

POSTANOWIENIE
z dnia 24 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 24 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2014 r. przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Uniwersytet Warszawski w Warszawie

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2427/14

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Uniwersytet Warszawski prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Sprzedaż, dostarczenie i wdrożenie systemu do przechowywania i przetwarzania danych w ramach Rozwoju Infrastruktury Informatycznej Centrum Sekwencjonowania Nowej Generacji.” Numer referencyjny postępowania: CeNT/ZP/16/2014

Odwołujący: Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł dnia 17 listopada 2014 r. odwołanie wobec modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia .

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenia art 7 ust 1 oraz art. 29 ust 1 i 2 p.z.p. w powiązaniu z zarzutem wadliwego wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, za pomocą parametrów i wymagań, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ w ten sposób, aby opis przedmiotu zamówienia był zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. i zapewniał uczciwą konkurencję oraz równy dostęp wykonawców do zamówienia (art. 7 ust. 1 p.z.p.) oraz był zgodny z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która wyrokiem z dnia 4 listopada 2014 r., sygn. KIO 2170/14 stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego ustawy pzp oraz nakazała Zamawiającemu modyfikację opisu przedmiotu zamówienia, w sposób wskazany w odwołaniu, tj. poprzez usunięcie wymagań naruszających zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający pismem z dnia 2014.11.06, wysłanym faksem w tym samym dniu dokonał modyfikacji treści SIWZ tylko w części, w sposób nakazany wyrokiem KIO. Zgodnie z wyrokiem KIO, Zamawiający zobowiązany był do wykreślenia w tabelach wskazań dotyczących mocy zasilaczy, odpowiednio 1050W, 750W, 1100W. Natomiast dokonana przez Zamawiającego modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia w zakresie mocy zasilaczy serwerów doprowadziła do wykreślenia wyłącznie mocy zasilaczy 1050W (Tabela 1 pkt. 12), natomiast

wskazania dotyczące mocy zasilaczy 750W i 1100W dla pozostałych urządzeń w dalszej części opisu przedmiotu zamówienia pozostały bez zmian wbrew treści wyroku KIO.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający opisując przedmiot zamówienia dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. w powiązaniu z wadliwym wykonaniem ww wyroku KIO 2170/14), poprzez jego pozorne wykonanie.

Zamawiający zamiast wskazać na cechy funkcjonalno-użytkowe zamawianego systemu jako całości, odniósł się wyłącznie do cech (parametrów) technicznych jego poszczególnych komponentów.

Tak opisany przedmiot zamówienia ogranicza konkurencję i jest niezgodny z wytycznymi Prezesa UZP dotyczącymi udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych. Z wytycznych tych wynika bowiem, że podstawową zasadą opisu przedmiotu zamówienia na dostawę sprzętu powinno być specyfikowanie właściwości użytkowych sprzętu a nie jego szczegółowych parametrów konstrukcyjnych/technicznych. Nadto, z wytycznych tych wynika, że w przypadku komponentów złożonych takich, jak procesory, serwery, płyty główne powinno się unikać wskazywania szczegółowych parametrów charakteryzujących wewnętrzne rozwiązania techniczne stosowane w takich podzespołach. Opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazywanie konkretnych parametrów technicznych odnoszących się do komponentów zamawianego sprzętu jest więc niedopuszczalne, ponieważ narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie, tak opisany przedmiot zamówienia nie pozwala w dostateczny sposób na określenie przeznaczenia zamawianego sprzętu, funkcjonalności które powinien zapewniać oraz w jaki sposób powinien być skonfigurowany. W istotny sposób utrudnia to weryfikację, czy wymogi techniczne postawione przez Zamawiającego są uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami, a także prawidłowe oszacowanie ceny oferty. Opis przedmiotu zamówienia dla postępowania ni& jest więc jednoznaczny i nie zawiera wszystkich ustawowo wymaganych elementów, a zatem narusza art. 29 ust 1 i 2 p.z.p.

