

Sygn. akt: KIO 1748/15

POSTANOWIENIE
z dnia 28 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 28 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2015r. przez **wykonawcę Engave Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łopuszańska 32** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Warszawski Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego w Warszawie, ul. Prosta 69**

przy udziale **wykonawcy Comtegra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1748/15 po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcę Engave Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łopuszańska 32** kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczanego wpisu

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **dla Warszawy.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, instalację, uruchomienie i integrację systemu wielkoskalowego przetwarzania danych wraz z systemem przechowywania i udostępniania danych na potrzeby Centrum Kompetencji OCEAN zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 czerwca 2015r. za numerem 2015/S 108-195725.

W dniu 4 sierpnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Comtegra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 474 – dalej przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łopuszańska 32 – dalej odwołujący, przy czym treść uzasadnienia odrzucenia tej oferty została podana do wiadomości wyłącznie odwołującego, z uwagi na to, że podstawy faktyczne odrzucenia odnosiły się do elementów oferty odwołującego w zakresie których zastrzegł on tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 14 sierpnia 2015r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 sierpnia 2015r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 sierpnia 2015r. drogą elektroniczną.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy) przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) Art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie żądania od odwołującego wyjaśnień w zakresie treści oferty;
- 3) Art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy przez zaniechanie poprawienia omyłek zawartych w treści oferty odwołującego (zgodnie z treścią uzasadnienia);
- 4) Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej siwz;
- 5) Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego pomimo, iż złożyła ona w treści oferty nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;

6) Art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 ustawy oraz § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, ewentualnie zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji, w której w odniesieniu do wskazanego w wykazie doświadczenia zamówienia wykonanego na rzecz ACK Cyfronet AGH wykonawca nie przedstawił poświadczenia;

7) Art. 8 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego w części dotyczącej uzasadnienia zastrzeżenia oferty jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa;

8) Art. 8 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego w sytuacji w której zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;

9) Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przez (zarzut ewentualny zgłaszany na wypadek uznania przez Izbę, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu), zaniechanie unieważnienia postępowania;

Odwołujący wniósł o:

1) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3) odrzucenie oferty przystępującego;

4) wykluczenie przystępującego z postępowania ewentualnie wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy;

5) wykluczenie przystępującego z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji w treści oferty;

6) odtajnienie uzasadnienia zastrzeżenia oferty przystępującego jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa oraz odtajnienie w całości załącznika nr 5 do formularza ofertowego, jak również wszelkich dokumentów podmiotowych w których występuje nazwa Cray Inc. i produkty tej firmy;

7) unieważnienie postępowania (żądanie ewentualne zgłaszane na wypadek uznania przez Izbę, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu).

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, który doznaje uszczerbku wskutek naruszeń będących przedmiotem niniejszego odwołania. Oferta odwołującego jest według niego zgodna z treścią siwz, co oznacza, że jej odrzucenie, a w konsekwencji brak dokonania jej oceny w kryteriach oceny ofert skutkowało pozbawieniem odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Ponadto, oferta wybranego wykonawcy tj. przystępującego jest niezgodna z treścią siwz i winna była zostać odrzucona, co dodatkowo potwierdza wpływ wskazanych naruszeń na interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jego oferta została przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i nie podlegała ocenie w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, a z kolei zamówienie przyznane zostało firmie przystępującego.

Odwołujący stwierdził, że wskazana powyżej czynność dokonana została z naruszeniem przepisów ustawy.

