązań zaproponowanych w ofercie. Zamawiający wymagał precyzyjnego wskazania w ofercie wszystkich przełączników, które zostaną wykorzystane do budowy infrastruktury. W treści wyjaśnień Wykonawca dodał informacje o przełącznikach, których nie ujął w pierwotnym opisie oferowanego przedmiotu zamówienia (zał. nr 9). Wyjaśnienie to potwierdziło, że złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ.

5) Z uwagi na fakt, że Wykonawca nie scharakteryzował przełącznika TASK-MGMT-1, Zamawiający zapytał, które z urządzeń wskazanych w opisie oferowanego przedmiotu zamówienia Wykonawca zamierza zastosować do zbudowania sieci zarządzania (MGMT).

Swoimi wyjaśnieniami Wykonawca rozszerzył treść pierwotnych rozwiązań zaproponowanych w ofercie. W formularzu rzeczowo-cenowym Wykonawca wycenił 1 przełącznik TASK SWE-2, z treści wyjaśnień natomiast wynika, że aby zapewnić wszystkie funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego w SIWZ Wykonawca zastosuje 2 takie przełączniki. Wyjaśnienia doprowadziły zatem do zmiany treści oferty oraz potwierdziły, że złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ.

Wykonawca w treści wyjaśnień napisał ponadto „Biorąc pod uwagę niewyszczególnienie osobnej ceny za przełącznik TASK-MGMT-1 podkreślamy że taka niezgodność nie jest istotna i podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Ponieważ przełącznik ten jest częścią przełącznika (...) obecnego w ofercie, jego cena jest ujęta w tym elemencie. Równocześnie wartość tego elementu w stosunku do całości oferty nie jest znacząca. Kwota za przełącznik stanowi bardzo nieznaczną wartość -na poziomie części procenta dla całej wartości całości zamówienia w wariantie podstawowym i przy założeniu wykorzystania budżetu opcjonalnego”.

Z powyższej informacji wynika, że sam Wykonawca ma świadomość niezgodności oferty z treścią SIWZ, choć nazywa ją „nieistotną” i sugeruje, że powinna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, Wbrew twierdzeniu Wykonawcy, Zamawiający nie ma prawa uznać brakujących informacji zarówno o producencie, modelu, liczbie i typie portów jak również o cenie zastosowanego przełącznika TASK-MGMT-1 za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty i podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Zamawiający nie ma też prawa kształtować cen jednostkowych w złożonej ofercie.

6) Z uwagi na fakt, że Wykonawca nie scharakteryzował przełącznika TASK-1B-SW-2, Zamawiający zapytał, w jaki sposób Wykonawca zamierza połączyć wszystkie serwery z jednym przełącznikiem IB-SW-1.

Swoimi wyjaśnieniami Wykonawca rozszerzył treść pierwotnych rozwiązań zaproponowanych w ofercie. W formularzu rzeczowo-cenowym Wykonawca nie wycenił przełącznika TASK SWE-2, ani nie podał informacji na jego temat w opisie oferowanego przedmiotu zamówienia, z treści wyjaśnień natomiast wynika, że Wykonawca zamierza do tego celu użyć modułów IB w obudowach blade. Wiedzy tej Wykonawca nie zawarł w pierwotnej treści oferty.

Ponadto z wyjaśnień wynika, że aby zapewnić wszystkie funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego w SIWZ Wykonawca zastosuje 63 przełączniki TASK-SWE-1 ~ natomiast zgodnie z formularzem rzeczowo-cenowym (zał. nr 10) Wykonawca wycenił 1 taki przełącznik. Wyjaśnienia doprowadziły zatem do zmiany treści oferty oraz potwierdziły, że również w tym względzie złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ.

[...]"

Według zastanych postanowień SIWZ przyjął następujące wymagania, co do treści oferty, w szczególności zawartego w niej opisu oferowanego świadczenia:

Zgodnie z rozdz. III pkt 6 SIWZ „Wykonawca zobowiązany jest do złożenia oferty, której treść pozwoli Zamawiającemu zweryfikowanie Oferty pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Treść Oferty Wykonawcy musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym Wykonawca zobowiązany jest do jednoznacznego określenia zaoferowanych odpowiednio urządzeń/produktów/elementów, charakteryzując je poprzez odpowiednie wskazanie (wg. postawionego przez Zamawiającego szczegółowo wymogu) np.: na konkretny wyrób, nazwanie, typ, model, nazwa producenta, wskazanie parametru – zgodnie i odpowiednio z Załącznikiem Nr 9 do SIWZ.

Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą opisu oferowanego przedmiotu zamówienia wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ”.

