

**Sygn. akt KIO/UZP 1850/09**

**KIO/UZP 1851/09**

**WYROK**

**z dnia 5 lutego 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Członkowie: Anna Packo  
Ewa Sikorska**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2010 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez **Qumak - Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (sygn. akt KIO/UZP 1850/09 i KIO/UZP 1851/09)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski w Warszawie, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa** protestów: z dnia 19 listopada 2009 r. wniesionego przez **Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław (sygn. akt KIO/UZP 1850/09)** oraz z dnia 20 listopada 2009 r. wniesionego przez **Unisys Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa (sygn. akt KIO/UZP 1851/09)**

przy udziale **Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1850/09,

**orzeka:**

1. oddala odwołania,
2. kosztami postępowania obciąża **Qumak - Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez **Qumak - Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 1850/09 i KIO/UZP 1851/09,
- 2) dokonać zwrotu kwoty **35 556 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Qumak - Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa**.

### **Uzasadnienie**

Narodowy Bank Polski, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wymianę serwerów UNISYS ES7000/550 z migracją danych i rozbudową systemu wirtualizacji dla środowisk Windows i Linux w NBP”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 21 lipca 2009 r., nr 2009/s 137-200219.

sygn. akt 1850/09

Pismem z dnia 19 listopada 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) wykonawca Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Advatech” wniósł protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Qumak-Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym” oraz wykonawcy Unisys Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Unisys” pomimo, iż treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ,
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego pomimo, iż wskutek złożonych wyjaśnień Odwołujący dokonał niedozwolonej zmiany treści oferty,

dodając, iż w konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający równe traktowanie wykonawców.

Jednocześnie wykonawca Advatech wniósł o:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. odrzucenie oferty Odwołującego oraz wykonawcy Unisys,
4. wybór oferty wykonawcy Advatech jako najkorzystniejszej

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów wykonawca Advatech w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ wskazał m.in. na:

- a) niezgodność konfiguracji licencji na oprogramowanie VMware z SIWZ,
- b) niezgodną z prawem zmianę treści oferty Odwołującego wskutek wyjaśnień złożonych w dniu 14 października 2009 r.,
- c) niezgodność serwerów z treścią SIWZ.

Pismem z dnia 20 listopada 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 23 listopada 2009 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący przystąpił do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma wykonawcy Advatech (protestującemu).

Pismem z dnia 30 listopada 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający uwzględnił protest w całości, w tym w zakresie zarzutu dotyczącego oferty Odwołującego podnosząc, iż argumenty podniesione przez wykonawcę Advatech mogą być wiarygodne i wymagają ponownej oceny oferty Odwołującego. Nadto dodał, iż zwróci się z zapytaniem do producentów zaoferowanego sprzętu komputerowego, czy technologia wykonania serwerów zapewnia możliwość zwiększania wydajności urządzenia, tj. Capacity on Demand, polegającej np. na aktywowaniu i używaniu wszystkich zainstalowanych procesorów.

Pismem z dnia 10 grudnia 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ pisma do Prezesa UZP i Zamawiającego w dniu 10 grudnia 2009 r.), wnosząc o:

1. oddalenie protestu wykonawcy Advatech w części dotyczącej zarzutów skierowanych do oferty Odwołującego,
2. dopuszczenie jako dowodu dokumentów załączonych do przedmiotowego odwołania,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, iż:

1. Zamawiający nie naruszył art. 7 ustawy Pzp, bowiem nie ma obiektywnych podstaw do stwierdzenia, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców poprzez dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

2. Zamawiający nie naruszył art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ oferta Odwołującego jest zgodna z postanowieniami SIWZ, a Odwołujący oferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego,
3. Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem złożone przez Odwołującego w dniu 14 października 2009 r. wyjaśnienia do oferty nie stanowią niedozwolonej zmiany jej treści, a jedynie jej doprecyzowanie.

W dniu 1 lutego 2009 r. (pismem z dnia 29 stycznia 2009 r. ) wykonawca Advatech przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

#### sygn. akt 1851/09

Pismem z dnia 19 listopada 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 20 listopada 2009 r.) wykonawca Unisys wniósł protest wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania oraz zaniechania czynności polegających m.in. na:

1. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art.. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp,
2. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp,
3. zaniechaniu czynności wyboru oferty wykonawcy Unisys jako najkorzystniejszej,

jednocześnie wnosząc o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
2. ponowne badanie i ocenę ofert,
3. dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp,
4. dokonanie wyboru oferty wykonawcy Unisys jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów wykonawca Unisys wskazał m.in., iż zakres oferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia znacząco odbiega od wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ (w odniesieniu do uwarunkowań środowiska wirtualizacyjnego). Z oferty Odwołującego wynika, iż zaproponował licencję oraz serwis/subskrypcję w ilości szt. 1. Natomiast w piśmie z dnia 14 października 2009 r. złożył oświadczenie, iż zaoferował 2 sztuki wymaganych produktów.

Pismem z dnia 30 listopada 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego oferty Odwołującego poprzez wskazanie, iż podniesione argumenty wymagają ponownej oceny oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 10 grudnia 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ pisma do Prezesa UZP w dniu 14 grudnia 2009 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 10 grudnia 2009 r.; data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 10 grudnia 2009 r.), wnosząc o:

4. oddalenie protestu wykonawcy Unisys w części dotyczącej zarzutów skierowanych do oferty Odwołującego,
5. dopuszczenie jako dowodu dokumentów załączonych do przedmiotowego odwołania,
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2009 r., wydanego w tym przedmiocie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniający go do wniesienia odwołania zarówno w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1850/09, jak i w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1851/09. Interes prawny może być bowiem rozumiany jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego lub też mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględnienie protestu wniesionego przez wykonawcę Advatech oraz wykonawcę Unisys w kwestionowanych przez Odwołującego częściach mogłoby spowodować bowiem, w wyniku zapowiadanej ponownie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie jego oferty, a czynności tej, Zamawiający może dokonać – zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp – dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4

ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając iż nie zasługują one na uwzględnienie.

**W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności konfiguracji licencji oprogramowania VMware** (zarzutu wspólnego dla protestu wykonawcy Advatech i wykonawcy Unisys) Izba ustaliła, iż w rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 1 litera c) Zamawiający wskazał, iż przedmiotem niniejszego postępowania o zamówienie publiczne jest m.in. „dostawa licencji uzupełniających do wykorzystywanego przez Zamawiającego zestawu produktów Vmware lub licencji równoważnych, w ilości niezbędnej do budowy, migracji i produkcyjnego uruchomienia infrastruktury wirtualizacji, które będą posadowione na dwóch parach 4-procesorowych partycjach sprzętowych zaoferowanych serwerów (...)”. Powyższe potwierdził w załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” pkt I, ppkt 3 oraz pkt III, ppkt 1, w którym wyspecyfikował posiadane licencje VMware, podkreślając iż przewidziana jest „docelowo rozbudowa licencji do 16 procesorów”. Na potwierdzenie powyższego, zgodnie z rozdziałem X SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” pkt 2, wykonawcy zobowiązani byli złożyć wypełniony załącznik A, zawierający szczegółowy opis zaproponowanego rozwiązania, umożliwiający weryfikację czy spełnia ono warunki SIWZ, oraz specyfikację ilościowo-techniczno-cenową sprzętu i oprogramowania.

Odwołujący w części jawnej załącznika A do „Formularza ofertowego” pkt 2 „Specyfikacja ilościowo–techniczno-cenowa zaproponowanego Sprzętu i Oprogramowania” wyspecyfikował w pozycjach 3 do 8 oferowane licencje, w tym w poz. 3 i 4 w kolumnie „nazwa produktu” podał „Platinum Support/Subscription VMware Enterprise Plus Acceleration Kit for 8 processors for 3 years – VS4-ENT-PL-AK-3P-SSS-C” (pozycja 3) i „Upgrade: Vmware Infrastructure Enterprise Acceleration Kit to vSphere Enterprise Plus 8 CPU Aceleration Kit – VS4-ENT-AK-UG-PROMO” (pozycja 4) oraz w kolumnie „ilość”, wpisując dla wskazanych pozycji liczbę „1”. Natomiast informacje zawarte w „Szczegółowym opisie zaproponowanego rozwiązania”, stanowiącym pkt 1 załącznika A do „Formularza ofertowego” Odwołujący wskazał jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, że Zamawiający wyspecyfikował w SIWZ (s. 25), jak również w przedłożonych wykonawcom wyjaśnieniach, jakie licencje aktualnie posiada. Tak więc wykonawcy zobowiązani byli powyższe uwzględnić i zaproponować takie pakiety licencyjne, czy też takie licencje, które zapewnią efekt oczekiwany przez Zamawiającego, przy czym Zamawiający wskazał, iż oceny spełnienia określonego wymogu dokona w oparciu o informacje zawarte w specyfikacji ilościowo-techniczno-cenowej sprzętu i oprogramowania (załącznik A).

Bezspornym jest także, iż w załączniku A do „Formularza ofertowego” pkt 2 „Specyfikacja ilościowo–techniczno-cenowa zaproponowanego Sprzętu i Oprogramowania” w pozycjach 3 i 4 Odwołujący wpisał jako ilość liczbę „1”, a Odwołujący w piśmie z dnia 14 października 2009 r., będącym odpowiedzią na wezwanie do złożenia wyjaśnień, wskazał „stan docelowy” posiadanych przez Zamawiającego licencji objętych jego ofertą, podkreślając, iż zawarte w nim zestawienie bezpośrednio wynika z „Formularza ofertowego” i załącznika A do „Formularza ofertowego”. Natomiast – jak Odwołujący podniósł nie tylko we wniesionych odwołaniach, ale również na rozprawie, a co wynika z informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, na które się powoływał, przewidywał „dostawę licencji uzupełniających Vmware, w ilości określonej w specyfikacji ilościowo–techniczno–cenowej sprzętu i oprogramowania (część 2 Załącznika A do „Formularza Ofertowego)”. W ocenie Izby z powyższego – wbrew twierdzeniom Odwołującego - jednak wynika, iż licencje uzupełniające Odwołujący odnosił wyłącznie do ilości wynikającej ze specyfikacji ilościowo–techniczno-cenowej (części załącznika A), utożsamiając ich ilość z uzupełnieniem już posiadanych przez Zamawiającego, a co sam Odwołujący także przyznał w utajnionej części oferty (s. 44), gdzie podał, iż oprogramowanie zostanie dostarczone „w ilościach określonych w specyfikacji ilościowo–techniczno-cenowej sprzętu i oprogramowania (części załącznika A)” (informacja powyższa - zdaniem Izby - nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa zatem może być przez Izbę zacytowana).

Tak więc ze specyfikacji ilościowo–techniczno–cenowej sprzętu i oprogramowania absolutnie nie wynika, iż Odwołujący zaoferował Zamawiającemu pakiet zawierający upgrade dla dwóch licencji Vmware vCenter Server 4 Standard oraz dwóch licencji support Platinum SnS dla vCenter Server Standard na 3 lata, w miejsce tej, której obowiązywanie wygaśło z dniem 6 września 2009 r. Zamawiający, pismem (znak: DIT-POZ-WZI-EC-243-1644/09) z dnia 7 sierpnia 2009 r., odpowiadając na pytanie 11 wskazał bowiem wykonawcom, iż „w 2008 roku zakupił roczne wsparcie techniczne producenta VMWARE na poziomie Gold Support/Subscription z terminem obowiązywania do 6.09.2009 roku (...)”, potwierdzając to także w odpowiedzi na pytanie 1 udzielone pismem (znak: DIT-POZ-WZI-EC-243-1654/09) z dnia 10 sierpnia 2009 r. Tym samym stwierdzić należy, że o ile oceny zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ dokonano by tylko i wyłącznie w oparciu o wyspecyfikowaną ilość oferowanych licencji wówczas jednoznacznie należałoby stwierdzić, iż oferta Odwołującego w tym zakresie jest niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący przyznał bowiem na rozprawie, odpowiadając na pytanie czy z jego oferty w zestawieniu z opisem wynikającym z SIWZ wynika brak supportu i subskrypcji, oświadczył „tak i nie”, dodając iż pewnych elementów rzeczywiście nie ma w tabeli, ale znajdują się one w opisie proponowanego rozwiązania. Jednak poza wskazaniem cytowanego już wyżej zdania nie potrafił wskazać innego zapisu, z którego wynikałoby, iż faktycznie zaoferował

brakujące licencje. Zdanie to jest tylko ogólnym stwierdzeniem i nie zawiera żadnych konkretnych treści odnośnie oferowanych licencji.

Zamawiający w treści SIWZ wskazał, iż dokona weryfikacji oferty wykonawcy, w tym konkretnym przypadku oferty Odwołującego, nie tylko w oparciu o specyfikację ilościowo–techniczno–cenową sprzętu i oprogramowania, ale także, biorąc pod uwagę zaproponowane rozwiązanie. Co prawda z zacytowanego przez Odwołującego zdania dotyczącego licencji uzupełniających nie wynika, iż dostarczona zostanie Zamawiającemu licencja, odpowiadająca tej, której obowiązywanie w dniu 6 września 2009 r. wygaśnię, to jednak dopiero ponowna szczegółowa ocena tej części (utajnionej) oferty pozwoliłoby na jednoznaczne rozstrzygnięcie, czy rzeczywiście z opisu zaproponowanego rozwiązania wynika niespełnienie tego wymogu. Niemniej jednak argumenty podnoszone przez Odwołującego na rozprawie wskazujące na konkretne sformułowania zawarte w utajnionej części jego oferty, a dotyczące docelowego uzupełnienia licencji, nie potwierdzają postawionej przez niego tezy. Przeczy temu również, znajdujące się w aktach postępowania, pismo z dnia 13 października 2009 r., pochodzące od przedstawiciela VMware (producenta produktów VMware) w Polsce, który podał, iż „dla opisanego środowiska w SIWZ wymagane są dwie licencje VMware vCenter Server”, podając iż „wykonawcy, którzy zaoferowali rozwiązania VMware powinni dostarczyć licencje zapewniające następującą konfigurację z trzyletnim wsparciem 24/7 i subskrypcją, tj.:

- 16 licencji VMware vSphere 4 Enterprise Plus for 1 processor (Max 12 cores per processor),
- 16 licencji VMware vCenter Site Recovery Manager 1.0 for 1 processor,
- 2 licencje VMware vCenter Server 4 Standard for vSphere”.

Z oferty Odwołującego nie wynika więc okoliczność zaoferowania dwóch licencji VMware vCenter Server”, a potwierdza to także kolejne pismo przedstawiciela VMware, z treści którego jednoznacznie już wynika, iż „Platinum Support/Subsription VMware Enterprise Plus Acceleration Kit for 8 processors for 3 years – VS4-ENT-PL-AK-3P-SSS-C”, jak i „Upgrade: Vmware Infrastructure Enterprise Acceleration Kit to vSphere Enterprise Plus 8 CPU Aceleration Kit – VS4-ENT-AK-UG-PROMO” zawiera 8 sztuk licencji procesorowych i 1 sztukę licencji VMware vCenter Standard for vSphere 4.

W kontekście powyższego treść pisma firmy IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, które odnosi się do oferowanych przez tę firmę pakietów promocyjno-konfiguracyjnych, w tym zgodności zaoferowanych przez Odwołującego licencji, jednocześnie ograniczając je do zgodności z ofertą handlową firmy IBM rodzi wątpliwości. Jak bowiem podniósł Zamawiający i Przystępujący oferowane produkty zawierają inne kody niż wynika to z oferty wykonawcy VMware, a Odwołujący, poza twierdzeniami, nawet nie uprawdopodobnił, iż firma IBM posiada uprawnienia, także w przypadku oferowania



produktów firmy VMware, do przedstawiania oprogramowania w różnych warstwach kodowych, a odmiennych od powszechnie stosowanych przez firmę VMware.

Tym samym stwierdzić należy, że oferta Odwołującego w omawianym zakresie jest niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący bowiem nie udowodnił, iż spełnienie wymogu dostarczenia licencji VMware vCenter Standard for vSphere 4 wynika z utajnionej części oferty, a odpowiedź z dnia 14 października 2009 r., poprzez wskazanie dwóch sztuk licencji więcej niż wynikało to z tabeli stanowi w istocie niedozwoloną przepisami ustawy Pzp modyfikację treści złożonej oferty. Wyjaśnienia udzielone wskutek zastosowania art. 87 ustawy Pzp nie mogą bowiem prowadzić do zmian treści oferty i muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie. Tymczasem wyjaśnienia Odwołującego spowodowały istotną zmianę elementów przedmiotowo istotnych niniejszego zamówienia. Tak więc w niniejszym stanie faktycznym niemożliwym byłoby zastosowanie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

**W zakresie zarzutu niezgodności serwerów z treścią SIWZ** Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ pkt II „Szczegółowa specyfikacja wymagań dla oferowanego sprzętu i oprogramowania”, ppkt 8 zamieścił postanowienie „technologia wykonania serwera musi zapewniać możliwość zwiększenia wydajności urządzenia, tj. Capacity On Demand – polegającej, np. na aktywowaniu i używaniu wszystkich zainstalowanych procesorów”.

Odwołujący zaoferował serwery IBM x3950 M2 (poz. 1 Załącznika A do „Formularza ofertowego”, pkt 2 „Specyfikacja ilościowo–techniczno-cenowa (...)\”), które zdaniem Przystępującego nie posiadają możliwości zwiększenia wydajności urządzenia, tj. Capacity On Demand. Na potwierdzenie powyższego podniósł szereg argumentów, opierając się m.in. na wydrukach ze stron internetowych producenta przedmiotowych serwerów, jak również definicji zagadnienia wydajności na żądanie. W tej sytuacji Zamawiający prawidłowo więc uczynił uwzględniając, w tym zakresie, wniesiony protest i zapowiadając wyjaśnienie spornej kwestii.

Izba, rozpoznając przedmiotowy zarzut, oparła się na całokształcie materiału zgromadzonego w niniejszej sprawie, a więc posiadanego na obecnym etapie postępowania. Tak więc wzięła także pod uwagę informacje uzyskane przez Zamawiającego dopiero po rozstrzygnięciu wniesionych protestów. Istotnie informacje ze stron internetowych producenta przedmiotowych serwerów, na które powołuje się Przystępujący, mogą poddawać w wątpliwość możliwość zwiększenia ich pojemności. Jednak – jak słusznie podniósł Odwołujący – wydruk ze strony internetowej nie może stanowić dowodu w sprawie. Zwłaszcza, że pismo firmy IBM Sp. z o.o. , które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 9 grudnia 2009 r. (już po rozstrzygnięciu protestów), a więc producenta przedmiotowych

serwerów, wątpliwości te całkowicie rozwiewa. Izba nie ma bowiem żadnych podstaw ku temu, aby kwestionować zawarte w nim oświadczenie. Firma ta jednoznacznie bowiem stwierdziła, iż zaoferowane przez Odwołującego serwery spełniają wymóg opisany w załączniku nr 1 do SIWZ, pkt II, ppkt 8, a „technologia wykonania zaoferowanych serwerów umożliwia zwiększenie wydajności urządzenia, tj. Capacity on Demand polegającej np. na aktywowaniu i używaniu wszystkich zainstalowanych procesorów, zwiększenie ilości pamięci operacyjnej RAM oraz zwiększenie dostępnych portów I/O”. Tym samym brak jest podstaw do kwestionowania spełnienia tego wymogu przez Odwołującego.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....