Uzasadniając zarzuty dotyczącego bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że zamawiający przywołując wymóg z pkt 17 „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” (dalej: „OPZ”) - rozdział IV siwz - wskazał: „W tabeli nr 6 na stronach 25-26 oferty Wykonawca zaoferował dwa serwery uruchomieniowe (tajemnica przedsiębiorstwa) wyposażone w wewnętrzne dyski z kontrolerami (tajemnica przedsiębiorstwa), co nie spełnia zapisów siwz.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w sposób całkowicie dowolny przyjął, iż złożona oferta nie obejmuje zewnętrznego zasobu dyskowego dla serwerów uruchomieniowych. Odwołujący wyjaśnił, iż zasób ten został ujęty w Tabeli nr 9 określającej typ i model zainstalowanych dysków, w tym dysków zewnętrznych dla serwerów uruchomieniowych. Zaoferowana łączna ilość dysków, w ocenie odwołującego, odpowiada wymaganiom zamawiającego. Zaoferowane serwery posiadają dyski wewnętrzne, jako dodatkowy zasób oprócz wymaganego przez siwz zasobu zewnętrznego. Zewnętrzny zasób znajduje się na zewnętrznych urządzeniach (macierzach dyskowych) i dostęp do tego zewnętrznego zasobu realizowany jest poprzez technologie iSCSI. Odrzucając ofertę odwołującego, bez wezwania go do udzielenia wyjaśnień, zamawiający, w ocenie odwołującego, naruszył treść art. 87 ust. 1 ustawy, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący wskazał, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy warunkowane jest wykazaniem, że treść oferty jest niezgodna z wymaganiami SIWZ, co oznacza, że powołanie się na niezgodność formy oferty, sposobu prezentacji treści tej oferty z oczekiwaniami zamawiającego w tym zakresie nie może stanowić podstawy do jej odrzucenia. Ponadto, sposób prezentacji oferty może zostać poprawiony w trybie art. 89 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy, stąd w pełni zasadne jest, zdaniem odwołującego, postawienie również zarzutu naruszenia wskazanych wyżej przepisów.

Dalej odwołujący podniósł, że zamawiający powołując się na pkt 30.4 OPZ stwierdził, że oferta odwołującego nie spełnia wymogu połączenia serwerów z siecią InfiniBan. Ustalenie to zamawiający poczynił w oparciu o załączone do oferty odwołującego schematy sieci/schematy połączeń. Odwołujący stwierdził, że zamawiający w sposób całkowicie dowolny przyjął, iż treść oferty odwołującego jest niezgodna z pkt 30.4 OPZ. Oceniając spełnienie tego wymogu zamawiający nie uwzględnił treści tabeli nr 13 stanowiącej załącznik nr 5 do formularza oferty. W tabeli tej, w poz. 22, wymieniony został adapter sieciowy spełniający wymagania siwz. Zaoferowanie tego urządzenia wprost oznaczało spełnienie

wymogu dotyczącego połączenia serwerów z siecią InfiniBand. W tych okolicznościach odwołujący stwierdził, iż brak zaprezentowania tego połączenia na schemacie sieci/połączeń może być oceniany jedynie w kategorii niezgodności formy oferty, sposobu prezentacji jej treści, z wymaganiami siwz w tym zakresie. Tego rodzaju niezgodność, jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie stanowi jednak, w ocenie odwołującego, podstawy do odrzucenia oferty. Odwołujący podtrzymał argumentację prawną podniesioną w zakresie dysków zewnętrznych.

Następnie odwołujący wskazał, że zamawiający stwierdził, iż oferta odwołującego nie spełnia wymogu z pkt 21 OPZ dotyczącego wymaganej sumarycznej pojemności urządzeń blokowych nie mniejszej niż 8.88PiB. Analogicznie jak w przypadku pozostałych zarzutów odwołujący podniósł, że zamawiający w sposób całkowicie dowolny przyjął, iż treść oferty odwołującego jest niezgodna z pkt 21 OPZ. Odwołujący wyjaśnił, że wbrew obliczeniom zamawiającego, w świetle danych otrzymanych od producenta zaoferowanego sprzętu, zaoferowana ilość dysków przekłada się na wymaganą minimalną pojemność urządzeń blokowych. Niezasadny jest ponadto, zdaniem odwołującego, zarzut dotyczący niespełnienia wymogu z pkt 22 OPZ dotyczącego zaoferowania dysków zapasowych. Jak wynika z treści oferty odwołującego wymóg ten został spełniony. Oceniając spełnienie tego wymagania należy bowiem uwzględnić określony przez zamawiającego sposób prezentacji treści oferty. Odwołujący zaznaczył, iż część zamienna jest elementem dodatkowym urządzenia nie stanowiącym jego podstawowej konfiguracji. Odwołujący podtrzymał argumentację prawną podniesioną w zakresie dysków zewnętrznych.