Jak wynika z powyższego należało złożyć ofertę z podaniem informacji w zakresie wynikającym z Zał. nr 9 do SIWZ pt. „Opis oferowanego przedmiotu zamówienia”.

Ponadto w rozdz. XI pkt 5 SIWZ Zamawiający stwierdził, iż „Brak wyceny którejkolwiek pozycji [pozycji z zał. nr 10 „Formularz rzeczowo-cenowy” – wskazany w pkt 4] spowoduje odrzucenie oferty jako nieobejmującej całości przedmiotu zamówienia”

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, iż modyfikacje treści SIWZ, w tym zmiana załączników nr 9 i 10 do SIWZ, zostały dokonane przez zamawiającego w sposób jasny,

czytelny i ewidentny, a termin składania ofert został wystarczająco przesunięty i tym samym możliwe było ich uwzględnienie przez wykonawców w swoich ofertach. Powyższe wynika z samej treści odwołania, gdzie Odwołujący opisuje sekwencję i miejsce publikacji zmian SIWZ, a nawet publikację edytowalnych wersji załączników. Na marginesie jedynie można dodać, iż zamawiający nie musi udostępniać wykonawcom żadnych edytowalnych dokumentów, na których będą mogli złożyć ofertę. Ponadto w tym przypadku zmian do SIWZ oraz nowych wersji dokumentów ofertowych zamawiający bynajmniej nie ukrywał, ale znajdowały się one razem z całą dokumentacją postępowania. Jakikolwiek wnioski odnośnie skuteczności dokonywania zmian przez Zamawiającego czy ich znaczenia dla wymaganego kształtu oferty, które usiłuje wyciągać Odwołujący są więc nieuprawnione.

Wymagania co do opisanego i wycenienia w ofercie (odpowiednio w zał. 9 i 10) wszystkich wskazanych w ww. załącznikach elementów zamówienia pozostawały więc jasne i obowiązujące.

Odwołujący nie tylko nie wycenił przełączników wskazywanych w informacji o odrzuceniu oferty – co było bezwzględnym wymaganiem Zamawiającego – ale również wbrew wymaganiom Zamawiającego wynikającym z powołanych wyżej postanowień SIWZ, nie opisał na czym zastosowane przez niego swoiste rozwiązania „bundlujące” i integrujące przełączniki polegają, a na dodatek pomieszał oznaczenia przełączników, które oferował.

Niezrozumiałe dla Izby pozostają twierdzenia odwołującego, iż nie mógł opisać tego w ofercie (w zał. nr 9) ponieważ zmuszałoby to go do podwójnego wyceniania przełączników (w zał. nr 10). Przeciwnie, wykonawcy mogli w zgodzie z zakresem informacji wymaganych do podania przez specyfikację istotnych warunków zamówienia, w pełni przedstawić rzeczywisty kształt swojej oferty i dokonać jej odpowiedniej wyceny, np. przez odpowiednie uwagi i adnotacje poczynione w treści ww. załączników.

Niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ polega więc w tym przypadku na niezgodnym z wymaganiami SIWZ sporządzeniu treści oferty i nie zamieszczeniu w niej istotnych elementów opisu świadczenia i jego wyceny żądanych przez Zamawiającego.

Nie ma innej treści oferty niż pisemna, sporządzona zgodnie z wymaganiami zamawiającego dotyczącymi zakresu i zawartości tej treści. Bez znaczenia w tym przypadku i w tym kontekście pozostają więc intencje czy zamiary wykonawcy, co do rozwiązań „w rzeczywistości” oferowanych Zamawiającemu. Jakikolwiek wyjaśnienia i późniejsze zapewnienia wykonawcy albo jego podwykonawców lub kooperantów, nie mogą uzupełnić i zmienić istotnych braków w sporządzonej i złożonej zgodnie z ustawą i wymaganiami SIWZ treści oferty lub innych jej niezgodności z treścią SIWZ.

Izba nie oceniała więc materialnej zgodności z SIWZ domniemanych rozwiązań, które Odwołujący „zamierzał” zaoferować Zamawiającemu, ale zastaną treść oferty, czyli sposób w jaki rozwiązanie te wykonawca opisał pod względem jego zgodności z należycie wyrażonymi wymaganiami Zamawiającego, zobowiązującymi do podania takiego zakresu informacji na temat przedmiotu oferty, jaki wskazano w SIWZ (w cytowanych powyżej jednostkach redakcyjnych specyfikacji, z którymi oferta pozostaje niezgodna). Przy czym zaznaczyć należy, iż były to informacje bezpośrednio odnoszące się do przedmiotu świadczenia i przedmiot ten opisujące albo określające wycenę jego poszczególnych elementów. Brakujące informacje wskazane w informacji o odrzuceniu oferty są więc przedmiotowo istotne i w żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako brak formalny albo niewielkie omyłki wykonawcy podlegające poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W związku z powyższym Izba potwierdza zasadność odrzucenia oferty dokonanej przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z okolicznościami opisanymi w pkt 1 i 2 oraz pkt 3 ppkt 4)-6) informacji o odrzuceniu oferty z dnia 5 października 2014 r.

Izba potwierdza również zasadność odrzucenia oferty Odwołującego w związku z okolicznościami opisanymi w pkt 3 ppkt 1 lit. a) informacji o odrzuceniu oferty.

Zamawiający w zał. nr 9, wiersz 16 tabeli dotyczącej serwera TASK-SRV-1, wymagał podania zastosowanych w oferowanym serwerze: „*typ zainstalowanego kontrolera dyskowego: .... liczba, producent i model zastosowanych dysków twardych*”. W tym miejscu wykonawcy winni więc podać i opisać wszystkie dyski twarde pozwalające spełnić parametrowe wymagania Zamawiającego zainstalowane w oferowanym serwerze.

Bezsporne pomiędzy stronami pozostaje, iż zaoferowane i opisane na str 47 w załączniku nr 9 do oferty Odwołującego, dyski nie potwierdzały spełniania wymagań zamawiającego opisanych w pkt 6.5.5 litera B załącznika nr 8 do SIWZ.

Do zgodności oferty z SIWZ w tym zakresie doprowadzał dopiero trzeci dysk twardy wskazany przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 26.08.2014 r. Tym samym Wykonawca twierdził, iż w rzeczywistości zaoferował jeszcze jeden dysk, którego nie podał w ofercie, a który zostanie dostarczony i wbudowany w obudowę zaoferowanego serwera, czego potwierdzeniem mają być złożone Zamawiającemu wyjaśnienia wykonawcy oraz oświadczenie współpracującego z nim producenta oferowanych urządzeń.

Przy czym zaznaczyć należy, iż Odwołujący nie wykazał, że z samego oznaczenia modelu oferowanego serwera wynikało, że jego integralną częścią jest model dysku wskazywany w wyjaśnieniach i tym samym taki dysk – jaki wskazano w wyjaśnieniach – został zaoferowany. Przeciwnie, jak wynika z wyjaśnień, wskazany model serwera jest jedynie konfiguracją „custom”, w której obudowie „jest możliwość” zastosowania różnych dysków.

Z konstrukcji SIWZ wynikało wymaganie podania i opisanie wszystkich zastosowanych (oferowanych) dysków, które potwierdzać miały spełnianie parametrów przedmiotu zamówienia. Treść oferty Odwołującego nie odpowiadała SIWZ w tym zakresie. Natomiast bez znaczenia są w tym przypadku niewyrażone w treści oferty plany i zapewnienia wykonawcy lub producenta oferowanych urządzeń dotyczące urządzeń, które zamierzali skonfigurować i dostarczyć Zamawiającemu.

Odnosnie podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego opisanych w pkt 3 ppkt 1) lit b) wyżej cytowanego pisma z dnia 5 września br., Izba stwierdza, iż sama ilość wolnych slotów PCIe podana przez wykonawcę („1”) nie stanowiła o niezgodności treści oferty z SIWZ – wykonawca podał tu ilość, która pozwalała Zamawiającemu stwierdzić zgodność oferty z SIWZ (Zamawiający wymagał bowiem min. 1 wolnego slotu). Natomiast fakt, iż w oferowanym rozwiązaniu wykonawca zamierzał w rzeczywistości wbudować 6 slotów, co podawał w wyjaśnieniach z 26 sierpnia 2014 r., pozostaje irrelevantne dla oceny zgodności z SIWZ. Potwierdzona niezgodność oferty wystąpiła natomiast w zakresie braku podania typu wolnych slotów PCIe, co było wymagane w treści Zał. nr 9 do SIWZ.

Analogiczne stanowisko zajmuje Izba w przedmiocie liczby i typu wolnych slotów PCIe w serwerze TASK-ACC-1 oraz liczby i typu wolnych slotów PCIe oraz portów USB w serwerze TASK-ACC-2 podawanych w ofercie Odwołującego (odpowiednio pkt 3 ppkt 2) i 3) lit a) i b) pisma w sprawie odrzucenia oferty Odwołującego). Podana liczba nie stanowi o niezgodności treści oferty z SIWZ. Natomiast brak podania typu slotów i portów jest niezgodny z wymaganiami SIWZ i kwalifikuje ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W pkt. 7 informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie podał żadnych konkretnych podstaw faktycznych mogących stanowić podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ale jedynie ogólne uwagi doktrynalne w przedmiocie powinnej zgodności treści oferty z SIWZ.

Izba w związku z brakiem akuracie sformułowanych zarzutów względem niezgodności treści oferty Konsorcjum Megatel z treścią SIWZ pozostawiła je bez rozpoznania na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp. Odwołujący nie podał na czym miały polegać sygnalizowane niezgodności treści oferty z SIWZ – nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, które zarzut tego rodzaju statuują i tworzą.

Ponadto Odwołujący nie posiadał interesu, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp do korzystania ze środków ochrony prawnej w tym zakresie. Odwołujący złożył ofertę korzystniejszą niż oferta wybrana, a tym samym to nie zaniechanie odrzucenia tej oferty oddziało go od możliwości uzyskania zamówienia w tym postępowaniu.

## **KIO 1899/14**

- I. Zarzut opisany w pkt I uzasadnienia odwołania – zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach Konsorcjum Megatel i Wasko.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 150, poz. 1503 ze zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Orzeczenie nieuprawnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego norm wynikających z art. 8 ust. 1-3 Pzp, nie zależy od oceny stopnia staranności dochowywanej przez zamawiającego przy badaniu ofert w tym zakresie, ale od materialnej oceny zastrzeganych informacji jako wypełniających przesłanki definicyjne tajemnicy przedsiębiorstwa wskazane w ww. przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zastrzeżone przez Konsorcjum Megatel i Wasko załączniki nr 9 do ich ofert wypełniają ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa:

Po pierwsze wykonawcy wskazali Zamawiającemu, iż wskazane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz deklarowali, iż stale podejmują odpowiednie działania w celu zachowania ich poufności. Natomiast Odwołujący nie przedstawił dowodów, iż dokładnie te informacje są publicznie dostępne i można pozyskać wiedzę na ich temat skąd inąd. W szczególności w postępowaniu odwoławczym KIO 1329/14 nie ujawniono żadnych szczegółowych rozwiązań obecnie oferowanych przez ww. wykonawców.

Po drugie informacje zwarte w zał. nr 9 mają charakter techniczny i technologiczny – dotyczą konfiguracji zaawansowanych technologicznie urządzeń.

Po trzecie informacje mają dla wykonawców pewną wartość gospodarczą. Oryginalne zestawienie poszczególnych elementów klastra serwerów, a więc urządzenia o skomplikowanej architekturze składającego się z elementów dedykowanych i modyfikowanych pod kątem danych potrzeb funkcjonalnych i parametrowych, stanowi know-

how danego wykonawcy, bazujący na jego wiedzy i pomyśle, a także nieujawnianych szczegółach jego kontaktów handlowych (np. z producentami).

Okoliczności powyższe wystarczająco opisał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 września 2014 r. oraz poszczególni wykonawcy w wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia tajemnicy w ich ofertach: Konsorcjum Megatel w piśmie z dnia 20 sierpnia 2014 r. oraz Wasko w piśmie z dnia 25 sierpnia 2014 r.

Ponadto sam Odwołujący w swojej ofercie zastrzegł dokładnie ten sam zestaw informacji (cały zał. nr 9). Dla uzasadnienia zastrzeżenia informacji o oferowanym klastrze wystarczające jest więc zacytowanie wyjaśnień Odwołującego składanych w tym postępowaniu Zamawiającemu: *„Przedstawione w ofercie informacje techniczne określają techniczne szczegóły rozwiązania i wskazują na źródło zaopatrzenia naszej firmy, tj. producenta rozwiązania. [...] dotyczą określonego projektu przygotowanego dla danego odbiorcy i uwzględniającego określone unikalne wymagania. [...] Nadmieniamy, że zaoferowane rozwiązanie klastra obliczeniowego jest przygotowywane przez producenta specjalnie dla danego projektu, uwzględniającego określone wymagania klienta.”*

Zarzuty odwołania stawiane w tym zakresie są natomiast zasadne w stosunku do Załącznika nr 10 – Formularz rzeczowo-cenowy, zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wasko.

Rzeczony Formularz zawierał informacje o cenach poszczególnych, nazwanych rodzajowo przez Zamawiającego, podzespołów klastra oraz ich ilości.

Powyższe informacje nie miały żadnego waloru tajemnicy przedsiębiorstwa – w szczególności nie miały znaczenia gospodarczego związanego z ich charakterem, natomiast w odniesieniu do cen miały wręcz charakter publiczny (ze względu na zastrzeżone przez Zamawiającego z prawo opcji).

Niezrozumiała pozostaje argumentacja Wasko, że informacje o cenach częściowych zawartych w zał. nr 10 mogą nieść informację o polityce cenowej przedsiębiorstwa i stosowanej w jej ramach marżach handlowych. Skoro pozostali wykonawcy nie wiedzą jakie rozwiązania i jakich producentów oferuje Wasko, to nie mogą ustalić ceny producenta, a tym samym nie mogą wyliczyć marży wykonawcy.

Nie wytrzymuje krytyki również argument dotyczący zastrzeżenia ilości niektórych elementów klastra (tych, których ilości nie narzucał z góry Zamawiający), a polegający na tym, że dzięki znajomości tych ilości inni wykonawcy dowiedzą się jakie rozwiązanie wykonawca zaoferował i opisał w zał. nr 9. W przypadku gdyby tak było istotnie, oznaczałoby to, że informacje na temat oferowanego rozwiązania opisanego w załączniku nr 9 do oferty Wasko nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro bowiem dzięki znajomości ilości kilku



przełączników można wywnioskować jaki dokładnie klaster wykonawca zaoferował, klaster ten nie stanowi żadnego dedykowanego i oryginalnego rozwiązania, ale zwykły i standardowy, powszechnie znany i dostępny w danym segmencie rynku produkt. *Ergo* jego charakterystyka techniczna nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa, a wykonawca zastrzegając informacje na jego temat jedynie w celu uniemożliwienia weryfikacji jego oferty przez innych wykonawców.

Ze względu na dyspozycję art. 192 ust. 2 Pzp potwierdzenie ww. zarzutu nie mogło jednak stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z brakiem wpływu stwierdzonego naruszenia przepisów na wynik postępowania – oferta Wasko, jako mniej korzystna od oferty Konsorcjum Megatel, której wybór utrzymano, nie mogła zostać wybraną jako najkorzystniejsza. W związku z powyższym w wyroku nie nakazano odtajnienia Formularza rzeczowo-cenowego zastrzeżonego przez Wasko – pomimo, że nie stanowi on tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu adekwatnych przepisów.

II. Zarzut opisany w pkt II uzasadnienia odwołania – czyn nieuczciwej konkurencji, który stanowić miało wspólne ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia przez Megatel Sp. z o.o. w Krakowie i Action S.A. w Warszawie.

Wyżej wymieniony zarzut Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

1. ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;
2. ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;
3. podziale rynków zbytu lub zakupu;
4. stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
5. uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
6. ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem;

7. uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Nie ulega wątpliwości, iż w niektórych przypadkach i okolicznościach dozwolone w art. 23 Pzp wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia (tworzenie tzw. konsorcjów) może stanowić zakazane porozumienie, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jednakże w takim przypadku stwierdzić należy i takiemu konsorcjum przypisać – cel lub skutek polegający na wyeliminowaniu, ograniczeniu lub naruszeniu w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

W świetle stanowiska prezentowanego przez Odwołującego należałoby właściwie przyjąć, iż zakazane jest każde wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia – dopóki wykonawcy nie udowodnią, że nie działali w sposób opisany w ww. przepisie. Każde konsorcjum startujące w przetargu polega bowiem na uzgadnianiu zakresu prac, ceny oraz innych warunków podziału zadań – inaczej pozbawione byłoby sensu.

Izba odwraca powyższy lemat: w przetargach publicznych, w świetle art. 23 ust. 1 Pzp oraz wynikającej z art. 353<sup>1</sup> K.c. zasady swobody umów, wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia jest co do zasady zawsze dopuszczalne – dopóki nie zostanie udowodnione, że wykonawcy działali w celu lub ze skutkiem ograniczenia konkurencji na rynku właściwym.

W świetle przywoływanych przepisów zakazane jest ograniczanie konkurencji, jej eliminowanie lub naruszanie w inny sposób na rynku właściwym. Z powyższego nie wynika, w szczególności *a contrario*, żaden nakaz maksymalizowania konkurencji przez wykonawców działających na danym rynku. Wykonawcy ubiegający się o udzielanie zamówienia publicznego mogą więc według swojego uznania tworzyć konsorcja w dowolnej konfiguracji i według własnej oceny swoich potrzeb gospodarczych, a ich dopuszczalność nie ogranicza się bynajmniej jedynie do przypadku, w którym wszyscy współkonsorcjanci nie mogą samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (np. z powodu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu). Chociaż oczywiście tego typu przypadek (niemożliwość samodzielnego ubiegania się o zamówienie przez poszczególnych konsorcjantów) z góry wyklucza możliwość stwierdzenia naruszenia konkurencji przez zawiązanie takiego konsorcjum.

Jak już wskazano powyżej, dla orzeczenia bezprawności utworzenia konsorcjum, jako stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji, należy ustalić i stwierdzić, iż jego zawiązanie i złożenie przezeń oferty, miało cel lub skutek polegający na wyeliminowaniu, ograniczeniu lub naruszeniu w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Ponadto należy ustalić i stwierdzić, iż rzeczony ograniczenie było realne i wymierne.

