

Sygn. akt: KIO 623/13

KIO 631/13

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 kwietnia 2013 r.** oraz **10 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **21 marca 2013 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18.03.2013 r. przez wykonawcę ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa (sygn. akt KIO 623/13);

B. w dniu 18.03.2013 r. przez wykonawcę TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa (sygn. akt KIO 631/13)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Uniwersytet Warszawski, 00-927 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa i instalacja systemu wirtualnej rzeczywistości” (znak sprawy WF-37-103/12).

A.

przy udziale wykonawcy **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 623/13).

B.

przy udziale wykonawcy **ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 631/13).

orzeka:

A. oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 623/13;

B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 631/13 i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 1 zamówienia, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę ATM Systemy Informatyczne S. A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do powierzchni całkowitej zajmowanej przez zaoferowane urządzenia;

2. Kosztami postępowania obciąża

A. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 623/13 Odwołującego – wykonawcę ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa;

B. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 631/13 Zamawiającego – Uniwersytet Warszawski, 00-927 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:

A wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa (sygn. akt KIO 623/13),**

B wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa (sygn. akt KIO 631/13),**

2)

A dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa** na rzecz przystępującego - **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

B dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego - **Uniwersytet Warszawski, 00-927 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28** na rzecz **TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 16 kwietnia 2013 r. w sprawie KIO 623/13 i KIO 631/13

Zamawiający – Uniwersytet Warszawski, 00-927 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa i instalacja systemu wirtualnej rzeczywistości” (znak sprawy WF-37-103/12).

W dniu **08.03.2013 r.** Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 za którą uznana została oferta wykonawcy ATM Systemy Informatyczne S. A. Ponadto Zamawiający wskazał, iż oferty wykonawców Qumak S. A. oraz Tradex Systems Spółka z o.o. podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na powyższą czynność w dniu **18.03.2013 r.** zostały wniesione odwołania odpowiednio przez wykonawcę ATM Systemy Informatyczne S. A. (sygn. akt KIO 623/13) oraz Tradex Systems Spółka z o.o. (sygn. akt KIO 631/13).

Sygn. akt KIO 623/13

Wykonawca ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21 a, 04-186 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 18.03.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 8 ust. 3 Pzp w związku z przepisem art. 86 ust. 4 Pzp przez nieujawnienie informacji zawartych w ofercie wykonawcy Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Opaczewskiej 42 lok. 110, 02-372 Warszawa, („Tradex”), które nie podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty wykonawcy Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa („Qumak”) wskazując jedynie część, a nie wszystkie powody, które nakazują uznać, że oferta wykonawcy Qumak nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”)
- 4) innych przepisów ustawy przywołanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania:

- 1) odtajnienia oferty złożonej przez wykonawcę Tradex i rozszerzenia zarzutów stanowiących podstawę odrzucenia oferty wykonawcy Tradex;
- 2) rozszerzenia – w odniesieniu do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 08.03.2013 r. – zakresu wymagań SIWZ, którym oferta wykonawcy Qumak nie odpowiada;
- 3) odrzucenia oferty wykonawców Qumak i Tradex z powodu nie spełnienia przez te oferty wymagań SIWZ w zakresie wskazanym w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 08.03.2013 r.;
- 4) utrzymania decyzji o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zgodnie z treścią SIWZ i z przepisami ustawy.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę Qumak, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Jednakże Zamawiający wykazał niezgodność oferty złożonej przez wykonawcę Qumak w zakresie węższym aniżeli ta niezgodność faktycznie występuje. Zamawiający powinien był odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę Qumak na podstawie wskazanych przez siebie podstaw, jak również na podstawie przesłanek wskazanych w odwołaniu.

Ponadto, zamawiający nie ujawnił treści oferty złożonej przez wykonawcę Tradex, chociaż jej treść nie powinna podlegać zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 Pzp, ponieważ brak wniesienia odwołania w ustawowym terminie skutkuje niemożnością podnoszenia zastrzeżeń zgłaszanych w odwołaniu w późniejszym etapie prowadzonego postępowania, co potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w postanowieniu z 30 grudnia 2010 r. (Sygn. Akt KIO 2734/10) o treści: *„Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny co raz to nowe powody i wady tej samej oferty, stwarzające powody do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny jeden termin na odwołanie od czynności czy zaniechań zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia o pierwszej ocenie ofert”*. W szczególności jest to istotne w przypadku, gdy wykonawcy Qumak lub Tradex kwestionowałiby odpowiednio odrzucenie oferty lub wykluczenie z przyczyn konkretnie wskazanych w aktualnym rozstrzygnięciu, a odwołanie takie, hipotetycznie, zostałoby uwzględnione. Podobnie w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę Tradex, która zgodnie z przypuszczeniem odwołującego nie odpowiada treści

SIWZ. Ponadto odwołujący nie miałby wówczas możliwości podniesienia zarzutów, jak w obecnym odwołaniu, a przez to w postępowaniu rozpatrywane byłyby nadal oferty, która nie odpowiadają treści SIWZ.

Odwołujący wskazuje, że jego oferta została uznana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, co nie pozbawia go jednak możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ wybór zamawiającego nie ma charakteru ostatecznego. Potwierdza to stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w postanowieniu z 20 czerwca 2011 r. (Sygn. Akt KIO 1237/11), w którym stwierdzono, że: „Nie podziela się poglądu, że odwołujący się nie ma interesu w skarżeniu zaniechań zamawiającego, w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Jeśli wybór ten nie miał charakteru ostatecznego, odwołujący powinien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę z korzystniejszą ceną, może skorzystać ze środków zaskarżenia i podnieść skuteczne zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty. Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia”.

UZASADNIENIE

I. W treści decyzji z 08.03.2013 r., odnośnie oferty złożonej przez wykonawcę Tradex, zamawiający wskazał, że: „Ponad to w związku z utajnieniem części dokumentów złożonych wraz z ofertą przez wykonawcę tj.

1) szczegółowego opisu oferowanego rozwiązania wraz ze specyfikacją techniczną części 1 przedmiotu zamówienia;

2) dokumentacji technicznej zawierającej algorytmy wykorzystane w procesie szacowania wydajności i poboru Mozy oferowanego klasta zgodnie z pkt 2.12 lit. k;

3) certyfikatu ISO 9001:2008 wdrożenia i utrzymania Systemu Zarządzania Jakością
– zamawiający, po przeprowadzeniu badania zasadności objęcia klauzulą tajności ww. dokumentów stwierdza, że w odniesieniu do dokumentów wymienionych w punkcie 1 i 2 zachodzi duże prawdopodobieństwo, że mają one charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) i zastrzeżenie w odniesieniu do tych dokumentów jest skuteczne.

Dokument wymieniony w punkcie 3 nie spełnia warunków tajności w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zwrócił się z prośbą do przedstawiciela podmiotu Fujitsu w Warszawie o otrzymanie takiego certyfikatu i taki certyfikat otrzymał wraz z informacją, że ma on charakter jawny.

Z uwagi na powyższe zastrzeżenie w odniesieniu do tego dokumentu nie jest skuteczne”.

Odwołujący wskazuje, że zamawiający nie odtajnił treści oferty złożonej przez wykonawcę Tradex w zakresie, który umożliwiłaby weryfikację treści złożonych przez wykonawcę Tradex dokumentów pod względem zgodności z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ, a tym samym weryfikacji zasadności decyzji zamawiającego. Wobec niezgodności treści oferty złożonej przez wykonawcę Tradex z treścią SIWZ wskazanych przez zamawiającego w decyzji z 08.03.2013 r., istnieje uzasadnione przypuszczenie, że oferta złożona przez wykonawcę Tradex nie spełnia wymagań określonych w treści SIWZ prawdopodobnie w zakresie szerszym niż wskazał to zamawiający.

Zamawiający w przedmiotowej decyzji wskazał, że rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę Tradex składa się z serwerów FUJITSU (Fujitsu Technology Solution) PRIMERGY RX200 S7. Odwołujący stwierdza, że są to standardowe serwery i jakiegokolwiek rozwiązanie zbudowane w oparciu o te serwery nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazuje, że w treści oferty złożonej przez wykonawcę Tradex brak jest potwierdzenia w dokumentacji RX200 S7, że serwer wspiera możliwość instalacji kart GPU, a według wiedzy odwołującego wymagane jest specjalne zasilanie. Odwołujący podnosi, że z opisu wynika, że model RX200 S7 posiada tylko jeden slot PCI 3.0 16x, ale jest on typu low-profile, zatem nie jest możliwa instalacja w nim kart GPU, karty Tesla K20 nie wspierają slotów low-profile. Tym samym nie został spełniony warunek z pkt 2.1.5 lit. e SIWZ mówiący, że dla każdego zainstalowanego CPU (procesor) serwer (węzeł klastra) musi posiadać zainstalowany dokładnie jeden układ GPU (karta graficzna). Ponieważ jest tylko jeden slot PCI-E 16x, nie jest możliwa instalacja dwóch kart na jeden węzeł czyli na 2 CPU (wymóg: jedna karta GPU na jeden CPU). Zdaniem odwołującego, wykonawca Tradex powinien zaoferować więcej serwerów, jednakże wtedy oferta nie spełniałaby wymagania 2CPU+2GPU. Z informacji wskazanych w decyzji zamawiającego wynika, że aby spełnić wymagania specyfikacji, wykonawca Tradex musiałby zaproponować w sumie nie mniej niż 128 serwerów (94+28+6).

Odwołujący wskazuje, że jednocześnie serwery te muszą się zmieścić w nie więcej niż 3 szafach rackowych. Serwery mają głębokość 762 mm czyli do ich montażu musiałyby być zastosowane szafy o wymiarach min. $600 \times 800 =$ [o powierzchni sumarycznej: $3 \times (0,6 \times 0,8) = 1,44 \text{ m}^2$], jednocześnie dodatkowa szafa (wymagane 32U) musi mieć wymiary 600×1000 (ze względu na wymiary obudowy serwerowej IBM Blade) – czyli musi być zastosowana szafa o powierzchni nie mniej niż $0,6 \text{ m}^2$, co daje całkowitą powierzchnię o wielkości: $2,04 \text{ m}^2$ – stąd wniosek, że zastosowanie dodatkowej szafy rack, przekroczy wskazany w postanowieniach SIWZ limit $2,2 \text{ m}^2$). W przypadku zaplanowania zagospodarowania 128 serwerów, jeżeli podzielimy liczbę serwerów 128 na 3 szafy, to otrzymamy – więcej niż 42 serwery na szafę – wg wymagań SIWZ musi być jeszcze wolne miejsce na rozbudowę i musi

być spełniony limit poboru mocy (< 15 kW na każdą szafę o szerokości 60 cm). Dodatkowo należy uwzględnić jeszcze dwa serwery zarządzające i powyżej 10-12 urządzeń (przełączniki typu Ethernet, FC i IB) tj. w sumie 12 lub 14U + 30U jako zapas na przyszłą rozbudowę. W świetle powyższego nie ma możliwości zagospodarowania 128 serwerów i pozostałych komponentów oraz zapewnienia zapasu na rozbudowę w 3 szafach rackowych.

W opinii odwołującego, to prowadzi do stwierdzenia, że oferta złożona przez wykonawcę Tradex nie odpowiada treści SIWZ, a jej nieodrzućenie z tego powodu stanowiłoby naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 października 2012 r. (Sygn. akt KIO 2089/12) „W orzecznictwie przesądzono, że wadliwość czynności zamawiającego w postaci utajnienia dokumentów może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem stwierdzenie powyższego otwiera wykonawcom drogę do weryfikacji dotychczas utajnionych dokumentów, a przez to może doprowadzić do zmiany wyniku postępowania”.

Jednocześnie odwołujący stwierdza, że zamawiający miał wątpliwości, co do zasadności zastrzeżenia treści oferty złożonej przez wykonawcę Tradex i pomimo tego uznał zastrzeżenie za skuteczne, a w rezultacie nie odtajnił tych informacji.

Odwołujący podnosi, że weryfikacja zastrzeżenia treści oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może nastąpić tylko na podstawie oświadczenia wykonawcy, że zastrzega informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, a powinno być uzasadnione przesłankami określonymi w treści przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który to przepis stanowi, że 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.

Odwołujący przywołuje treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 18 stycznia 2013 r. (Sygn. Akt Sygn. akt: KIO 2785/12 KIO 2786/12), w którym stwierdzono, że: „Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze

podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”, (wyrok z 5 marca 2012, KIO 223/12 KIO 248/12).

II. W decyzji z 08.03.2013 r. znajduje się stwierdzenie, że: „Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 2 Pzp odrzucił ofertę wykonawcy Qumak [...], gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ”. Zdaniem odwołującego, oferta złożona przez wykonawcę Qumak powinna zostać odrzucona nie tylko ze względu na wskazane przez zamawiającego niezgodności z SIWZ, ale również ze względu na niezgodności wskazane przez odwołującego. Oferta złożona przez wykonawcę Qumak jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie szerszym niż wynika z porównania treści oferty złożonej przez wykonawcę Qumak z treścią SIWZ, którego to porównania dokonał zamawiający.

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z 29.01.2013 r. oświadczył, że wymaga podania listy oferowanego sprzętu wraz z oznaczeniami w postaci numerów katalogowych, nazw produktów oraz producentów. Na str. 14 oferty złożonej przez wykonawcę Qumak w tabeli określającej specyfikację serwerów wyspy obliczeniowej, w drugim wierszu podano numer katalogowy 90Y6334 o nazwie IBM Rail kit, iDataPlex rack (głębokość szafy 500 mm). W wyjaśnieniu przesłanym do zamawiającego z 28.02.2013 r. – pismo PHP-DHP/15/2013 – wykonawca Qumak pokazał schemat, gdzie 8 serwerów obliczeniowych z tej tabeli instaluje w szafie standardowej 600 x 1000 (głębokość 1000 mm) używając tego samego uchwyty do mocowania w szafie o głębokości 500 mm.

Z uwagi na różną głębokość szaf uchwyt taki będzie za krótki i według wiedzy odwołującego nie da się zainstalować, a tym samym nie będzie możliwa instalacja serwerów. Do instalacji serwerów w szafach IBM o głębokości 1000 mm producent przewidział uchwyt o numerze katalogowym 90Y6335 i nazwie Rail kit Standard rack, który nie został zaproponowany w ofercie złożonej przez wykonawcę Qumak. Tym samym wymaganie dotyczące podania listy oferowanego sprzętu nie zostało w treści oferty złożonej przez wykonawcę Qumak spełnione tym samym jej treść nie odpowiada w tym zakresie treści SIWZ.

Odwołujący przywołuje treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 10 stycznia 2013 r. (Sygn. akt: KIO 2845/12), w którym stwierdzono, że: „Zgodnie z hipotezą normy prawnej uregulowanej w art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że przepis ten wyraża w sobie normę o charakterze bezwzględnie obowiązującym (*ius cogentis*). W treści powyższego przepisu istotne znaczenia ma element jej hipotezy w postaci zwrotu »musi odpowiadać«, co należy odczytywać, że pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ istnieć powinna tożsamość merytoryczno-funkcjonalna odnosząca się do istotnych składników przyszłego zobowiązania, a więc nie tożsamość formalna (słowna, pojęciowa). Przekładając powyższą normę prawną na grunt praktyczny

wskazać należy, że zgodnie z ujętym w jej treści nakazem skierowanym, co istotne, zarówno do podmiotu zamawiającego, jak również do wykonawców, zakres i sposób realizacji świadczenia musi być zgodny z zakresem i sposobem dookreślonym przez zamawiającego w treści SIWZ. Treść oferty nie może również ograniczać się do możliwości stwierdzenia braku sprzeczności z treścią SIWZ, ale również musi być na tyle pojemna aby wykazać jej bezpośrednią zgodność z jej treścią”.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 18.3.2013 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19.03.2013 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa 22.03 .2013 r. złożył: (1) Prezesowi KIO z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 21.03.2013 r. (art. 186 ust. 1 Pzp) i uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw do uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego 28.03.2013 r. (art. 186 ust. 4 Pzp).

Sygn. akt KIO 631/13

Wykonawca TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 18.03.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez błędną ocenę ofert złożonych w postępowaniu przez wszystkich wykonawców i uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów;

- 3) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez błędną ocenę ofert a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego i wybór oferty niezgodnej z treścią SIWZ, zawierającej nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;
- 4) art. 8 ust. 3 Pzp przez ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Odwołującego, pomimo uznania przez Zamawiającego, że zastrzeżenie części jest skuteczne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie ofert, jednocześnie dokonując wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Oferta odwołującego jest zgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Zamawiający dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania przetargowego, z uwagi na fakt, że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ – art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Zamawiający podniósł, że:

- 1) w zaoferowanych przez odwołującego węzłach podstawowej (głównej) wyspy obliczeniowej nie można zastosować dysków zaproponowanych w ofercie oraz brak dokumentacji technicznej, potwierdzającej deklaracje zawarte w wyjaśnieniach odwołującego;
- 2) sumaryczna wydajność wyspy z węzłami graficznymi jest mniejsza niż 32 TFLOPS.

Zarzuty są całkowicie bezzasadne i nie zostały w żaden sposób udowodnione.

Ad 1. Zamawiający w uzasadnieniu powołuje się na dokumentacje standardowe sprzętu oraz ulotki, publikowane na ogólnodostępnych stronach internetowych. Zgodnie z treścią wyjaśnień odwołującego z 22.02 i 27.02.2013 r., zaoferowane rozwiązanie charakteryzuje się niestandardową konfiguracją, zawierającą elementy niedostępne w bieżącej sprzedaży, które zostało przygotowane przez producenta specjalnie na potrzeby tego projektu. Odwołujący w wyjaśnieniach z 27.02.2013 r. potwierdził, że zaoferowany serwer w wymaganej przez

zamawiającego konfiguracji zapewnia poprawną obsługę dysków o parametrach wskazanych w ofercie.

Odwołujący podniósł również, że brak jest technicznych przeszkód współpracy w ramach jednego serwera zaoferowanych procesorów i dysków. Z uwagi na fakt, że zamawiający nie podał źródła wątpliwości zawartych w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień z 22.02.2013 r., odwołujący nie mógł się odnieść w sposób bardziej szczegółowy do tak sformułowanej wątpliwości zamawiającego.

Oferta odwołującego, zgodnie z pkt 2.4 SIWZ, zawiera na str. 31-38 wymagany szczegółowy opis oferowanego sprzętu wraz ze specyfikacją techniczną. Zwracamy uwagę na fakt, że Zamawiający w piśmie z 22.02.2013 r. nie wezwał odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu, a w SIWZ brak jest wymagania dołączenia jakichkolwiek dodatkowych dokumentacji technicznych, potwierdzających treść złożonych wyjaśnień. W związku z tym zarzut jest całkowicie bezzasadny.

Ad 2. Zgodnie z treścią oferty, a w szczególności ze szczegółowym opisem oferowanego sprzętu, zawartym na str. 31-38 oferty (pkt 6.2.a), odwołujący oferuje rozwiązanie wyspy z węzłami graficznymi o sumarycznej wydajności osiąganey z procesorów GPU wynoszącej 32 TFLOPS dla operacji zmiennoprzecinkowych podwójnej precyzji.

Fakt ten został dodatkowo potwierdzony przez odwołującego wyjaśnieniami z 27.02.2013 r. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał zmiany treści oferty odwołującego przez przyjęcie, że sumaryczna moc obliczeniowa wyspy z węzłami graficznymi wynosi 11,7 TFLOPS. Zamawiający w sposób rozmyślny pominął treść oferty, wyjaśnienia odwołującego oraz nie uwzględnił charakterystyki rozwiązania zaoferowanego przez odwołującego. Takie działanie zamawiającego jest niezgodne z oświadczeniem woli odwołującego dostawy rozwiązania o parametrach zgodnych z wymaganiami określonymi w SIWZ, wyrażonym zarówno w ofercie jak i wyjaśnieniach.

W związku z powyższymi faktami, brak jest podstaw do uznania, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, a w konsekwencji nie istnieją obiektywne przesłanki do zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu i uznania, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie ofert wszystkich wykonawców. Zamawiający uznał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo braku podstaw i dowodów na takie twierdzenia, jednocześnie dokonał wyboru oferty, która w sposób jednoznaczny nie spełnia wymagań SIWZ, tj. warunku określonego w pkt 2.1.5.a SIWZ (str. 6), zgodnie z którym zamawiający wymagał, by zaoferowane rozwiązanie

zajmowało powierzchnię nie większą niż 2,2 [m²]. Szafy rack, w których zainstalowane mają być wszystkie urządzenia, zgodnie z odpowiedzią z 22.01.2013 r. na pytanie nr 15 mają być wyposażone w drzwi perforowane. Zarówno wykonawca ATM Systemy Informatyczne S.A., jak i wykonawca Qumak S.A. zaoferowali po dwie szafy iDPX 100U Rack Cabinet (P/N 78251RX) wraz ze ścianami bocznymi (P/N 46M2958), drzwiami perforowanymi przednimi (P/N 46M2956) i drzwiami perforowanymi tylnymi (P/N 46M2957), których wymiary wynoszą 1 235 mm x 844 mm, co daje powierzchnię 1,04 m² każdej z tych szaf (zgodnie z dokumentacją przedstawioną na str. 72 oferty ATM Systemy Informatyczne Sp. z o.o.).

Specyfikacja elementów zaoferowanej szafy iDPX 100U Rack Cabinet jest zawarta na stronie 82, a opis techniczny szafy na stronie 267 oferty wykonawcy ATM Systemy Informatyczne S.A. Wykonawca ATM Systemy Informatyczne S.A. jako trzecią szafę zaoferował IBM S2 42U (P/N 14104RX), wraz ze ścianami bocznymi i drzwiami perforowanymi przednimi i tylnymi, której wymiary wynoszą 605 mm x 1 000 mm, co daje powierzchnię 0,61 m². Natomiast wykonawca Qumak S.A. jako trzecią szafę zaoferował szafę BKT 47U 600/1000/2186, wraz ze ścianami bocznymi i drzwiami perforowanymi przednimi i tylnymi, której wymiary wynoszą 600 mm x 1 000 mm, co daje powierzchnię 0,60 m². W związku z przedstawionymi powyżej faktami, rzeczywiste powierzchnie zajmowane przez rozwiązania zaoferowane przez wykonawców odpowiednio wynoszą:

$$\text{ATM SI S.A.} - 2 \times 1,04 \text{ m}^2 + 0,61 \text{ m}^2 = 2,69 \text{ m}^2$$

$$\text{QUMAK S.A.} - 2 \times 1,04 \text{ m}^2 + 0,60 \text{ m}^2 = 2,68 \text{ m}^2$$

W związku z powyższym, zaoferowane przez tych wykonawców rozwiązania nie spełniają w sposób oczywisty podstawowego warunku nie zajmowania większej powierzchni niż 2,2 [m²] (pkt 2.1.5.a, str. 6 SIWZ). Należy podkreślić, że obaj Wykonawcy podali nieprawdziwe dane dotyczące przedmiotowej zajętości powierzchni, a dane te były jednym z kryteriów oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (zgodnie z pkt 19.4, str. 20 SIWZ).

Obaj ci wykonawcy zaoferowali przełączniki Fibrę Channel IBM System Storage SAN24B-4, P/N 249824E (str. 229 oferty ATM SI S.A.), które to przełączniki nie spełniają wymagań określonych w pkt 2.1.5.i SIWZ (str. 8), tj.:

- 1) posiadają jedynie 24 porty i nie umożliwiają rozbudowy do wymaganych w SIWZ 48 portów,
- 2) posiadają przepustowość wynoszącą zaledwie 192 Gbps zamiast wymaganej przepustowości 284 Gbps.

Ponadto, zaoferowane przez wykonawcę ATM SI S.A. rozwiązanie nie spełnia warunku zwiększenia mocy obliczeniowej klastra o 10 TFLOP (pkt 2.1.2.j SIWZ, str. 3), z uwagi na fakt, że wykonawca zaoferował tylko pięć 36-portowych przełączników Infiniband Mellanox IS5030, P/N 0724011. Uwzględniając wymaganą dwuwarstwową topologię drzewa (pkt

2.1.5.k SIWZ, str. 8) oraz konieczność zwiększenia liczby serwerów (węzłów) obliczeniowych klastra o 29 sztuk, liczba portów w czterech przełącznikach IS5030 jest zbyt mała do podłączenia dodatkowych serwerów (węzłów) zwiększających moc obliczeniową klastra.

W wyniku działania zamawiającego, wyrażonego w „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej” z 08.03. r., doszło do naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp. Zamawiający pomimo uznania, że dokumenty „Szczegółowy opis oferowanego rozwiązania wraz ze specyfikacją techniczną części opisu przedmiotu zamówienia” oraz „Dokumentacja techniczna zawierająca algorytmy (...)” zostały skutecznie zastrzeżone w ofercie, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, dokonał ujawnienia ich treści, przez upublicznienie technicznym aspektów zaoferowanego rozwiązania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 18.03.2013 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19.03.2013 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca ATM 20.03.2013 r. złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 29.03.2013 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z ofertami złożonymi przez Odwołujących się wykonawców oraz ofertą wykonawcy Qumak S. A., jak również korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego oraz protokołem posiedzenia i rozprawy z dnia 02.04.2013 r., po zapoznaniu się z każdym z odwołań, jak również stanowiskiem Zamawiającego i

złożoną przez niego odpowiedzią na każde z odwołań, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż odwołującym przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż w zakresie obu odwołań (sygn. akt KIO 623/13 oraz KIO 631/13) wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołujących będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Obaj odwołujący złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty. Kwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu o sygn. akt KIO 623/13 czynności Zamawiającego zmierzają do rozszerzenia podstaw odrzucenia oferty TRADEX Systems Spółka z o. o. oraz Qumak S. A. w ramach koncentracji środków ochrony prawnej. Odwołujący TRADEX w ramach odwołania o sygn. akt KIO 631/13 podważa czynności Zamawiającego, które doprowadziły do odrzucenia jego oferty oraz podnosi zarzuty wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą (ATM Systemy Informatyczne S. A.).

Tym samym Izba stwierdziła, iż odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy ATM Systemy Informatyczne S. A. (KIO 623/12) skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca TRADEX Systems Spółka z o.o.

W ramach tego odwołania Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu, zaś wykonawca TRADEX Systems Spółka z o.o. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów.

Izba ustaliła ponadto, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy TRADEX Systems Spółka z o.o. (KIO 631/13) skutecznie przystąpił po stronie

Zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca ATM Systemy Informatyczne S. A.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba włączyła do akt postępowania protokół z posiedzenia i rozprawy z dnia 02.04.2013 r. ze względu na podtrzymanie przez strony oraz uczestników postępowań odwoławczych swoich stanowisk oraz wniosków dowodowych.

Izba dopuściła również zawnioskowane przez Odwołujących się wykonawców w treści odwołań dokumenty z akt postępowania przetargowego oraz zawnioskowane przez Strony oraz uczestników postępowania odwoławczego dowody z dokumentów. W odniesieniu do dowodów przedłożonych w języku angielskim Izba uwzględniła tłumaczenia tych dokumentów dołączone wraz z dowodami, zarówno w postaci oddzielnych dokumentów, jak również dokonanych w postaci notatek oraz przedstawionych do protokołu przez Zamawiającego i w pismach procesowych. W odniesieniu do przedłożonych przez wykonawcę Tradex Systems Spółka z o.o. dwóch ekspertyz wykonanych przez Stowarzyszenie Elektryków Polskich Izba uznała je za stanowisko własne ww. wykonawcy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołanie o sygn. akt KIO 623/13 podlega oddaleniu, zaś odwołanie o sygn. akt KIO 631/13 zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w zakresie obu odwołań.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż przedmiotem niniejszego postępowania jest dostawa i instalacja systemu wirtualnej rzeczywistości w postaci:

- część 1 – dostawa i instalacja klastra o dużej mocy obliczeniowej;
- część 2 – dostawa i instalacja serwera do obliczeń wysokiej precyzji.

Wniesione odwołania odnoszą się do ofert składanych w ramach części 1 zamówienia.

W Rozdziale 2 SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający w pkt 2.1. wskazał, iż w zakresie części 1 przedmiotem zamówienia jest dostawa i instalacja klastra obliczeniowego dużej mocy pozwalającego na wykonanie złożonych obliczeń numerycznych dla skomplikowanych układów molekularnych i nadstruktur oraz

wyprodukowanie danych pozwalających na wizualizację badanych układów wykorzystując technologię 3D.

W pkt 2.1.2. SIWZ „wymagania ogólne” Zamawiający wskazał m.in., że:

b) w przypadku oferowanego rozwiązania zawierającego komponenty pochodzące od różnych producentów, Zamawiający żąda od wykonawcy dołączenia do przedstawionej oferty certyfikatów dotyczących zastosowanych elementów stwierdzające, że elementy te zachowują pełną funkcjonalność przy współpracy z komponentami zastosowanymi w rozwiązaniu.

j) oferowane rozwiązanie musi uwzględniać możliwość zwiększenia mocy obliczeniowej kalstra o 10 TFlop dla operacji zmiennoprzecinkowych o podwójnej precyzji w oparciu o oferowane układy dla niniejszego zamówienia na klaster obliczeniowy.

k) Zamawiający wymaga podania algorytmów wykorzystanych w procesie szacowania wydajności i poboru mocy oferowanego kalstra oraz dostarczenia wraz z ofertą dokumentacji technicznej zawierającą ich szczegółowy opis.

W pkt 2.1.5. (wymagania szczegółowe) lit. a) SIWZ Zamawiający wskazał m.in., że Instalacja wszystkich oferowanych urządzeń rozwiązania musi zajmować powierzchnię nie większą niż 2,2 [m²].

W pkt 2.1.5. lit. b) SIWZ Zamawiający wskazał, iż wymaga aby dostarczone rozwiązanie składało się z trzech wysp funkcjonalnych: podstawowej wyspy obliczeniowej (minimalna sumaryczna wydajność osiągnana z CPU – 27,6 TFLOPS dla obliczeń zmiennoprzecinkowych o podwójnej precyzji), wyspy z węzłami graficznymi (minimalna sumaryczna wydajność osiągnana z GPU – 32 TFLOPS dla operacji zmiennoprzecinkowych podwójnej precyzji), wyspy ze zwiększoną ilością pamięci operacyjnej (minimalna sumaryczna pojemność pamięci operacyjnej to 3TB), oraz węzłów specjalnego przeznaczenia.

W pkt 2.1.5. lit. d) wskazał m.in., iż obrotowy dysk HDD 2,5” o pojemności minimum 1TB lub bezobrotowy dysk SSD o pojemności minimum 20 GB. W lit. e) wskazał, iż każdy węzeł wchodzących w skład wyspy graficznej musi spełnić następujące wymagania minimalne:

- dla każdego zainstalowanego CPU musi posiadać zainstalowany dokładnie jeden układ GPU o wydajności: (i) minimum 3,4 TFLOPS dla obliczeń zmiennoprzecinkowych o pojedynczej precyzji oraz (ii) minimum 1,1TFLOPS dla obliczeń zmiennoprzecinkowych o podwójnej precyzji. W lit. i) zostało wskazane, że każdy przełącznik musi umożliwiać osiągnięcie przepustowości min. 284 Gbps, zaś w lit. j) zostało wskazane w odniesieniu do przełączników LAN, że pobór mocy przełącznika nie może przekroczyć 135W.

W pkt 2.4. SIWZ Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, Wykonawca załączy szczegółowy opis oferowanego sprzętu i załączy specyfikację techniczną. Zamawiający dopuszcza złożenie specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu w języku angielskim.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający wraz z pismem z dnia 29.01.2013 r. zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców w odpowiedzi na pytanie nr 1 „Czy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez SIWZ (punkt 2.4 str. 11), Zamawiający wymaga podania listy oferowanego sprzętu i oprogramowania wraz z oznaczeniami w postaci nr katalogowych, nazw produktów oraz producentów?” wskazał, że „Zamawiający wymaga podania listy wszystkich oferowanych produktów (zarówno hardwareowych jak i programowania) zawierającej dane dotyczące nazw produktów, ich numerów katalogowych, oraz nazw producentów”.

W pkt 12.2.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że dodatkowo do oferty należy załączyć szczegółowy opis oferowanego sprzętu oraz specyfikację techniczną. Zamawiający dopuszcza złożenie specyfikacji technicznej w języku angielskim. W pkt 12.2.6 SIWZ wskazał, iż należy dołączyć oświadczenia dotyczące pochodzenia i kanału sprzedaży przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt 2.1.2. ppkt 2 oraz pkt 2.2.1. ppkt a. W pkt 12.2.7. w odniesieniu do części 1 wskazał, że należy złożyć certyfikaty (w przypadku oferowanego rozwiązania zawierającego komponenty pochodzące od różnych producentów) dotyczące zastosowanych w przedmiocie zamówienia elementów stwierdzające, że elementy te zachowają pełną funkcjonalność przy współpracy z komponentami zastosowanymi w rozwiązaniu, oraz oświadczenie, że Wykonawca udziela pełnej gwarancji na jego funkcjonowanie w zastosowanym rozwiązaniu. W pkt 12.2.9 SIWZ wskazał, że należy dołączyć dokumentację zawierającą algorytmy wykorzystane w procesie szacowania wydajności i poboru mocy oferowanego klastra zgodnie z pkt 2.1.2. lit. k).

Kryteria oceny ofert - w zakresie części 1 Zamawiający określił następujące kryteria (Rozdział 19 SIWZ):

- a) cena oferty brutto – 35%;
- b) wydajność obliczeniowa – 40%;
- c) pobór mocy elektrycznej – 10%;
- d) zajętość powierzchni w serwerowni – 10%;
- e) gwarancja – 5%.

W odniesieniu do kryterium d) – zajętość powierzchni w serwerowni Zamawiający na str. 21 określił następujące wymagania: kryterium opisuje zajętość miejsca w serwerowni przez oferowane rozwiązanie. Wykonawca zobowiązany jest podać wartość rzeczywistą (z dokładnością do jednego miejsca po przecinku) wyrażona w metrach kwadratowych, będąca sumą powierzchni zajmowanej przez wszystkie urządzenia oferty na podłodze serwerowni (liczone bez przestrzeni serwisowej). Instalacja wszystkich oferowanych urządzeń rozwiązania musi zajmować powierzchnię nie większą niż 2,2 [m²]. Wysokość szaf musi umożliwiać wstawienie przez standardowe otwory drzwiowe i nie może przekraczać 2,2 m. Oferent musi uwzględnić w oferowanych szafach rack minimum 32 U niezbędnych do instalacji posiadanych przez Zamawiającego urządzeń oraz urządzenia oferowanego w części 2 zamówienia. Oferent musi uwzględnić w oferowanym rozwiązaniu miejsce na serwery i Inn urządzenia pozwalające na rozszerzenie mocy obliczeniowej klastra o 10 TFLOPS dla operacji zmiennoprzecinkowych o podwójnej precyzji.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania w odniesieniu do części 1 (dostawa i instalacja klastra o dużej mocy obliczeniowej) zostały złożone następujące oferty:

1. Qumak S. A. – cena 5.136.035,97 zł;
2. ATM Systemy Informatyczne S. A. – cena 4.904.625,00 zł;
3. Tradex Systems Spółka z o.o. – cena 4.986.972,27 zł.

Zamawiający pismem z dnia 22.02.2013 r. wezwał wykonawcę Tradex Systems Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie możliwości współpracy procesorów Intel Xenon E-5 2690 8C 2,90GHz oraz dysku obrotowego 2,5" o pojemności 1TB, w które wyposażone są serwery Fujitsu Technology Solutions Primergy RX200 S7. Zwrócił się również o wyjaśnienie niespójności w wyliczeniu wartości pamięci operacyjnej dla ww. serwera w ramach wyspy ze zwiększona ilością pamięci operacyjnej. Wniósł również o wyjaśnienie rozbieżności odnoszących się do wydajności wyspy z węzłami graficznymi.

W odpowiedzi na powyższe pytania wykonawca Tradex Systems Spółka z o.o. wskazał w piśmie z dnia 27.02.2013 r., że zaoferował on niestandardowe rozwiązanie o nietypowej konfiguracji składające się z urządzeń niedostępnych w bieżącej sprzedaży. Wskazał, iż nie ma technicznych przeszkód pracy poszczególnych urządzeń. Potwierdził, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, jest spójna i pozbawiona wad odsyłając do stron internetowych producentów poszczególnych komponentów. Wskazał, iż wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 21.02.2013 r. wezwał wykonawcę Tradex Systems Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień uzasadniających zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa dołączonych wraz z oferta certyfikatów, algorytmów pozwalających wyliczyć

sumaryczna wartość mocy dla urządzeń oraz specyfikacji opisowej zastosowanego rozwiązania technicznego.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Tradex Systems Spółka z o.o. wskazał, że zastrzeżone dokumenty mieszczą się w definicji uregulowanej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji obejmujący szczegółowy opis zaofiarowanego rozwiązania, które jest rozwiązaniem niestandardowym i zawierającym elementy niedostępne w bieżącej sprzedaży, które zostało przygotowane przez producenta specjalnie na potrzeby niniejszego projektu. Wskazał na potwierdzenie swojej argumentacji na orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający pismem dnia 08.03.2013 r. zatytułowanym „zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” poinformował wykonawców, iż za najkorzystniejszą w zakresie części 1 została uznana oferta złożona przez wykonawcę ATM Systemy Informatyczne S. A. Wskazał ponadto, iż oferta wykonawcy Tradex Systems Spółka z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jak również, że wykonawca ten został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający poinformował również wykonawców, iż odrzucił ofertę wykonawcy Qumak S. A. ze względu na fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Na powyższe czynności Odwołujący się wykonawcy wnieśli środki ochrony prawnej.

Odnosząc się do formułowanych na etapie rozprawy przez Odwołującego ATM Systemy Informatyczne S. A. wniosków dotyczących kolejności rozpoznawania odwołań Izba wskazuje, iż celem łącznego rozpoznania odwołań jest umożliwienie oceny podniesionych w danym postępowaniu zarzutów w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, wzajemnej relacji tychże zarzutów oraz zasadności i zakresu sformułowanych przez odwołujących się wykonawców żądań. Dopiero całościowa analiza wszystkich zarzutów podniesionych na danym etapie postępowania przetargowego w ramach środków ochrony prawnej umożliwia poprawną ocenę zasadności poszczególnych zarzutów. Kolejność wpływu odwołań nie może przesądzać o ich uwzględnieniu.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 623/13 Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w związku z przepisem art. 86 ust. 4 ustawy Pzp Izba uznała, iż powyższych zarzut zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż znajdująca się w ofercie wykonawcy Tradex Systems Spółka z o.o. tabela dotycząca algorytmów wykorzystanych w procesie szacowania nie zawiera żadnych informacji mogących zostać uznany za informacje o znaczeniu technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub posiadających wartość gospodarczą, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zawiera ona ilość zaoferowanych urządzeń, nazwy urządzeń znanych pozostałym wykonawcom (serwer Fujitsu Primergy RX200 S7 oraz kart GPU NVIDIA Tesla K20) oraz ich jednostkową oraz sumaryczną moc. Tym samym respektowanie przez Zamawiającego zastrzeżenia tego dokumentu narusza art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do dokumentu zatytułowanego „Szczegółowy opis oferowanego rozwiązania wraz ze specyfikacją techniczną części 1 przedmiotu zamówienia” Izba wskazuje, iż choć oferta Odwołującego posiada pewne braki, dokument ten zawiera informacje o charakterze technicznym – które spełniają warunki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konfiguracja urządzeń i konfiguracja rozwiązania może obejmować unikatowe zestawienie urządzeń, oprogramowania i tym samym dawać wykonawcy przewagę rynkową – zarówno ekonomiczną nad konkurencją, jak również organizacyjną. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż uznanie przez Zamawiającego, że dokument ten może zawierać informacje prawem chronione było uzasadnione i w tym zakresie nie doszło do naruszenia wskazanego przez Odwołującego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

II. W zakresie zarzutów technicznych odnoszących się do oferty wykonawcy Tradex Systems Spółka z o.o. wskazać należy, iż zarzuty te oparte zostały na szeregu powiązanych ze sobą domniemań i technicznych założeń będących ze sobą w swoistej koincydencji. Założenia te wzajemnie się dopełniają, poszczególne z nich są wynikiem wcześniejszych założeń lub istnieją niezależnie od nich. Taka multiplikacja zarzutów technicznych nie znajduje jednak odzwierciedlenia w treści oferty wykonawcy Tradex Systems Spółka z o.o., gdyż jak zostało wskazane w ramach odwołania o sygn. akt KIO 631/12, oferta ta nie pozwala na pełną identyfikację zaoferowanych urządzeń. Choć w jej treści Przystępujący Tradex Systems Spółka z o.o. posługuje się nazwami urządzeń występujących w dostępnych kanałach dystrybucji wskazał jednocześnie, iż zaoferowane urządzenia nie są urządzeniami standardowymi, gdyż całe rozwiązanie oparte jest na podzespołach dedykowanych dla niniejszego postępowania, a zatem rozwiązanie to ma charakter niestandardowy. Podniósł zatem, że urządzenia te nie są dostępne w bieżącej sprzedaży. Oświadczenie to, złożone w pismach kierowanych do Zamawiającego oraz na etapie rozprawy, ma zasadnicze znaczenie dla oceny podniesionych przez ATM Systemy Informatyczne S. A. zarzutów, gdyż przy ich

formułowaniu ten ostatni wykonawca posługuje się dostępną w sieci Internet dokumentacją techniczną.

Biorąc pod uwagę powyższe za bezprzedmiotowe należy uznać wskazywanie przez Odwołującego na potwierdzenie swoich twierdzeń dowodów z powszechnie dostępnej w Internecie dokumentacji technicznej. Oferta Przystępującego Tradex Systems Spółka z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ nie ze względu na zaoferowanie urządzeń niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego, czy też ze względu na nieprawidłowa ich konfigurację, lecz ze względu na brak dookreślenia zaoferowanego rozwiązania.

Jeżeli chodzi o zarzuty wobec oferty Qumak S. A. wskazać należy, iż Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów opierając się jedynie na samych twierdzeniach. W zasadzie w toku rozprawy nie popierał powyższych zarzutów i nie przedstawił żadnych, poza ujętymi w treści odwołania, okoliczności na ich potwierdzenie. Zarzut ten odnosi się do długości uchwytu przeznaczonego do montowania w szafach o głębokości 1000 mm serwerów i wskazuje, iż wykonawca ten do montażu zamierza użyć uchwytu o długości 500 mm, który uniemożliwia taki montaż. Izba wskazuje, iż gdyby nawet doszło do potwierdzenia się tej niezgodności ze względu na jej zakres Zamawiający byłby zobligowany do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż zakres tej niezgodności powodowałby, iż zostałyby wypełniona hipoteza normy prawnej uregulowanej w powyższym przepisie.

Izba wskazuje, iż nawet potwierdzenie się podniesionych przez Odwołującego ATM Systemy Informatyczne S. A. zarzutów wobec oferty Tradex Systems Spółka z o.o. oraz Qumak S. A. nie skutkowałoby uwzględnieniem odwołania ze względu na treść przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Takiego skutku, w ramach niniejszego stanu faktycznego, nie odnosi również częściowe uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ujawnienie dokumentu z oferty Tradex Systems Spółka z o.o. zawierającego algorytmy obliczeniowe mocy nie może prowadzić do pogorszenia jego sytuacji w postępowaniu, gdyż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż oferty wykonawców Qumak S.A. oraz Tradex Systems Spółka z o.o. zostały skutecznie odrzucone przez Zamawiającego, zaś w ramach odwołania o sygn. akt KIO 631/13 czynność odrzucenia

oferty Tradex Systems Spółka z o.o. nie została skutecznie zakwestionowana przez tego ostatniego wykonawcę.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 623/13 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 2.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 631/13 Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba wskazuje, iż na skutek wycofania przez Odwołującego zarzutów wobec oferty Qumak S. A. nie stanowią one przedmiotu rozpoznania.

Izba uznała, iż odwołanie o sygn. akt KIO 631/13 zasługuje na uwzględnienie.

I. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na skutek odrzucenia oferty Odwołującego Izba wskazuje, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, iż oferta złożona przez Odwołującego obarczona jest wadą, która nie można zostać konwalidowana w dopuszczalnej w ustawie procedurze.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podziela w całości pogląd wyrażony w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 08.04.2013 r. w którym wskazano, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie rozszerzył zakres zarzutów wobec oferty Odwołującego poza okoliczności wskazane w piśmie z dnia 08.03.2013 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). Zamawiający nie może w toku postępowania odwoławczego formułować nowych zarzutów wobec oferty, których nie zasygnalizował i nie podniósł w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględnienie takich okoliczności przez Izbę (tj. innych wad danej oferty), nawet tylko w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, byłoby niedopuszczalne i odbierałoby wykonawcy prawo ich zaskarżenia w drodze środków

ochrony prawnej. Wskazać należy, iż przedmiotem oceny w ramach postępowania odwoławczego są czynności podmiotu zamawiającego przedsięwzięte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To te czynności i stanowiące ich podstawę okoliczności prawne oraz faktyczne podlegają ocenie w ramach postępowania odwoławczego.

W drugiej kolejności Izba wskazuje, iż Zamawiający w ramach oceny oferty Odwołującego pominął, istotną z punktu widzenia oceny jej treści okoliczność, iż w SIWZ zawarte są wymagania odnoszące się do konieczności złożenia wraz z ofertą m. in. specyfikacji technicznej (pkt 2.4. SIWZ). Dodatkowo powyższy wymóg został doprecyzowany w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców w piśmie z dnia 29.01.2013 r. (odpowiedź nr 1). Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający dokonał jedynie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Okoliczność, iż Odwołujący nie oferuje własnych produktów i że oferuje produkty różnych producentów (Fujitsu Technology Solutions, NVIDIA oraz Apra-Optinet) również została przez Zamawiającego na etapie oceny oferty pominięta – w kontekście wymogu wynikającego z pkt 2.1.2. litera b) SIWZ. Tym samym Zamawiający dokonał oceny oferty złożonej przez Odwołującego w oparciu o ogólnie dostępną na stronach internetowych dokumentację techniczną. Pominął również zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego okoliczności, że zaoferowane rozwiązanie ma charakter niestandardowy i nie jest dostępne w bieżącej sprzedaży. Wskazać należy, iż ocenie winna podlegać oferta wykonawcy, o ile nie posiada ona braków. Jeżeli takowe braki posiada i są one usuwalne (art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) winny zostać uzupełnione na wezwanie podmiotu zamawiającego.

Izba wskazuje, iż oferta Odwołującego zawiera szereg braków w postaci dokumentów przedkładanych na potwierdzenie, że zaoferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego oraz składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W niniejszych okolicznościach faktycznych nie sposób przyjąć, iż badanie oceny zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie oferowanego przedmiotu dostawy można ograniczyć do oświadczeń własnych wykonawcy. Nie jest on producentem oferowanego sprzętu i nie jest umocowany do składania oświadczeń w imieniu jego tych podmiotów – w szczególności, gdy przedmiotem są produkty nie znajdujące się w obrocie.

Należy wskazać, iż rolą Krajowej Izby Odwoławczej nie jest zastępowanie podmiotu zamawiającego w czynnościach oceny i badania ofert oraz niejako wyręczenie zamawiającego w prowadzeniu postępowania.

Zgodzić się należy również w części z Zamawiającym, co podniósł w toku rozprawy w dniu 10.04.2013 r., iż oferta Odwołującego jest lakoniczna i pozbawiona danych opisowych. Oferta ta nie precyzuje wszystkich urządzeń, które pozwalałyby na dokonanie weryfikacji jej zgodności z treścią SIWZ. Jej treść pozwala na identyfikację tylko kilku produktów (serwery

Fujitsu Primergy RX200 S7, karty graficzne NVIDIA Tesla K20, szafy rack produkcji Apra-Optonet oraz pewne typy przełączników). Ponadto z wyjaśnień samego Odwołującego wynika, iż nie są to produkty standardowe i powszechnie dostępne, lecz produkty specjalnie, a zatem ich parametry i konfiguracja została dokonana na potrzeby niniejszego projektu.

Nie jest prawdą, jak twierdzi Odwołujący na str. 3 odwołania, iż w SIWZ brak jest wymagania dołączenia jakichkolwiek dodatkowych dokumentów technicznych. Takie wymagania zawiera pkt 2.4. SIWZ oraz odpowiedź na pytanie nr 1 zawarte w piśmie z dnia 29.01.2013 r., które wskazują na konieczność dołączenia takich dokumentów. Ponadto SIWZ wymaga dołączenia dodatkowych certyfikatów – jeżeli rozwiązanie jest konfigurowane z urządzeń różnych producentów (pkt 2.1.2. lit. b SIWZ). A tak jest w przypadku oferty Odwołującego, gdyż serwery Fujitsu współpracują z kartami produkcji NVIDIA. Zamawiający bowiem, wskazując jakie dokumenty mają złożyć wykonawcy, nie poprzestał na samych oświadczeniach wykonawców, lecz żądał sprecyzowania i skonkretyzowania przedmiotu świadczenia w określony sposób.

Wskazać należy, iż w tak ustalonym stanie faktycznym zachodzi trudność z oceną oferty złożonej przez Odwołującego. Nie jest możliwe posłużenie się przy takiej ocenie powszechnie dostępnymi dokumentami ze stron internetowych. Mając na uwadze postanowienia SIWZ nie sposób również oprzeć się przy dokonywaniu tego rodzaju oceny na samym oświadczeniu Odwołującego. Brak skonkretyzowania oferty powoduje, iż nie sposób dokonać weryfikacji zadeklarowanych przez Odwołującego w ofercie parametrów (sumaryczna wydajność wyspy z węzłami graficznymi – 32 TFLOPS) oraz możliwości współpracy określonych urządzeń (dyski twarde 1TB). Wynika to z faktu, iż wskazane z nazwy przez Odwołującego urządzenia w konfiguracji dostępnej na rynku nie umożliwiają spełnienia wymagań określonych w treści SIWZ.

Należy wskazać, iż tak jak zostało to podniesione na wstępie, częstą praktyką wykonawców w odniesieniu do rozwiązań informatycznych jest indywidualna konfiguracja sprzętowa oraz programistyczna na potrzeby konkretnego projektu. Negowanie tego faktu przez Zamawiającego i samodzielne przyjęcie, że rozwiązanie jest oparte o powszechnie dostępne komponenty należy uznać za nieuprawnione. Powyższe jednak niesie ze sobą dla wykonawców pewnego rodzaju konsekwencje. Jeżeli bowiem przyjmiemy, iż zaoferowane rozwiązanie nie jest standardowym i jego producentem nie jest sam wykonawca to winien on, przy takim brzmieniu SIWZ, wraz z ofertą przedstawić w sposób szczegółowy wszystkie oferowane komponenty wraz z ich szczegółowymi parametrami technicznymi w postaci dokumentacji samego producenta. Odwołujący tego nie uczynił i dopiero na etapie postępowania odwoławczego czynił starania doprecyzowania treści oferty wskazując określone urządzenia (dyski twarde) i ich konfigurację sprzętową. Odwołujący dopiero na etapie wyjaśnień treści oferty i na etapie postępowania odwoławczego podniósł, iż

oferowane urządzenia nie są urządzeniami z oferty katalogowej, lecz wytworzonymi na potrzeby niniejszego zamówienia – choć ich oznaczenie nie różni się w żaden sposób od oznaczeń katalogowych. Dodatkowo na etapie postępowania odwoławczego doprecyzowywał jej treść wskazując na typ, model i producenta dysku twardego 1TB.

Jak słusznie wskazał w toku rozprawy Zamawiający Odwołujący nigdzie nie podał w ofercie jaki dysk będzie stosował i dopiero na etapie odwołania precyzuje nazwy urządzeń przedkładając katalogi serwera Fujitsu Primergy RX200 S7 i wskazując określony model dysku twardego. W ocenie Izby to właśnie ta okoliczność powoduje, iż oświadczenie woli złożone przez Odwołującego w ofercie obarczone jest wadą, co skutkować winno odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, w zakresie przedmiotu dostawy, nie została w pełni skonkretyzowana i jest ona oświadczeniem blankietowym. Już chociażby w odniesieniu do wskazanego wyżej dysku zawiera ona informacje, iż spełnia on literalnie wymagania zamawiającego, na co sam Odwołujący zwracał uwagę w toku rozprawy oraz w pismach procesowych, jednakże w żadnym miejscu oferty nie zostały zawarte informacje odnośnie typu tego dysku, numeru katalogowego oraz nazwy producenta. Doprecyzowanie tych elementów po terminie składania ofert stanowiłoby nieuprawnione uzupełnienie treści oświadczenia woli w zakresie oferowanego przedmiotu dostawy.

To że Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z tej przyczyny nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego zarzutu, gdyż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na tej samej podstawie prawnej. Ewentualne uwzględnienie przedmiotowego odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty Tradex Systems Spółka z o.o. i nakazanie powtórnego badania i oceny tej oferty doprowadziłoby do jej odrzucenia w oparciu o wskazany wyżej przepis. Tym samym prawidłowości czynności badania i oceny ww. oferty nie może doprowadzić do zmiany sytuacji prawnej i faktycznej Odwołującego.

II. Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, iż ze względu na zawarte w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłączenie Zamawiający mógł odstąpić od wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

III. W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na ujawnienie informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa Izba

wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Należy wskazać, iż jedną z naczelnych zasad uregulowanych w ustawie Pzp jest zasada jawności. Powyższe wskazuje, iż brak respektowania przez Zamawiającego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może naruszać przepisów ustawy Pzp. Przepisy prawa z powyższą okolicznością wiążą odpowiedzialność karną (art. 23 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) oraz cywilną odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych. Powyższe kwestię pozostają jednak poza kognicją Izby. Wskazać również należy, iż przy tak sformułowanym przez Odwołującego zarzucie jego ewentualne uwzględnienie nie byłoby wykonalne, gdyż brak jest możliwości nakazania Zamawiającemu konwalidacji czynności – gdyby okazała się ona wadliwa.

IV. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ATM Systemy Informatyczne S. A. Izba wskazuje, iż zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Izba, traktując jako stanowisko własne Odwołującego, podzieliła wyrażony w ekspertyzie wykonanej przez Stowarzyszenie Elektryków Polskich pogląd, iż „Zajętość powierzchni dla szafy Rack 19” jest wyliczana jako powierzchnia rzutu pionowego zewnętrznego obrysu szafy (zawierającego wszystkie jej elementy, tj. drzwi i ściany boczne, podstawę) na podłogę pomieszczenia”. Nie sposób bowiem, w ocenie Izby, pominąć w rzucie obrysu szafy na powierzchnię elementów w postaci drzwi oraz ścian bocznych jeżeli ich grubość zwiększa faktycznie powierzchnię zajmowaną przez szafę. Nie sposób również pominąć sposobu liczenia tej wartości określonego na potrzeby kryteriów oceny ofert (Rozdział 19 SIWZ pkt 19.4 lit. d – str. 21-22). W punkcie tym lit. d) zostało wskazane, iż wykonawca zobowiązany jest podać wartość rzeczywistą (z dokładnością do jednego miejsca po przecinku) wyrażoną w metrach kwadratowych, będącej sumą powierzchni zajmowanej przez wszystkie urządzenia oferty na podłodze serwerowni (liczone bez przestrzeni serwisowej). W ocenie Izby powyższa definicja, choć dedykowana dla wyliczenia tej wartości na potrzeby kryterium oceny ofert, może mieć zastosowanie również do określenia spełnienia warunku granicznego, gdyż dotyczy tego samego aspektu. Zakładając racjonalność Zamawiającego w formułowaniu postanowień SIWZ definicji tej nie sposób pominąć w ocenie spełnienia tego parametru przez oferowane rozwiązanie. W tej definicji jest mowa o „wartości rzeczywistej” – a więc wartości odnoszącej się do rzutu na podłogę obrysu pionowego szafy. Posługuje się ona również pojęciem „powierzchni zajmowanej”, a więc wyłączonej do zagospodarowania na skutek instalacji urządzeń będących przedmiotem niniejszego postępowania.

Wyliczona przez Odwołującego sumaryczna powierzchnia zajmowana przez zaoferowane przez wykonawcę ATM Systemy Informatyczne S. A. wynosi 2,69 m², przy dopuszczalnej wartości wynoszącej 2,2 m². Takie szczegółowe wyliczenia, w oparciu o dane techniczne z dokumentacji IBM, zostały przedstawione również w przedłożonej przez Odwołującego ekspertyzie Stowarzyszenie Elektryków Polskich – które Izba uznała za stanowisko własne Odwołującego. Wymiary poszczególnych szaf zostały wykazane przez Odwołującego w oparciu o dowody nr III, IV oraz V przedłożone na rozprawie w dniu 02.04.2013 r. Izba nie kwestionuje poprawności powyższych obliczeń.

Także Przystępujący nie negował tego wyliczenia wskazując jedynie, iż do jego przeprowadzenia nie należy wliczać grubości ścian bocznych oraz drzwi. Wskazał ponadto, iż te elementy nie zajmują powierzchni na podłodze, gdyż są one ruchome i stanowią tzw. przestrzeń serwisową. Analogiczne stanowisko prezentował również Zamawiający. W ocenie Izby z powyższym twierdzeniem nie sposób się zgodzić. Pod pojęciem przestrzeni serwisowej szafy rack należy rozumieć przestrzeń konieczną do dokonania czynności serwisowych urządzeń znajdujących się w szafie, w tym umożliwiającą ich wymianę (wyjęcie, włożenie) oraz podłączenie okablowania komunikacyjnego i zasilania – a więc przestrzeni po takim otwarciu drzwi aby możliwe było wkładanie i wyjmowanie poszczególnych komponentów z jej wnętrza. Powyższe wynika również z dowodu przedstawionego przez Przystępującego w postaci specyfikacji technicznej i rysunków szaf typu rack produkcji IBM.

Powyższego nie zmienia również przedłożone przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 02.04.2013 r. oświadczenie IBM Polska Spółka z o.o. z dnia 28.03.2013 r. (załącznik nr 6), gdyż zawiera jedynie informację, że ściany boczne, perforowane drzwi przednie tylne należą do „przestrzeni serwisowej”, co nie zasługuje na aprobatę w podanych wyżej powodów i stanowi tylko interpretację pewnego pojęcia dokonaną przez producenta. Dowód winien wskazywać na okoliczności faktyczne konieczne do rozstrzygnięcia spornych kwestii, a nie zawierać opinie osób trzecich – jeżeli osoby te nie mają statusu biegłego.

Izba wskazuje, iż rozważenia wymaga, w kontekście przekroczenia dopuszczalnej w treści SIWZ powierzchni zajmowanej przez szafy, wskazany przez Przystępującego ATM Systemy Informatyczne Spółka z o.o. sposób rozlokowania szaf (dowód dołączony wraz z pismem z dnia 09.04.2013 r. – str. 8 IBM DataPlex Rack Type 7197). Przy takim rozlokowaniu szaf (w jednym szeregu – stykających się bokami) istnieje możliwość, tak jak zostało wskazane na rysunku, zrezygnowania ze ścianek bocznych. Biorąc po uwagę powyższe powierzchnia ta ulegnie zmniejszeniu o 3 szt. ścianek bocznych dla szaf o wymiarach w rzucie poziomym 1235 x 844 mm oraz 1 ścianki bocznej dla mniejszej szafy o wymiarach 1000 x 605 mm. Jak wynika z dowodu przedłożonego przez Przystępującego każda z tych ścianek posiada grubość 17,5 mm. Rezygnacja z tych ścianek pozwala na korektę *in minus* powierzchni wyliczonej przez Odwołującego o 0,0525 m², co nadal

powoduje, iż przekroczona zostanie wartość graniczna wynosząca $2,2 \text{ m}^2$ ($2,69 \text{ m}^2 - 0,052 \text{ m}^2 = 2,638 \text{ m}^2$).

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, iż powyższy zarzut potwierdził się.

V. Izba wskazuje ponadto, iż nie zasługuje na uwzględnienie podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na skutek wyboru oferty zawierającej nieprawdziwe informacje. Rozbieżności w wyliczeniu powierzchni zajmowanej przez szafy przez Przystępującego i Odwołującego są wynikiem odmiennej interpretacji pewnych pojęć i jako takie nie mogą stanowić o uznaniu, iż doszło do przedstawienia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi wówczas, gdy przedstawione informacje są niezgodne z faktami, których ustalenie nie wymaga jakichkolwiek zabiegów interpretacyjnych. Jeżeli bowiem źródłem odmiennego podania tych wartości jest odmienna wykładnia postanowień SIWZ lub inne rozumienie pewnych pojęć technicznych nie oznacza to, iż takie działanie wpisuje się automatycznie w hipotezę normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

VI. W zakresie zarzutu odnoszącego się do przepustowości przełączników Fibre Channel IBM System Storage wskazać należy, iż na odparcie powyższego zarzutu Przystępujący powołał się w piśmie z dnia 09.04.2013 r. dowody dołączone wraz z pismem z dnia 02.04.2013 r. (załącznik nr 6 oraz nr 4). Takie informacje zostały zawarte również w dowodzie oznaczonym literą C – przedłożonym przez Zamawiającego (IBM System Storage SAN24B-4 Express), gdzie na stronie oznaczonej nr 35 Zamawiający odręcznie dopisał zwrot „przepustowość” dla którego określona jest wartość 384Bbps. Dowody te potwierdzają, iż kwestionowany przez Odwołującego przełącznik IBM dysponuje wymaganą przez Zamawiającego przepustowością. Izba w tym zakresie nie uwzględniła złożonego przez Odwołującego dowodu nr VIII oraz IX (złożonego na rozprawie w dniu 02.04.2013 r.). Izba wskazuje, iż powyższe dane odnoszą się do produktów Brocade i trudno jest założyć, iż nawet bazujący na tym produkcie przełącznik IBM, posiada identyczne parametry techniczne. Nie jest bowiem wykluczone, iż odmienną charakterystykę poszczególnych urządzeń można uzyskać na skutek zastosowania odmiennego oprogramowania (software).

VII. Nie zasługuje również, w ocenie Izby, na uwzględnienie podniesiony przez Odwołującego zarzut związany z przełącznikami Infiniband marki Mellanox, gdyż jak słusznie

wskazał Przystępujący ATM Systemy Informatyczne S. A. (str. 4 pisma z dnia 09.04.2013 r.) oraz Zamawiający (str. 6 pkt 3 zarzutu 3 – odpowiedź na odwołanie) wykonawcy mieli obowiązek zaferowania urządzeń infiniband tylko do podłączenia wszystkich oferowanych urządzeń, gdyż rozbudowa umożliwiająca zwiększenie mocy obliczeniowej o kolejne 10 TFLOPS nie stanowi przedmiotu niniejszego postępowania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 631/13 orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż uwzględnienie w odwołaniu o sygn. akt KIO 631/13 zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z nieprawidłowym podaniem powierzchni zajmowanej przez szafy bez uwzględnienia drzwi oraz ścian powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Uwzględnienie powyższego zarzutu może bowiem skutkować unieważnieniem postępowania w zakresie części 1, gdyż za najkorzystniejszą została uznana oferta niezgodna z treścią SIWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego, w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 631/13 orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....