Nadto odwołujący wskazał, że zamawiający stwierdził, iż treść oferty odwołującego jest niezgodna z pkt 13 OPZ (sposób połączenia sieci winien zapewniać teoretyczną, jednokierunkową przepustowość rozcięcia sieci na dwie identyczne partycje, przypadającą na jeden węzeł obliczeniowy nie mniejszą niż 3 GiB/s) z czym odwołujący się nie zgodził uznając, że zamawiający w sposób całkowicie dowolny odczytał treść oferty w zakresie ww. wymagania, w szczególności zastosował niewłaściwy wzór do obliczenia prędkości jednokierunkowej sieci oraz poziomu blokowania, bez bliższego jego sprecyzowania. Odwołujący wyjaśnił, iż według prawidłowego wzoru do obliczenia prędkości jednokierunkowej sieci oraz poziomu blokowania wymagany w pkt 13 OPZ parametr jest spełniony.

W zakresie zarzutów dotyczących czynności i zaniechań zamawiającego związanych z badaniem i oceną oferty przystępującego, odwołujący podniósł, że oferta przystępującego w części technicznej została zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Uwzględniając jednak ograniczony krąg obecnych na rynku rozwiązań spełniających wymagania zamawiającego uzasadnione jest, zdaniem odwołującego, domniemanie, że oferta tego wykonawcy bazuje na rozwiązaniu firmy Cray Inc. Domniemanie to jest tym

bardziej uzasadnione, że w treści jawnej oferty firma Cray Inc. wskazana została jako podwykonawca przystępującego.

Uwzględniając zatem specyfikację produktu firmy Cray Inc. zasadne jest, w ocenie odwołującego, sformułowanie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty przystępującego z pkt 3 rozdział IV OPZ.

W pkt 3 rozdział IV OPZ zamawiający sformułował wymóg dotyczący maksymalnego poboru prądu przez system (nie więcej niż 650KW). Firma przystępującego zaoferowała system z parametrem GTEPS 1076. Przy uwzględnieniu danych z kart katalogowych urządzeń XC30 oraz XC40 firmy Cray Inc. (należy, zdaniem odwołującego, domniemywać, że jedno z tych urządzeń zostało zaoferowane zamawiającemu) nie jest możliwe spełnienie wymogu dotyczącego poboru mocy. Potwierdzeniem zasadności zarzutu są ponadto wyniki wydajnościowe ze stron GRAPH 500 i TOP 500. W konsekwencji odwołujący stwierdził, iż przy zaoferowanej technologii spełnienie wymogu dotyczącego poboru mocy oznaczałoby niespełnienie minimalnych parametrów GTEPS (min. 850) oraz TFLOPS (750) - pkt 12 OPZ. W tych okolicznościach poza sformułowaniem zarzutu dotyczącego niespełnienia wymagania dotyczącego poboru mocy, uzasadnione jest, zdaniem odwołującego, również sformułowanie zarzutu dotyczącego niespełnienia minimalnych wymogów w zakresie parametrów GTEPS oraz TFLOPS. Odwołujący stwierdził, iż uwzględniając zaoferowaną konfigurację przystępujący nie jest w stanie wykonać zamówienia w sposób zgodny z treścią tej oferty i zarazem zgodny z wymaganiami siwz. To ustalenie uzasadnia postawienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez złożenie w ofercie nieprawdziwych informacji.

Wskazana powyżej niezgodność ma istotny charakter i winna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, o co odwołujący wnosi.