Tymczasem w rozpatrywanym przypadku brak jakichkolwiek przesłanek i „poszlak” dla przyjęcia, iż zawiązanie konsorcjum pomiędzy spółkami Megatel i Action miało jakikolwiek znaczący wpływ na konkurencję na rynku właściwym, w tym, że taki był jego cel, a tym bardziej skutek. Przedmiotowe zamówienie skierowane było do nieograniczonego kręgu wykonawców i do bardzo szerokiego rynku, na którym działają liczne firmy polskie i zagraniczne. Potwierdzeniem jego konkurencyjności jest znacznie przekraczająca rynkową średnią, liczba ofert, które uzyskał Zamawiający (7 ofert). W tym kontekście, zawiązanie przez Megatel i Action konsorcjum dla ubiegania się o przedmiotowe zamówienie miało niewielki wpływ na konkurencję na rynku właściwym i nie stanowiło jej naruszenia. W szczególności nie wykazuje podobieństw do rynku odpadów komunalnych w Białymstoku zbadanego przez Prezesa UOKiK w ramach decyzji RLU Nr 38/2012 z dnia 31 grudnia 2012 r. powoływanej przez Odwoływającego.

W związku z powyższym, ustalanie okoliczności związanych z oceną czy ww. członkowie konsorcjum mogli samodzielnie złożyć oferty, uznano za pozbawione znaczenia w sprawie, a wszelkie dowody w tym zakresie składane przez uczestników postępowania pominięto jako bezprzedmiotowe.

### III. Zarzut opisany w pkt III uzasadnienia odwołania – niezabezpieczenie oferty Konsorcjum Megatel wadium.

Zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 Pzp zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium [...]. Natomiast ust. 6 powołanego przepisu wskazuje, że wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) [...]

Przepis art. 46 ust. 4a ustawy stanowi, iż zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Ponadto zamawiający zgodnie z ust. 5 art. 46 Pzp zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Sankcją dla powyższych wymagań dotyczących wnoszenia wadium jest regulacja art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z którą z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W świetle powyższych przepisów oferta winna być zabezpieczona wadium w całym okresie swojej ważności (związania). Przy czym wadium wniesione w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej uznaje się za wystarczające i równoważne zabezpieczeniu pieniężnemu (spełniające rolę wadium), jeżeli z treści gwarancji wynika abstrakcyjna i bezwarunkowa możliwość zaspokojenia roszczeń zamawiającego z tytułu wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy.

Załączona do oferty Konsorcjum Megatel (str. 52, 53 oferty) gwarancja bankowa stanowiąca zabezpieczającą ofertę wadium, została wystawiona na zlecenie Action S.A. (zwanego Oferentem) na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia i obejmowała wszystkie przypadki zatrzymania wadium wskazane ww. przepisach w odniesieniu do Oferenta (tj. Oferent odmówił podpisania umowy..., Oferent nie złożył dokumentów lub oświadczeń... etc.). Przy czym w treści gwarancji zaznaczono, iż gwarancja pozostaje ważna w stosunku do oferty złożonej przez Oferenta, w tym złożonej wspólnie z innym podmiotem lub podmiotami.

Krajowa Izba Odwoławcza i sądy okręgowe konsekwentnie stoją na stanowisku, iż generalnie prawidłowo wniesione jest wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w której treści, jako zlecającego jej wystawienie lub jako podmiot, którego zaniechania opisane w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp stanowią podstawę spełnienia wynikających z gwarancji zobowiązań, wskazano tylko jednego wykonawcę, który następnie ubiegał się o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami (w tzw. konsorcjum). Można w tym zakresie wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 01.10.2007 r. sygn. Akt XIX Ga 408/07 oraz powołać wiele wyroków Izby.

Dodatkowo formułując argumentację w tym zakresie można odwołać się do przepisów regulujących wystawianie gwarancji bankowych. Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona

świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Tak więc gwarancja bankowa jest abstrakcyjnym zobowiązaniem w ramach którego gwarant (bank - wystawca gwarancji) zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz beneficjenta gwarancji (w tym przypadku zamawiającego) w przypadku spełnienia przesłanek w treści gwarancji wskazanych. W żadnym razie zobowiązaniem z gwarancji nie jest wykonawca zlecający wystawienie gwarancji i po wystawieniu gwarancji nie ma on żadnych podmiotowych uprawnień do wpływania na treść czy realizację zobowiązań gwarancyjnych. Wykonawcę z bankiem łączy inny stosunek zobowiązaniowy, w ramach którego bank-gwarant zobowiązał się wystawić gwarancję na rzecz zamawiającego-beneficjenta gwarancji. Nie istnieje również żaden węzeł zobowiązaniowy łączący w ramach gwarancji wykonawcę z zamawiającym, tzn. z tytułu złożonej mu gwarancji wadialnej zamawiający nie ma żadnych roszczeń do wykonawcy. Po wystawieniu zleconej przezeń gwarancji i jej przekazaniu zamawiającemu, od wykonawcy zależy jedynie powstanie okoliczności faktycznych opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp warunkujących zapłatę wadium i ocenianych w świetle uregulowań ustawy, po których zaistnieniu zamawiający będzie mógł domagać się od wystawcy gwarancji sumy gwarantowanej.

W ślad za powoływanym orzecznictwem należy podkreślić, iż okoliczności takie zaistnieją również w stosunku do wykonawcy jako jedynego wskazanego w treści gwarancji, nawet jeżeli niewywiązanie się ustawowych obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu będzie zawinione przez jego niewymienionych w treści gwarancji współkonsorcjantów.

Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a konsorcjum traktowane jest jako jeden wykonawca (Co Odwołujący zdaje się zauważać w uzasadnieniu odwołania, ale wyciąga z tego nieuzasadnione wnioski odnoszące się do gwarancji wadialnej). Skoro więc obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca. Tranzytywność obowiązków ustawowych i odpowiedzialność za ich niedopełnienie jest w tym przypadku następująca: umowę w sprawie zamówienia można zawrzeć jedynie z wykonawcą (wykonawcami) wybranym w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 10 ust. 1 Pzp); tym samym w przypadku gdy np. jeden z konsorcjantów uchyla się od jej zawarcia na warunkach określonych w ofercie (art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp) nie można zawrzeć umowy ze wszystkimi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia – do czego się zobowiązywali składając wspólnie ofertę; tym samym od zawarcia zgodnej z przepisami ustawy uchylają się wszyscy wykonawcy (wykonawca) składający ofertę na warunkach w niej określonych. Można wskazać, iż zamawiający wzywa do podpisania umowy wszystkich wykonawców łącznie i poza jego zainteresowaniem pozostaje, z przyczyny którego z nich zawarcie umowy nie może nastąpić – skutek jest w tym przypadku zawsze ten sam – wykonawcy (w tym i wykonawca wskazany w gwarancji) ważnej umowy w sprawie zamówienia nie zawarli, nieważne jest w

tym przypadku z jakich przyczyn uchylili się od podpisania umowy w sprawie zamówienia. Termin „podpisanie” użyty w ww. przepisie nie należy rozumieć technicznie jako stawienie się w siedzibie zamawiającego i złożenie podpisu na substracie materialnym umowy, ale jako zaciągnięcie zobowiązania umownego, a takowe mogą wykonawcy w tym przypadku zaciągnąć jedynie wspólnie.

Podobnie, na tej samej zasadzie, skutki zaniechań jednego wykonawcy należy odnieść do wszystkich jego współkonsorcjantów również w przypadku pozostałych przesłanek zatrzymania wadium wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, w tym również zaniechania uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W tym przypadku zamawiającego nie interesuje, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie dostarczył odpowiednich dokumentów, a które z nich to uczynił – w świetle powoływanych przepisów zamawiający tego typu dokumentów żąda od wszystkich wykonawców i jakiegokolwiek zaniechanie któregośkolwiek z nich wywiera skutki w odniesieniu do całego konsorcjum i każdego z jego członków z osobna.

Odnosząc powyższe do konstrukcji kwestionowanej gwarancji wadialnej, czy nawet dominującego kształtu gwarancji występujących w obrocie, wskazać można, iż działający w dobrej wierze i zgodnie dobrymi obyczajami kupieckimi obowiązującymi w stosunkach danego rodzaju, bank-gwarant nie będzie miał żadnych podstaw do odmówienia płatności z tytułu gwarancji, gdy zamawiający złoży mu żądanie i oświadczenie, o których mowa w treści rozpatrywanej gwarancji. Ponadto na marginesie można wskazać, iż w tego typu gwarancjach przesłanką wypłacenia kwoty gwarantowanej nie jest wcale wystąpienie okoliczności, o których mowa w przepisach ustawy, ale złożenie przez zamawiającego oświadczenia, że takie okoliczności wystąpiły [np. w przedmiotowej gwarancji: „My Bank (...) zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia Państwu każdej kwoty do wysokości (...) na pierwsze Państwa żądanie zapłaty oraz Państwa oświadczenie, że: (...)]. To właśnie oświadczenie beneficjenta jest w tym przypadku dokumentem, o którym mowa w art. 81 ust. 1 Prawa bankowego, na podstawie którego następuje wypłata świadczenia pieniężnego z tytułu gwarancji.

IV.1.1. Zarzut opisany w pkt IV.1.1. uzasadnienia odwołania – niepodanie modeli dysków w ofercie Konsorcjum Megatel

Zarzut jest niezasadny.

Wykonawca podał w ofercie nazwy oferowanych modeli dysków, a w wyjaśnieniach z dnia 26.08.2014 r. dokładnie je powtórzył, nic nie zmieniając w tym zakresie.

IV.1.2. Zarzut opisany w pkt IV.1.2. uzasadnienia odwołania – niewystarczająca ilość przełączników TASK-IB-SW-1 sieci InfiniBand zaoferowana przez Konsorcjum Megatel.

Zarzut jest niezasadny.

Odwołujący bezpodstawnie odnosi powoływane przez siebie wymagania SIWZ, w tym wymagania zabudowania serwerów w technologii FatTree, do 30 serwerów dodatkowych, które ewentualnie mogą być podłączone do zamawianego klastra, zamiast tylko do serwerów

objętych przedmiotowym zamówieniem. Tym samym ilości portów wyliczone i przedstawione w odpowiedzi na odwołanie są w zupełności w tym kontekście wystarczające.

W związku z powyższym pominięto jako bezprzedmiotowe dowody zmierzające do wykazania niezbędnej ilości przełączników dla ilości serwerów przyjmowanych przez Odwołującego (wraz z serwerami dodatkowymi).

IV.1.3. Zarzut opisany w pkt IV.1.3. uzasadnienia odwołania – niewystarczająca ilość przełączników TASK-MGMT-1 zaoferowana przez Konsorcjum Megatel.

Izba oddaliła ww. zarzut jako nieudowodniony.

Odwołującego twierdził, iż niemożliwe było spełnienie wymagań SIWZ w zakresie sieci zarządzającej dla oferty Konsorcjum MEGATEL przy zaoferowaniu tylko 5 przełączników TASK-MGMT-1. Przystępujący, Konsorcjum Megatel, temu przeczył.

Odwołujący, którego Izba obciążyła ciężarem dowodu okoliczności technicznych, na które się powoływał, nie przedstawił w tym zakresie adekwatnych i przesądzających dowodów. Jedynym dowodem w tym zakresie powołanym przez Odwołującego była opinia WAT złożona przez Odwołującego w sprawie KIO 1897/14, odnosząca się do innych okoliczności, która nie stanowiła żadnego dowodu na poparcie twierdzeń Odwołującego Tradex.

IV.2. Zarzut opisany w pkt IV.2. uzasadnienia odwołania – niepodanie typu interfejsów InfiniBand w ofercie Wasko.

W ofercie Wasko w zał. nr 9, odnośnie poszczególnych serwerów, w wierszach tabel gdzie Zamawiający wymagał podania liczby i typu interfejsów InfiniBand per każdy serwer, wykonawca wskazał: „1xFDR IB” lub „2xIB FDR” (co samo w sobie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa).

Pismem z dnia 22.08.2014 r. Zamawiający zapytał Wasko jaki jest typ zastosowanych interfejsów InfiniBand w odniesieniu do 6 wskazanych serwerów.

W odpowiedzi na powyższe, Wasko pismem z dnia 26.08.2014 r. podała, iż typ zastosowanych interfejsów to FDR oraz dodatkowo podała pełną przepustowość portów.

W świetle przedstawionej przez Odwołującego typologii połączeń InfiniBand (dowód: wydruk z Wikipedii dot. angielskiego hasła InfiniBand wraz z tłumaczeniem) oraz zdefiniowanych przez Zamawiającego w pkt 1.4 załącznika nr 8 do SIWZ przepustowości interfejsu FDR, taka informacja, jak podana w ofercie Wasko, rzeczywiście może budzić wątpliwości, co do wystarczającego określenia w ofercie typu zastosowanego interfejsu.

Jednakże potwierdzenie powyższego zarzutu nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w związku z brakiem wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp. Bezprzedmiotowe było w tym przypadku ustalanie czy powyższe

kwalfikowało się do wyjaśnienia i ewentualnego poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnosnie zarzutów dotyczących oferty Wasko podniesionych przez Odwołującego z ostrożności procesowej, a których konstrukcja polegała na przeniesieniu zarzutów stawianych w stosunku do oferty Konsorcjum Megatel na ofertę Wasko, Izba wskazuje, iż zarzuty te pozbawione są przyjętej w nich podstawy faktycznej – oferta Wasko zawiera inne rozwiązania techniczne niż kwestionowane w ofercie Megatel. Tym samym zarzuty tego rodzaju są nieuzasadnione.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 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).