Nadto, opis przedmiotu zamówienia dla niniejszego postępowania zawiera wymagania, których łączne spełnienie sprawia, że tylko urządzenia jednego producenta (Dell) mogą je spełnić (por. pkt II Odwołania, gdzie parametry te zostały opisane). Drobiazgowo opisywanie przedmiotu zamówienia w oparciu o z góry określony produkt stanowi natomiast jawne i jednoznaczne złamanie podstawowych zasad i celów p.z.p.

W ocenie Odwołującego wymagania Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia, wskazane w pkt II Odwołania nie znajdują również uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia ani obiektywnych potrzebach Zamawiającego lub są wewnętrznie sprzeczne. Zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a

jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (KIO/UZP 1273/08). Każde bowiem zawarte w opisie przedmiotu zamówienia wymaganie specyficznego parametru technicznego komponentów winno jednoznacznie wynikać ze specyfiki zastosowań, dla których sprzęt jest nabywany.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania w oparciu o rat. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. Stwierdził, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 listopada 2014 r. w sprawie KIO 2170/14 dokonał odpowiednich modyfikacji siwz, o czym poinformował na swojej stronie internetowej. W ocenie zamawiającego zostały spełnione wszystkie przesłanki określone powołanym przepisem, a mianowicie: okoliczności, na które powołuje się odwołujący w odwołaniu bieżącym były już przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie KIO 2170/14, dotyczyły one tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wnoszącym odwołanie był ten sam podmiot, który złożył bieżące odwołanie.

Zamawiający podniósł, że zarzuty dotyczące siwz sformułowane w bieżącym odwołaniu stanowią wprost powtórzenie zarzutów z poprzedniego odwołania (z 17.10.2014 r.) tego samego wykonawcy.

Zamawiający uznaje za niezasadny zarzut niewykonania wyroku KIO, co wynikać ma z porównania sentencji wyroku z 4 listopada 2014 r. z treścią odwołania.

W odwołaniu stwierdzono, iż: „Zamawiający zobowiązany był do wykreślenia w tabelach wskazań dotyczących mocy zasilaczy, odpowiednio 1050W, 750W, 1100W. Natomiast dokonana przez Zamawiającego modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia w zakresie mocy zasilaczy serwerów doprowadziła do wykreślenia wyłącznie mocy zasilaczy 1050W (Tabela 1 pkt. 12), natomiast wskazania dotyczące mocy zasilaczy 750W i 1100W dla pozostałych urządzeń w dalszej części opisu przedmiotu zamówienia pozostały bez zmian wbrew treści wyroku KIO.”

Odwołujący pominął jednak w tym zakresie istotny fragment orzeczenia KIO, bowiem Izba nakazała zamawiającemu „/.../ wykreślenie w tabelach wskazania minimalnej mocy zasilaczy (odpowiednio 1050 W, 750W, 1100W /.../”.

Wymaganie dotyczące minimalnej mocy zasilacza sformułowane było w opisie przedmiotu zamówienia jedynie w tabeli nr 1 w poz. 12, która przed zmianą miała brzmienie:

„Każdy węzeł posiada redundantne (redundancja 1+1) zasilacze każdy o mocy co najmniej 1050W i każdy wydajności co najmniej 93% przy obciążeniu 50%.”

Po zmianie z 6 listopada 2014 r. pozycja ta przybrała treść:

„Każdy węzeł posiada redundantne (redundancja 1+1) zasilacze każdy wydajności co najmniej 93% przy obciążeniu 50%.”

Zamawiający stwierdza, że w tym zakresie wyrok KIO został wykonany poprawnie. W pozostałym zakresie OPZ nie wskazywał na minimalną moc zasilaczy, lecz na ich moc

maksymalną, nie było zatem podstaw do zmiany, ponieważ zamawiający nie był w tym zakresie zobligowany wyrokiem KIO.