Ponadto, stosownie do §2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) dowodem należytego wykonania zamówienia może być wyłącznie poświadczenie. Tymczasem, z oferty złożonej przez przystępującego wynika, że w stosunku do zamówienia wykonanego na rzecz AGH w Krakowie, wykonawca ten załączył do oferty protokół odbioru, który nie stanowi poświadczenia. Zamawiający nie miał zatem, w ocenie odwołującego, podstaw do uznania, że przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy warunkiem zastrzeżenia oferty, jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, jest umieszczenie w ofercie uzasadnienia dla tego zastrzeżenia. Nie wymaga, zdaniem odwołującego, uzasadnienia stwierdzenie, że ta część oferty nie może zostać zastrzeżona. Tymczasem, nie została ona ujawniona przez zamawiającego, a zatem odwołujący domniemuje, że została ona zastrzeżona przez wykonawcę.

Odwołujący podtrzymując twierdzenie, że oferta firmy Przystępujący bazuje na rozwiązaniu firmy Cray Inc., podniósł, że fakt złożenia oferty na rozwiązaniu tej firmy jest okolicznością jawną i tym samym nie spełnia wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji warunków zastrzeżenia informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślił, iż konfiguracja sprzętu firmy Cray Inc. jest informacją dostępną publicznie. Analogicznie należy się odnieść do dokumentów podmiotowych w których wymieniona jest firma Cray Inc. Fakt współpracy wykonawcy z tym podmiotem jest okolicznością jawną i nie podlega utajnieniu. Uwzględniając powyższe, zasadne jest, w ocenie odwołującego, żądanie odtajnienia w całości załącznika nr 5 do formularza ofertowego, jak również wszelkich dokumentów podmiotowych w których występuje nazwa Cray Inc. i w których wymienione są rozwiązania stosowanego przez ten podmiot.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że stosownie do treści art. 93 ust. 1 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Uwzględniając tak istotną różnicę pomiędzy ceną oferty przystępującego, a budżetem zamawiającego nie sposób przyjąć możliwość udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Takie działanie zamawiającego oznaczałoby preferowanie rozwiązań konkretnego producenta, a w konsekwencji świadczyłoby o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. W szczególności, z uwagi na fakt współfinansowania zamówienia ze środków funduszy UE informacja o projekcie, w tym zamówień realizowanych w jego ramach była informacją jawną. Wiedza w tym zakresie oznaczała dla wykonawców konieczność takiego skonfigurowania oferty, aby jej cena mieściła się w budżecie zamawiającego. Tymczasem, przystępujący zaoferował cenę która w sposób rażący przekracza budżet (ponad 25%), a pomimo tej okoliczności zamawiający dokonał jej wyboru. Takie działanie zamawiającego, w ocenie odwołującego, stanowi rażące złamanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, rodzi podejrzenia co do preferowania rozwiązań firmy Cray Inc. oraz poddaje w wątpliwość gospodarność zamawiającego, jako jednostki sektora finansów publicznych. Gdyby odwołujący miał wiedzę, co do faktycznych możliwości finansowych zamawiającego, to złożyłby całkowicie odmienną ofertę.

Odwołujący zastrzegł, że z uwagi na utajnienie swojej oferty w części technicznej, pozostała argumentacja oraz dowody na jej potwierdzenie zostaną przedstawione w odrębnym piśmie procesowym, które zostanie utajnione.

W dniu 14 sierpnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17 sierpnia 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący, wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, zaś uwzględnienie żądań odwołującego pozbawiłoby przystępującego możliwości uzyskania zamówienia, mimo, że zaoferował on rozwiązanie spełniające wymogi siwz i jest w stanie je dostarczyć oraz wdrożyć w wymaganym terminie. Ewentualne uwzględnienie odwołania mogłoby skutkować poniesieniem przez przystępującego szkody równej utraconym korzyściom związanym z realizacją przedmiotu zamówienia. Ponadto argumentacja odwołującego jest rażąco niezgodna ze stanem faktycznym. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 17 sierpnia 2015r. faksem.

W dniu 27 sierpnia 2015r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania podpisane jak odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: