

**Sygn. akt: KIO 341/18**

**WYROK**  
**z dnia 8 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2018 r. przez wykonawcę INTERTRADING Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa

przy udziale wykonawcy Comparex Poland sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 341/18 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Comparex Poland sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę INTERTRADING Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Comparex Poland sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa na rzecz wykonawcy INTERTRADING Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja, optymalizacja infrastruktury sprzętowej, systemowej i aplikacyjnej Systemu Wspomagania Obsługi Policji (SWOP)”, numer: 14/BŁil/DG/PMP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 sierpnia 2018 r. pod numerem 2017/S 163-335842.

Zamawiający pismem z dnia 6 lutego 2018 r. zwrócił się do Comparex Poland sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa, zwanego dalej jako Comparex lub Przystępujący w trybie art. 87 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp z prośbą o udzielenie wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty. Jedno z pytań dotyczyło okresu, w którym modele serwerów zaofertowanych przez Comparex są oferowane w sprzedaży.

Zamawiający w piśmie tym wskazał, że wymagał, aby oferowane modele serwerów były w sprzedaży nie dłużej niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty.

Zamawiający poinformował wykonawcę, że z informacji posiadanych przez niego wynika, że oferowany serwer w konfiguracji z procesorem Intel Xeon E5-2667 v4 jest starszy niż 9 miesięcy.

Zauważył, że ze wskazanych w ofercie wyników testów wynika, że odnoszą się do badania wykonanego w maju 2016 r, a dostępność sprzętu według wyników testów jest od marca 2016 r.

W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, w jaki sposób wykonawca zamierza spełnić wymóg dostarczenia serwerów nie starszych niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty, zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 1 do umowy w rozdziale 6.

W dniu 8 lutego 2018 r. Zamawiający otrzymał od wykonawcy Comparex odpowiedź na ww. wezwanie wraz z dokumentem nazwanym przez Comparex jako „oświadczenie producenta - na okoliczność momentu wprowadzenia serwera Lenovo System x3650 M5 do sprzedaży”.

Zamawiający w dniu 13 lutego 2018 r. przesłał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Comparex.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący: INTERTRADING Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa w dniu 23 lutego 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego, tj.:

- a. wyboru oferty wykonawcy: Comparex Poland sp. z o.o., ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa;
- b. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Comparex;
- c. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- d. z daleko posuniętej ostrożności, w przypadku niepotwierdzenia się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Comparex: zaniechania wezwania Comparex do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych przez tego wykonawcę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- a. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Comparex, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej jako SIWZ i powinna zostać odrzucona, ponieważ oferowane przez Comparex modele serwerów są starsze niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty;
- b. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Comparex, pomimo, że treść jego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, co zgodnie z przepisami Ustawy obliguje Zamawiającego do odrzucenia jego oferty;
- c. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego do złożenia przez Comparex wyjaśnień dotyczących zakresu prac wykonywanych przez Comparex na rzecz Zamawiającego Narodowego Banku Polskiego podczas realizacji Zamówienia na dostarczenie oraz instalację platformy IBM Power oraz migrację systemów wraz z 3-letnim rozszerzonym serwisem technicznym, które, jak wynika z przedłożonego poświadczenia wykonania zamówienia, Comparex wykonywał wspólnie w konsorcjum z firmą Cloudware Polska Sp. z o.o. i które zostało wskazane przez Comparex w

treści Wykazu Dostaw oraz w treści uzupełnionego dokumentu JEDZ w sekcji C pkt 1b - część niejawna.

Stawiając powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- b. odrzucenia oferty wykonawcy Comparex;
- c. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- d. w przypadku nieuwzględnienia wniosku z lit.b powyżej: wezwania Comparex do złożenia wyjaśnień w zakresie zakresu prac wykonywanych przez Comparex na rzecz Zamawiającego Narodowego Banku Polskiego podczas realizacji Zamówienia na dostarczenie oraz instalację platformy IBM Power oraz migrację systemów wraz z 3-letnim rozszerzonym serwisem technicznym, które jak wynika z przedłożonego poświadczenia wykonania zamówienia Comparex wykonywał wspólnie w konsorcjum z firmą Cloudware Polska Sp. z o.o. i które zostało wskazane przez Comparex w treści Wykazu Dostaw oraz w treści uzupełnionego dokumentu JEDZ w sekcji C pkt 1b - część niejawna.

Jednocześnie wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący w swoim odwołaniu podniósł zarzut sprzeczność z treści oferty z treścią SIWZ - oferowany model serwera Lenovo System X3650 M5 jest starszy niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią SIWZ, a dokładnie na podstawie zmiany treści SIWZ ogłoszonej pismem Zamawiającego FZF-11331/17 z dnia 24.10.2017 r., w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiający żądał złożenia wraz ofertą szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w załączniku nr 1 do umowy. Opis musiał zawierać: wskazanie producenta, nazwę i model oferowanego asortymentu w przypadku sprzętu i licencji oraz nazwę oferowanych szkoleń.

Zdaniem Odwołującego - Comparex załączył do oferty wykaz oferowanego sprzętu i oprogramowania, który nie stanowił potwierdzenia spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w załączniku nr 1 do umowy.

Podniósł również, że w związku z powyższym Comparex został wezwany pismem z dnia 24 listopada 2017 r. do uzupełnienia szczegółowego opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiem SIWZ.

Zauważył również, że w Szczegółowym Opisie oferowanego przedmiotu zamówienia zawierającym (dalej „Szczegółowy opis”) załączonym do oferty Comparex dla wymaganych przez Zamawiającego typów serwerów - Serwera Typ 1a (KGP); Serwera Typ 1b (KSP, KWP, SP), Serwera Typ 2 (KGP) Comparex wskazał model serwera Lenovo System X3650 M5 (zgodnie z załączoną tabelą).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego szczegółowym opisie dla Serwera Typu 1a (KGP), jak i Serwera Typu 2 (KGP) Comparex wskazał Model serwera LENOVO System x3650 M5 w konfiguracji z procesorem Intel Xeon E5-2667 v4 SC 3.2GHz 25 MB Cache 2400MHz 135 W, natomiast dla Serwera Typu 1b (KSP, KWP, SP) Comparex zaoferował Model serwera LENOVO System x3650 M5 z procesorem Intel Xeon E5-2697A v416C 2.6GHz 40 MB cache 2400 MHZ 145 W (zgodnie z załączoną tabelą).

Odwołujący zaznaczył również, że w treści Załącznika Nr 1 do Wzoru Umowy w pkt. 6.1. Etap 1 w pkt.5 Zamawiający wskazał wymóg SIWZ dotyczący modelu serwera:

5. Oferowane modele serwerów nie mogą być w sprzedaży dłużej niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty.

Wyjaśnił również, że powyższy wymóg został potwierdzony w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 152 z dnia 24 października 2017 r. Zamawiający wskazał, że „modele serwerów nie mogą być starsze niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty” (str. 47):

Pytanie nr 152:

Dot. załącznika nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia.

Pkt 6. Szczegóły realizacji etapów

Ppkt 6.1, Etap I

Zamawiający wymaga – „Oferowane modele serwerów nie mogą być w sprzedaży dłużej niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty”.

Prosimy o doprecyzowanie tego wymagania, Czy Zamawiający wymaga by zaoferowane serwery nie był wyprodukowane wcześniej niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty? Czy też by oferowane modele serwerów nie były starsze niż 9 miesięcy ml dnia złożenia oferty ?

Odpowiedź:

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający wyjaśnia, że oferowane modele serwerów nie mogą być starsze niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty.

W opinii Odwołującego - Comparex w swojej ofercie w sposób jednoznaczny wskazała oferowany model serwera dla wszystkich trzech typów określonych w SIWZ i jest to ten sam i jeden model o oznaczeniu Lenovo System X3650 M5.

Według Odwołującego - potwierdza to treść oferty Comparex w postaci Szczegółowego opisu zarówno w wersji pierwotnie złożonej do oferty, jak i uzupełnionej w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Odwołujący wywodził, że jak wynika z treści tabel przytoczonych w pkt. 1.1. (część oferty Comparex), zaoferowany model serwera ma oznaczenie Lenovo System x3650 MS, a wykonawca nie oznaczył ani w ofercie, ani w uzupełnionym dokumencie, modelu serwera w żaden inny sposób.

W szczególności Comparex nie określił jakiegokolwiek specyficznego PN (Part Number/Numer produktu), który mógłby wskazywać, że oferowany model w jakikolwiek sposób różni się od modelu Lenovo System x3650 M5.

Argumentował, że oznaczenie Lenovo System x3650 M5 jest powszechnie stosowaną w obrocie handlową nazwą konkretnego modelu serwera.

W związku z tym Odwołujący wskazał okoliczność, że Zamawiający - Komenda Główna Policji - w postępowaniu na „rozbudowę sprzętową centralnych zasobów informatycznych Policji”, nr sprawy 60/Błil/15MP, w taki właśnie sposób zakwalifikowała omawiane oznaczenie.

Przytoczył fragment dokumentacji z tamtego postępowania:

„...serwerów rack typu VII o wysokości 1U. Państwa formularz asortymentowy przewiduje dostawę tego samego modelu serwera rack Lenovo System X3650 M5 we wszystkich typach wymaganych serwerów.

W złożonych wyjaśnieniach wskazują Państwo na błąd dotyczący oferowanego modelu serwera. W rzeczywistości w zakresie serwera rack typu VII oferują państwo model Lenovo System X3550 MS a nie model Lenovo System X3650 M5. Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek

zmiany w jej treści. Niewątpliwie zmiana oferowanego modelu urządzenia jest zmianą istotną i nie może zostać potraktowana, jako omyłka wykonawcy. Należy podkreślić, że pomyłka nie dotyczy jedynie błędnej numeracji, model oferowany...”.

Na potwierdzenie tej informacji Zamawiającego (KGP) o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Comparex przedłożył Załącznik Nr 5 do odwołania.

W ocenie Odwołującego - Model serwera LENOVO System x3650 M5 nie spełnia wymagania w treści „...modele serwerów nie mogą być starsze niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty”, gdyż jest starszy niż 9 miesięcy licząc od dnia składania ofert.

Odwołujący przekonywał, że okoliczność tą potwierdzają informacje dostępne na stronie internetowej producenta Lenovo, w tym te umieszczone w dokumentach na stronie przez producenta, z których wynika, że model oznaczony jako „Lenovo System X3650 MS” został wprowadzony do sprzedaży 17 października 2014 r. (ponad 3 lata przed dniem składania ofert), a wersje ww. serwera wyposażone w procesory zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu zostały wprowadzone do sprzedaży 31 marca 2016 r. (20 miesięcy przed dniem składania ofert).

Stwierdził, że od tej daty w modelu „Lenovo System X3650 M5” nie wprowadzono żadnych istotnych zmian.

W powyższym zakresie powołał się na dokumenty producenta:

1) Informacje o wprowadzeniu modelu serwera „Lenovo System x3650 M5, do sprzedaży we wrześniu 2014 r. zawarte na str. 13, 56-57 dokumentu o nazwie „xREF: IBM x86 Server Reference: z dnia 17 października 2014 r.

Wskazał, że w sekcji „nowości” dokumentu znajduje się komunikat, że informacja o nowych serwerach IBM System x3550 M5 została obwieszczona 8 września 2014 r. Na dalszych stronach znajduje się wykaz konfiguracji tego serwera - wszystkie konfiguracje mają datę ogłoszenia (sprzedaży) we wrześniu 2014 r., co oznacza – według Odwołującego, że model serwera o nazwie Lenovo System X3650 M5 został wprowadzony na rynek przeszło 3 lata przed terminem składania ofert.

Powołał się jako dowód: str: 1, 13. 15 dokumentu o nazwie ..xREF: IBM x86 Server Reference: z dnia 17 października 2014 r. (Załącznik Nr 6 do Odwołania);



2) Informacje dot. linii modelowej Lenovo System X3650 M5 (typ urządzenia 8871)

Wskazał, że ofercie Lenovo istnieją dwa typy urządzeń pn. Lenovo System x3650 MS - te typy określone są w nomenklaturze użytej przez Lenovo kodami 5462 oraz 8871.

Informacje te znajdują się w oficjalnym dokumencie producenta o nazwie „xREF: IBM x86 Server Reference: z dnia 31 marca 2016 r. Powyższy dokument pełni funkcje „encyklopedii” dla serwerów Lenovo. W kolejnych aktualizacjach tego dokumentu zapisywana jest historia zmian w ofercie serwerów Lenovo.

W części informacyjnej (str. 13) określona jest dokładna data ogłoszenia (sprzedaży) serwerów model X3650 M5 z procesorami linii produktowej Intel Xeon E5-2600 v4 na 31 marca 2016 r.

Na dalszych stronach w pliku (32-34) zawarty jest wykaz konfiguracji serwerów oznaczonych jako typ 8871. Wszystkie konfiguracje mają datę ogłoszenia (sprzedaży) w marcu 2016 r.

Powołał się na dowód: Str. 1,13, dokumentu „xREF: IBM x86 Server Reference: z dnia 31 marca 2016 r. (Załącznik Nr 7 do Odwołania);

Zgodnie z dokumentacją serwera typ 5462, dostępną na stronie [<https://lenovoDress.com/tips/93-lenovo-svstem-x3650-m5-machine-tvpe-54621>], typ 5462 modelu Lenovo System x3650 M5, został zastąpiony typem 8871.

Powyższe oznacza – w ocenie Odwołującego, że aktualnie dostępny jest wyłącznie model Lenovo System x3650 M5, typ 8871 z procesorami generacji E5-2600V4, które nie były dostępne we wcześniejszym modelu oznaczonym wewnątrz jako 5462.

W tym zakresie powołał się na dowód: Wydruk ze strony internetowej (wraz z tłumaczeniem) dokumentacji dla serwera typ 5462 (Załącznik Nr 8 do Odwołania).

Zwrócił uwagę, że przyjmując modyfikację serwera modelu Lenovo System x3650 MS za znaczącą mamy do czynienia z nowym typem modelu ww. serwera oznaczonym jako 8871, to został on wprowadzony na rynek w marcu 2016 r., a więc 20 miesięcy przed terminem złożenia ofert.

3) Przewodnik po produkcji Lenovo System x3650 M5

Zauważył, że ostatnia aktualizacja tego dokumentu została wykonana 19 grudnia 2017 r., a więc po upływie terminu składania ofert. Zgodnie z tym dokumentem nie są dostępne żadne nowsze typy serwera Lenovo System x3650 M5 niż te, które mają oznaczenie 8871, i które zostały wprowadzone do oferty w marcu 2016 r.

Na poparcie powyższej argumentacji wskazał dowód: Str. 1 Przewodnika po produkcji Lenovo System x3650 M5 wraz z tłumaczeniem ( Załącznik Nr 9 do Odwołania).

Podsumowując stwierdził, że na podstawie istniejącej dokumentacji producenta Lenovo serwer Lenovo System X3650 M5 o wewnętrznym oznaczeniu typu 8871 nie był poddawany zmianom od daty jego wprowadzenia na rynek, tj. w marcu 2016 r.

4) Dostępność procesorów producenta Intel - procesora Intel Xeon E5-2667 v4 8C 3.2GHz 25 MB Cache 2400MHz 135 W oraz procesora Intel Xeon E5-2697A v4 16C 2.6GHz 40 MB cache 2400 MHz 145 W skonfigurowanych z ofercie Comparex z serwerem Lenovo System X3650 M5;

5) Zgodnie z informacjami udostępnianymi przez firmę Intel - producenta procesorów oferowanych przez Comparex w konfiguracji z serwerem Lenovo System X3650 M5, procesory zostały wprowadzone na rynek w pierwszym kwartale 2016 r.

Wskazał, że odpowiednie informacje znajdują się na stronach internetowych producenta:

1) <http://www.intel.pl/content/www/pl/pl/product5/processors/xeon/e5-processor5/e5-2667-v4.html>

2) <https://www.intel.pl/content/www/pl/pl/products/processors/xeon/e5-processors/e5-2697a-v4.html>

Powołał się na dowód w postaci wydruków ze strony internetowej Intel wraz z tłumaczeniem (Załącznik Nr 10 do Odwołania).

Zdaniem Odwołującego z powyższych informacji można wyciągnąć wniosek, że skoro producent procesora, tj. podstawowego elementu serwera, wprowadził jego nowe wersje w pierwszym kwartale 2016 r., to oczywiste jest, że tak duży producent serwerów jak Lenovo chciał możliwie szybko wprowadzić je do oferty w swoich serwerach. To dodatkowo potwierdza, że model serwer Lenovo System X3650 M5 w zaoferowanej konfiguracji był dostępny już w marcu 2016 r.

6) Informacja ze strony internetowej Microsoft zawierająca listę serwerów zgodnych z oprogramowaniem

Treść strony internetowej Microsoft o adresie

<https://www.windowsservercatalog.com/item.aspx?itemId=1282> zawiera listę serwerów zgodnych z oprogramowaniem Microsoft Windows Server i wynika z niej, że Server x3650 M5 był po raz pierwszy zgłoszony na ta listę dnia 14 października 2014 r.

Jako dowód przywołał wydruk ze strony internetowej Microsoft wraz z tłumaczeniem (Załącznik Nr 11 do Odwołania).

Według Odwołującego - powyższa data nie budzi wątpliwości związanych z cyklem życia produktu, gdyż jak model serwera Lenovo System X3650 MS został wprowadzony przez Lenovo do sprzedaży 8 września 2014 r.

Nawet gdyby przyjąć (co zdaniem Odwołującego byłoby nieprawidłowe), iż wymaganie dot. okresu dostępności („nie starsze niż 9 miesięcy od dnia składania ofert”) należy odnosić do modelu serwera w konfiguracji z oferowanym procesorem, to również wyniki testów SPECint dla modelu serwera LENOVO System x3650 M5 z obydwoma oferowanymi przez Comparex procesorami, również nie potwierdzają spełnienia wymagania, nawet przy takim jego rozumieniu.

Wskazał, że wynika to z następujących okoliczności:

1) treść wyniku SPECint dla modelu serwera LENOVO System x3650 MS z procesorem Intel Xeon E5-2667 v4 8C 3.2GHz 25 MB Cache 2400MHz 135 W wskazuje na to, iż ten model serwera w konfiguracji z tym procesorem jest dostępny w sprzedaży już od maja 2016 r.

Jako dowód powołał się na wynik testów z maja 2016 r. SPECint dla serwera i procesora oferowanego przez Comparex (Załącznik Nr 12a do Odwołania), dostępne na stronie internetowej.

2) treść wyniku SPECint dla modelu serwera LENOVO System x3650 M5 z procesorem Intel Xeon E5-2697A v4 16C 2.6GHz 40 MB cache 2400 MHz 145 W wskazuje na to, iż ten model serwera w konfiguracji z tym procesorem jest dostępny w sprzedaży już od marca 2016 r.

Jako dowód wskazał: wynik testów z marca 2016 r. SPECint dla serwera i procesora oferowanego przez Comparex, Załącznik Nr 12b do Odwołania) dostępne na stronie internetowej: <http://spec.org/cpu2006/results/res2017a2/cpu2006-2017Q321-46832.pdf>.

Według wiedzy Odwołującego - nie istnieją inne wyniki testów SPECint dla modelu serwera LENOVO System x3650 M5 w konfiguracji z procesorem Intel Xeon E5-2667 v4 8C 3.2GHz 25 MB Cache 2400MHz 135 W. czy Intel Xeon E5-2697A v416C 2.6GHz 40 MB cache 2400 MHz 145 W, niż podane przez Odwołującego powyżej, które osiągałyby wynik dla obu procesorów podany przez Comparex w uzupełnionym Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

Zwrócił uwagę, że kwestia ta była przedmiotem wyjaśnień złożonych na żądanie Zamawiającego, a Comparex wraz z wyjaśnieniami złożył dokument opatrzony logo Lenovo, podpisany przez osobę posługującą się tytułem „Strategie Alliance Manager”.

W ocenie Odwołującego, ani treść wyjaśnień Comparex, ani złożone wraz z tymi wyjaśnieniami oświadczenie, nie potwierdzały zgodności oferty z SIWZ w omawianym zakresie, z poniższych powodów:

a. Kopia oświadczenia nie może być traktowana jako oświadczenie producenta Lenovo. Comparex nie przedstawił oryginału tego dokumentu, a jedynie załączył jego kserokopię. Nie jest wiadome, jaką funkcję i w jakiej konkretnie organizacji pełni osoba podpisująca Oświadczenie - Pan Filip Czarski - Jachimowicz. Wskazana nazwa stanowiska „Strategic Alliance Manager” nie jest związana z jakąkolwiek funkcją techniczną, dlatego nie można stwierdzić, iż oświadczenie zostało sporządzone przez osobę posiadającą odpowiednią wiedzę techniczną. Należy zauważyć, iż z treści pisma mogłoby wynikać, że zostało podpisane w imieniu Lenovo Global Technology Poland Sp. z o.o., natomiast z oznaczenia stanowiska wynika, iż Pan Filip Czarski jest pracownikiem zupełnie innej spółki - Lenovo Technology B.V. Sp. z .o.o. Z całą pewnością można stwierdzić w opinii Odwołującego, iż Pan Filip Czarski - Jachimowicz nie jest osobą upoważnioną do reprezentacji ani jednej, ani drugiej spółki. Bezsprzecznie, jeżeli można zakwalifikować załączoną przez Comparex kserokopię dokumentu to jedynie jako oświadczenie wiedzy osoby, która być może pracuje w jednej ze spółek, ale choćby z racji zajmowanego nietechnicznego stanowiska nie ma kwalifikacji do wypowiedzania się w zakresie zadanego przez Zamawiającego pytania w imieniu producenta serwera firmy Lenovo.

b. Niezależnie od kwestii związanych z reprezentacją, sama treść oświadczenia jest niejednoznaczna. Wynika z niej, że osoba składająca oświadczenie

utożsamia pojecie „model” z konkretnym „numerem produktu”, zwanym też „PN” (skrót od „Part Number”). Jest natomiast oczywiste, że „numer produktu” nie definiuje „modelu”, lecz konkretne urządzenie. Bardzo wątpliwym wydaje się stwierdzenie, iż poprzez konfigurację serwera może dojść do zmiany jego modelu, co objawia się nowym oznaczeniem PN. Takiego rozumowania nie potwierdza żaden oficjalny dokument wydawany przez producenta sprzętu, a przede wszystkim treść oferty Comparex w postaci Szczegółowego Opisu, w której nie widnieją jakiegokolwiek oznaczenia modelu serwera poza LENOVO System x3650 MS. Testy SPECint również nie wskazują jakiegokolwiek oznaczenia PN. Zarzucił, że twórca pisma stawia fałszywą tezę, że poprzez konfigurację serwera o modelu LENOVO System x3650 M5 można uzyskać nowy model serwera o zupełnie nowym PN. Należy też podkreślić, że konfiguracja zaoferowana przez Comparex nie jest żadną unikalną konfiguracją, lecz jest efektem standardowego procesu konfigurowania modelu LENOVO System x3650 M5, możliwa do osiągnięcia wskutek wykorzystania standardowego konfiguratora LENOVO.

c. Z treści oświadczenia wynika, że zaoferowane w postępowaniu urządzenia zostały „stworzone specjalnie na potrzebę tego postępowania”, co jest tezą skrajnie niewiarygodna, biorąc pod uwagę opisaną w niniejszym odwołaniu politykę producenta odnośnie wersjonowania swoich urządzeń i częstotliwość wprowadzania na rynek nowych modeli. Nawet jednak, gdyby przyjąć, że producent Lenovo faktycznie wyprodukował dla Comparex specjalny model serwera, to należy podkreślić, że serwer taki nie został przez Comparex zaoferowany. Przytoczył oświadczenie stanowiące, iż oferowane serwery ( z konkretnym numerem produktu, ang: PN) nie były w sprzedaży przed tym postępowaniem i zostały stworzone specjalnie na potrzebę tego postępowania. Jeżeli byłaby to prawda, to taki „specjalny model” zostałby w jakiś szczególny sposób oznaczony przez producenta, po to, aby odróżnić go od modelu standardowo występującego na rynku, tzn. LENOVO System x3650 M5. Gdyby intencją Comparex było zaoferowanie takiego „specjalnego modelu”, to fakt ten znalazłby jakiegokolwiek odzwierciedlenie w treści oferty Comparex. Tymczasem oferta ta konsekwentnie obejmuje standardową nazwę modelu LENOVO System x3650 M5 oraz zawiera standardowa konfiguracje tego modelu.

Dodatkowo zauważył, że nawet, gdyby oświadczenie Comparex o zaoferowaniu „specjalnych modeli” serwerów było prawdziwe, to oznaczałoby, że dla takich serwerów nie zostały przedstawione wymagane w SIWZ wyniki testów SPECint.

Przedstawione przez Comparex testy były bowiem prowadzone w 2016 roku, a więc z całą pewnością nie mogły dotyczyć „specjalnego” modelu serwera wyprodukowanego specjalnie na potrzeby przedmiotowego postępowania.

W takim wypadku oferta Comparex podlegałaby odrzuceniu, z uwagi na niewykazanie wymaganego przez Zamawiającego wyniku testów dla oferowanych urządzeń.

Odwołujący postawił z ostrożności alternatywny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp także w związku z tą podstawą faktyczną, na wypadek, gdyby Izba uznała, że oświadczenie o zaoferowaniu „specjalnego modelu” serwera stworzonego wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania, jest wiarygodne, a oferta Comparex obejmowała taki właśnie „specjalny model”.

Podsumowując - w ocenie Odwołującego - Zamawiający został wprowadzony w błąd wyjaśnieniami Comparex i treścią kserokopii oświadczenia, które nie rozwiały żadnych wątpliwości, a wręcz wygenerowały kolejne, zawierając enigmatyczne zwroty, nieznaną dotychczas „metodologię” oznaczania modeli serwerów LENOVO oraz całkowicie niewiarygodną tezę o stworzeniu nowego modelu wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania, co ważne nie popartą żadnymi dowodami.

Zdaniem Odwołującego - przytoczył on szereg dowodów na to, iż model serwera jest jeden i jest to LENOVO System x3650 MS oraz że model ten jest znacznie starszy, niż wymaga tego Zamawiający.

W zakresie zarzutu zaniechanie wezwania Comparex do złożenia wyjaśnień w zakresie zamówienia realizowanego dla Narodowego Banku Polskiego zauważył, że z treści Wykazu Dostaw oraz uzupełnionego dokumentu JEDZ w sekcji C pkt Ib - część niejawną przedstawionych przez wykonawcę Comparex wynika, iż na w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca ten wskazał wykonywane na rzecz Zamawiającego Narodowego Banku Polskiego zamówienie na dostarczenie oraz instalację platformy IBM Power oraz migrację systemów wraz z 3-letnim rozszerzonym serwisem technicznym.

Z przedłożonego przez wykonawcę poświadczenia należytego wykonania zamówienia wynika, że Comparex wykonuje to zamówienie wspólnie w konsorcjum z firmą Cloudware Polska Sp. z o.o.

W powyższym zakresie powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, gdzie jeżeli wykonawca bazuje na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego

wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Skoro Comparex w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał zamówienie, które realizował w Konsorcjum z innym wykonawcą winien on zostać wezwany do wyjaśnień odnośnie zakresu jego udziału.

W związku z tym zarzucił, że Zamawiający zaniechał wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 ustawy Pzp co do zakresu czynności, które wykonywał i być może nadal wykonuje Comparex.

Pismem z dnia 1 marca 2018r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Comparex Poland sp. z o.o.

Przed Izbą Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, w następstwie czego Przystępujący złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu od tej czynności Zamawiającego.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 6 lutego 2018r. do wyjaśnienia, odpowiedzi Przystępującego z dnia 8 lutego 2018r. na to wezwanie, odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 marca 2018r. z uwzględnieniem odwołania, zgłoszenia Przystępującego z dnia 1 marca 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Zamawiający i Odwołujący zgodnie wnosili o uwzględnienie odwołania w całości, zaś Przystępujący o jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.26 ust.4 ustawy Pzp, nie stwierdziła jednak działania sprzecznego z przepisem art.7 ust.1 i 3 oraz art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, a także wyjaśnienia dokumentów podmiotowych w trybie przepisu art.26 ust.4 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła między innymi, że Przystępujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu przedłożył między innymi wykaz dostaw oraz uzupełniony dokument JEDZ, gdzie zadeklarował wykonywanie na rzecz Narodowego Banku Polskiego zamówienia na dostarczenie oraz instalację platformy IBM Power oraz migrację systemów wraz z 3-letnim rozszerzonym serwisem technicznym, wspólnie w ramach konsorcjum z wykonawcą Cloudware Polska sp. z o.o.

W związku z powyższym – według zapatrywania Izby - potwierdził się zarzut o konieczności wyjaśnień uzupełnionego wykazu w zakresie zamówienia realizowanego dla NBP z powodu konieczności ustalenia konkretnego udziału w wykonaniu zamówienia przez poszczególnych konsorcjantów.

Powyższe stanowisko znajduje swoje oparcie w judykaturze Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym w wyroku w sprawie o sygn. akt C - 387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), w którym to Trybunał orzekł, że (...) gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. (...) Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

Odnosnie zarzutu sprzeczności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ Izba doszła do przekonania w kontekście wymagania SIWZ, że z racji braku określenia przez Zamawiającego na gruncie SIWZ pojęcia modelu dopuszczalnym było zaoferowanie przez



wykonawcę modelu Lenovo System x3650 M5, który mógł być w przyszłości oznaczony dodatkiem wskazującym na konfigurację dopiero w okresie przedprodukcyjnym.

Tak rozumiany model należało uznać za nie starszy niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty, a zatem spełniający wymagania Zamawiającego z SIWZ (vide: odpowiedź nr 152 na pytanie wykonawcy).

Zebrany w sprawie materiał dokumentacyjny wskazuje w sposób jednoznaczny, że zaoferowany przez Przystępującego został model Lenovo x 3650 M5 konfigurowany dla potrzeb przedmiotowego zamówienia z dodatkowym oznaczeniem, które powstało po terminie złożenia oferty.

Powyższe wynika z oświadczeń uprawnionego przedstawiciela producenta Lenovo Global Technology Poland sp. z o.o. z dnia 7 marca 2018r. potwierdzającego zamierzoną transakcję wraz z opisaniem unikalnych numerów produktu, a także złożony wykaz oferty specjalnej.

Z powyższych względów zabiegi dowodowe Odwołującego należało uznać za chybione.

Przed wszystkim dowody na, które powołał się Odwołujący odnoszą się do standardowego modelu o oznaczeniu Lenovo System x3650 M5, a nie do modelu o tym samym oznaczeniu, który jednak skonfigurowany w przyszłości będzie miał oznaczenia nadane przez producenta odróżniające od modelu spornego – UO8X561, UO8X571, UO8X581, UO8X591, UO8X5A1.

Izba przyjęła również, że w warunkach nie opisanego przez Zamawiającego w SIWZ pojęcia modelu należało uznać, że to producent sprzętu ustala jaki jest zakres znaczeniowy tego terminu i dokonuje oznaczenia modelu.

W rozpoznawanej sprawie chodzi o model x3650, któremu nadano powyższe numery UO8X561, UO8X571, UO8X581, UO8X591, UO8X5A1 nazywane zamiennie modelem.

Według Izby Przystępujący udowodnił okoliczność, że nie miał możliwości wpisania modelu w inny sposób niż poprzez wskazanie nazwy Lenovo System x3650 M5, to samo dotyczy możliwości załączenia testu SPEC CINT, skoro produkt taki powstanie dopiero w przyszłości.

Natomiast dowód z opinii technicznej z dnia 3 marca 2018r. Izba uznała za bezprzedmiotowy, jako, że Przystępujący nie zaoferował wersji Lenovo System x3650 modelu 8871, a zatem rozważania w tym zakresie są bezprzedmiotowe.

Wymaga również zauważenia, że wymaganie Zamawiającego dotyczące modelu nie starszego niż 9 miesięcy od dnia złożenia oferty zaktualizuje się dopiero na etapie wykonania przedmiotu zamówienia.

Z tych wszystkich powodów, Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanki z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp umożliwiającej Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego z powodu wystąpienia sprzeczności treści złożonej przez niego oferty z treścią SIWZ.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....**