W tej kwestii zamawiający wskazał na odpowiednie postanowienia opisu przedmioty zamówienia zawarte w tabeli 2 poz. 9 (parametry węzłów zarządzających KO), tabeli 3 poz. 3 (parametry węzłów zarządzających Lustre, tabeli 4 poz. 10, tabeli 5 poz. 8.

Zauważył, że KIO nakazała wykreślenie wskazania mocy minimalnej nie negując zapisów dotyczących mocy maksymalnej.

Tym samym zarzut dotyczący mocy zasilaczy był już przedmiotem rozpoznania przez Izbę i nie może być on obecnie ponowiony.

Podobnie, jak stwierdził zamawiający, rzecz się ma z pozostałymi zarzutami, które mają charakter ogólny. Odwołujący już w poprzednim odwołaniu podnosił, że zamawiający zamiast wskazać na cechy funkcjonalno-użytkowe zamawianego systemu jako całości odniósł się wyłącznie do cech (parametrów) technicznych jego poszczególnych komponentów. Jak wynika z wyroku Izby, zarzut ten został rozpatrzony negatywnie wobec uznania, iż zamawiający jest uprawniony do określenia technicznych parametrów zamawianych urządzeń, zwłaszcza przy tak skomplikowanym i specyficznym systemie, jakim jest przedmiot postępowania.

Zamawiający zauważył także, że w bieżącym odwołaniu postawiono także zarzut, który był również sformułowany w odwołaniu poprzednim, a dotyczący opisanie przedmioty zamówienia w takie sposób, że jedynie urządzenia firmy Dell odpowiadają temu opisowi. W wyroku KIO 2170/14 wyraźnie jednak stwierdzono, że ten zarzut się nie potwierdził i nie został przez odwołującego udowodniony. Nadto z wyroku nie wynika, by zamawiający miał dokonać w związku z tym zarzutem jakiegokolwiek zmiany. Wszelkie zmiany, do który ch zobligowany został zamawiający zostały jednoznacznie określone w sentencji wyroku i zgodnie z tym wyrokiem zostały przez zamawiającego wprowadzone. Obecni odwołanie koncentruje się na „bardzo mglistych zrzutach, które zresztą już były rozpoznane przez Izbę.” Fakt powielenia zarzutu jest oczywisty i z tego względu, że odwołujący przekopiował jego treść z poprzedniego odwołania wpisując pkt II, który w bieżącym odwołaniu nie występuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu bez udziału stron stwierdziła, że odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z powołanym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia

przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

W sprawie niesporne jest, że ten sam odwołujący wniósł dnia 17 października 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie dotyczącej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W wyroku z dnia 4 listopada 2014 r. Izba uwzględniając odwołanie uznała, iż część spośród kwestionowanych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia stanowiła nieuzasadnioną barierę dla tych wykonawców, którzy mogliby zaoferować rozwiązanie spełniające rzeczywiste potrzeby Zamawiającego, które wyjawił w odpowiedzi na odwołanie. Izba nakazała zmianę poszczególnych warunków w kierunku sugerowanym przez Odwołującego, w zakresie tych postanowień, które nie znalazły potwierdzenia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało w części na uwzględnienie.

W sentencji wyroku w części merytorycznej (pkt 1) stwierdzono, co następuje:

„Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez: wykreślenie w tabelach wskazania minimalnej mocy zasilaczy (odpowiednio 1050W, 750W, 1100W), zmniejszenie w tabeli nr 1 pkt 6 (parametry węzłów obliczeniowych KO) ilości portów typu Gigabit Ethernet z 4 do minimum dwóch, wykreślenie z tabeli nr 1 pkt 9 (parametry węzłów obliczeniowych KO) wymagania – węzeł musi umożliwiać instalację 16-u dysków twardych typu Hot-Plug, dopuszczenie w tabeli nr 1 pkt 13 (parametry węzłów obliczeniowych KO) czujnika instalowanego w innym miejscu na szafie, wykreślenie w tabeli nr 1 pkt 15 (parametry węzłów obliczeniowych KO) wymagania posiadania certyfikacji z Ubuntu 14.04., dopuszczenie w tabeli nr 5 pkt 8 (parametry serwera BR) dysków zewnętrznych oraz dopuszczenie w ppkt 1 tabeli wysokości obudowy 6 RU, zmianę wielkości podanej w tabeli nr 9 poz. 1 (parametry MD1) dla przestrzeni macierzy z 34U do 42U,”

W rozpatrywanym obecnie odwołaniu wniesionym dnia 17 listopada 2014 r. odwołujący kwestionuje zmiany siwz dokonane przez zamawiającego dnia 6 listopada 2014 r. jako niezgodne z przepisami ustawy pzp oraz rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej.

Biorąc pod uwagę zakres okoliczności rozpatrywanych w sprawie o sygnaturze KIO 2170/14, w tym treść cytowanego rozstrzygnięcia Izby skład orzekający w sprawie obecnej uznaje, że odwołujący nie przedstawił w rozpatrywanym obecnie odwołaniu żadnych innych okoliczności, które nie były uprzednio rozpatrzone. Biorąc pod uwagę treść

zmodyfikowanych postanowień siwz należy potwierdzić, że w zakresie wymagań co do mocy zasilaczy zamawiający wykonał wyrok Izby nakazujący wykreślenia parametrów mocy minimalnej i czynność ta odnosi się zgodnie ze zmodyfikowanymi postanowieniami siwz do zasilaczy o mocy wskazanej w wyroku. W tym zakresie wyrok KIO został wykonany poprawnie. W pozostałym zakresie opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał na minimalną moc zasilaczy, lecz na ich moc maksymalną, nie było zatem podstaw do zmiany, ponieważ zamawiający nie był w tym zakresie związany wyrokiem KIO.

Tym samym zarzut dotyczący mocy zasilaczy był już przedmiotem rozpoznania przez Izbę i nie może być on obecnie ponowiony.

Poza wyżej wskazanym zarzutem co do niewykonania wyroku KIO, pozostałe zarzuty nie odnoszą się do treści sentencji wyroku, jako sformułowane w sposób ogólny, w szczególności odnoszący się do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp oraz wytycznych Prezesa UZP dotyczących udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych. Odwołujący już w poprzednim odwołaniu podnosił, że zamawiający zamiast wskazać na cechy funkcjonalno-użytkowe zamawianego systemu jako całości odniósł się wyłącznie do cech (parametrów) technicznych jego poszczególnych komponentów. Jak wynika z wyroku Izby, zarzut ten został rozpatrzony negatywnie wobec uznania, iż zamawiający jest uprawniony do określenia technicznych parametrów zamawianych urządzeń, zwłaszcza przy tak skomplikowanym i specyficznym systemie, jakim jest przedmiot postępowania.

W bieżącym odwołaniu postawiono kolejny zarzut odnoszący się do okoliczności, które były również opisane w odwołaniu poprzednim, a dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że jedynie urządzenia firmy Dell odpowiadają temu opisowi. W uzasadnieniu wyroku KIO 2170/14 stwierdzono, że ten zarzut się nie potwierdził i nie został przez odwołującego udowodniony. Nadto z wyroku nie wynika, by zamawiający miał dokonać w związku z tym zarzutem jakiegokolwiek zmiany, bowiem zarzut ten, obok innych uznanych za nieuzasadnione nie znalazł potwierdzenia w treści sentencji orzeczenia określającej zakres czynności nakazanych zamawiającego do wykonania w zakresie zarzutów uwzględnionych. Biorąc powyższe pod uwagę, wobec ziszczenia się przesłanek z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, orzeczono, jak w sentencji.

Postanowienie zostało wydane na posiedzeniu niejawnym w wyniku dokonania czynności formalnoprawnych i sprawdzających stosownie do § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: