

Sygn. akt: KIO 26/15

WYROK
z dnia 27 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2015 r. przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o.** z siedzibą w Krakowie przy ul. Wadowickiej 12, 30-415 Kraków, **Hypersys Sp. z o.o.** z siedzibą w Gliwicach przy ul. Pr. St. Wyszyńskiego 12/5, 44-100 Gliwice

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Politechnikę Śląską** ul. Akademicka 2A, 44-100 Gliwice

przy udziale

wykonawcy Sansec Poland S.A. z siedzibą w Warszawie przy u. Bolesława Prusa 2, 00-493 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

wykonawcy WASKO S.A z siedzibą w Gliwicach przy ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24.12.2014 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Sansec Poland S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz udostępnienie wykonawcom treści zawartych w *tabeli parametrów technicznych* złożonych w ofertach wykonawców Wasko S.A. oraz Qumak S.A. W pozostałym zakresie żądań nie uwzględnia.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sansec Poland S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Bolesława Prusa 2, 00-493 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Wadowickiej 12, 30-415 Kraków, Hypersys Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Pr. St. Wyszyńskiego 12/5, 44-100 Gliwice, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od wykonawcy Sansec Poland S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Bolesława Prusa 2, 00-493 Warszawa na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Wadowickiej 12, 30-415 Kraków, Hypersys Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Pr. St. Wyszyńskiego 12/5, 44-100 Gliwice kwotę **19.132 zł 70 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto trzydzieści dwa złote siedemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty strony 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Gliwicach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Politechnikę Śląską w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę serwerów i macierzy oraz oprogramowania wirtualizacyjnego dla projektu Górnośląskie Centrum Obliczeń Naukowych i Inżynierskich* (nr postępowania: OZ/D/137/BL/14), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2014/S 204-361054 w dniu 23 października 2014 r., wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zostało wniesione w dniu 2 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Hypersys Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (sygn. akt KIO 26/15). Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 24.12.2014 r. w zawiadomieniu przekazanym faksem.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy: Wasko S.A. z siedzibą w Gliwicach oraz Sansec Poland S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. Sp. k., Hypersys Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum ZSK) zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy czynności oceny ofert złożonych przez wykonawców: Sansec Poland S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako wykonawca Sansec), WASKO S.A. (dalej jako wykonawca Wasko) oraz Qumak S.A. (dalej jako wykonawca Qumak).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sansec pomimo faktu, że treść oferty nie odpowiada treści siwz;
2. Art. 90 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Sansec do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sansec pomimo faktu, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. Art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sansec pomimo nie wykazania spełnienia warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia;
5. Art. 7 ust. 1 poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty wykonawcy Wasko oraz

wykonawcy Qumak poprzez nieprawidłowe uznanie, że dokumenty zastrzeżone przez obu wykonawców objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa;

6. Art. 8 ust. 1-3 poprzez nieprawidłowe zastosowanie wskazanych przepisów i nieudostępnienie informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego zawartych w ofertach wykonawców Wasko i Qumak i błędne uznanie, że zastrzeżone przez wykonawców informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Sansec, wykluczenie z postępowania wykonawcy Sansec, zdjęcie klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa” w zakresie opisu technicznego zaoferowanego sprzętu w ofertach Wasko i Qumak i dokonanie wyboru oferty Odwołującego Konsorcjum ZSK.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty wykonawcy Sansec z siwz Odwołujący wskazał na niespełnienie wymagań Zamawiającego dotyczących parametrów technicznych oferowanego urządzenia, które miało posiadać wbudowany system zdalnego zarządzania lights-off management, który powinien być zgodny z pozostałymi urządzeniami zamawianymi w ramach zadania. System zdalnego zarządzania lights-off management oznaczał rozwiązanie do zarządzania danym urządzeniem dla serwerów o funkcjonalności co najmniej IPMI 2.0. Wymagania tego nie spełniają urządzenia zaoferowane przez wykonawcę Sansec: 10.7 macierz Infortrend EonNAS 1016 (pkt 10 ppkt 7), macierz Infortrend EonNAS 1012 (pkt 10 ppkt 11 oraz pkt 12 ppkt 7), macierz Infortrend 3012 (pkt 13ppkt 7).

Ponadto Odwołujący zakwestionował treść oferty w zakresie parametrów technicznych serwerów (Konf. 2, Konf. 3, konf. 4) i spełnienia wymagania dla mikroprocesora „architektura 64-bitowa z własnością wielowątkowości (HT) i wirtualizacji sprzętowej (VT)”. Własność mikroprocesora wielowątkowości (HT) z angielskiego HyperThreading stanowi element architektury mikroprocesora, który zwiększa wydajność obliczeniową procesorów. Zwiększenie wydajności mikroprocesorów poprzez zastosowanie własności wielowątkowości (HT) wiąże się z większymi kosztami produkcji układu elektronicznego mikroprocesora, co bezpośrednio przekłada się na jego cenę. Na rynku dostępne są układy posiadające własność wielowątkowości (HT) oraz tańsze układy mikroprocesorowe pozbawione takiej funkcjonalności. Zaoferowane urządzenia wyposażone w mikroprocesory odpowiednio AMD Opteron 6344 dla konfiguracji 2, AMD Opteron 6320 dla konfiguracji 3, AMD Opteron 6348 dla konfiguracji 4, nie posiadają własności wielowątkowości (HT), o czym świadczą dane producenta publikowane na stronie internetowej, do których odwołał się Odwołujący, a w

których brak jest jakiegokolwiek informacji na temat posiadania omawianej własności (lub równoważnej). Odwołujący zwrócił się na etapie składania ofert do producenta o potwierdzenie spełnienia wymagań siwz i takiego potwierdzenia nie uzyskał. Ponadto, wyniki testów serwerów z mikroprocesorami ze strony wskazanej przez Zamawiającego (<http://www.spec.org>) na potrzeby weryfikacji parametrów wydajności oferowanego asortymentu, również wskazują, iż omawiane mikroprocesory nie posiadają własności wielowątkowości (HT) w odróżnieniu od mikroprocesorów innych producentów takich jak Intel, IBM, ORACLE oraz Fujitsu. Ilościowo omawiane konfiguracje, niespełniające wymagań siwz, stanowią 50% oferty wykonawcy Sansec. W tabelach parametrów technicznych opisu przedmiotu zamówienia dla konfiguracji „10 Macierze dyskowe (konf.1) – szt. 4” w punkcie 3, Zamawiający wymagał „w przypadku stosowania jednostek rozszerzających pojemność: odrębny wysoko wydajny interfejs łączący jednostki rozszerzające z jednostką główną o wydajności minimum 20Gbps”. W zaoferowanej macierzy EonNAS 1016 brak jest interfejsu o przepustowości 20Gbps, a podana przez Oferenta wysokość 6U wskazuje, że zaoferowana została konfiguracja macierzy z dodatkową półką 3U (co wymaga posiadania interfejsu łączącego o przepustowości 20Gbps zgodnie z siwz). Zamawiający w odpowiedzi na pytanie z 18.11.2014 r. doprecyzował parametry interfejsu łączącego jednostki rozszerzające z jednostką główną jako pojedynczy interfejs o przepustowości 20Gbps. Producent macierzy EonNAS 1016 spółka Infortrend podaje na swojej stronie, iż maksymalna przepustowość interfejsu łączącego jednostkę główną z półkami rozszerzeń wynosi SA 6Gps.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Sansec Odwołujący wskazał, iż odbiega ona znacząco od cen zaoferowanych w postępowaniu oraz kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co powinno prowadzić do wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaniechanie, jakiego się dopuścił Zamawiający, uniemożliwiło odpowiednie badanie oferty Sansec i w przypadku wystąpienia przesłanek z art 90 ust. 3, uniemożliwiło odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, Odwołujący wskazał na nieprawidłowe wykazanie należytego wykonania zamówienia na rzecz Zakładu Informatyki Lasów Państwowych oraz zamówienia dla Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej. Wykonawca Sansec powinien był przedstawić poświadczenie wykonania zamówienia, natomiast tylko w wyjątkowych sytuacjach wykonawca może posłużyć się innymi dokumentami lub oświadczeniem. Ponieważ nie zachodzą obiektywne okoliczności, które mogłyby uzasadniać

posłużenie innymi niż poświadczenie dokumentami, wykonawca Sansec winien być wykluczony z postępowania. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż był on już wzywany do uzupełnienia dokumentów dotyczących zamówienia wykonanego dla Zakładu Informatyki Lasów Państwowych i nie przekazał dokumentów, które w świetle obowiązujących przepisów mogłyby być uznane za poświadczenie należytego wykonania zamówienia.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Sansec do przedłożenia poświadczeń wykonania zamówienia realizowanego dla Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej.

W zakresie zarzutu dotyczącego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w ofertach wykonawców Wasko oraz Qumak, Odwołujący zwraca się do Izby o ich odtajnienie w celu umożliwienia weryfikacji zgodności ofert w zakresie opisu technicznego zaoferowanego asortymentu. Odwołujący zakwestionował, aby informacje mogły mieć wartość gospodarczą dla majątkowych interesów przedsiębiorcy i stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie mają one charakteru unikalnego, nowatorskiego, a wręcz przeciwnie zostały opracowane na potrzeby konkretnego postępowania, w oparciu o informacje przedstawione przez Zamawiającego w siwz. Informacje tam zawarte są powszechnie dostępne i dlatego nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich zastrzeżenie stanowi próbę uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. przed zmiany ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”. Wprawdzie ogłoszenie o postępowaniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23.10.2014 r., a więc po wejściu w życie przepisów ustawy nowelizującej, to mając na uwadze brzmienie przepisu art. 40 ust. 1 ustawy, należy uznać, iż w przetargu nieograniczonym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia następuje już w momencie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie oraz na stronie internetowej zamawiającego. Powyższy sposób stanowi legalną formę publikacji ogłoszenia o zamówieniu, które w postępowaniu o wartości przekraczającej kwoty unijne również przekazywane jest Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (art. 40 ust. 3 ustawy). W ocenie składu orzekającego Izby konieczna jest literalna wykładnia przepisu art. 40 ustawy, w celu zapewnienia przejrzystości i pewności obrotu prawnego. Skoro

ustawodawca rozróżnia w sposób wyraźny samo upublicznienie ogłoszenia (art. 2 pkt 7a) od jego przekazania do publikacji (przy zamówieniach o wartości przekraczającej progowe kwoty), przypisując tym czynnościom różne skutki dla czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (np. dla obliczania terminu na wniesienie odwołania, czy też możliwość informowania przez Zamawiającego znanych jemu wykonawców o wszczęciu postępowania), nie można, przy ustalaniu obowiązującego stanu prawnego, pomijać tych niuansów legislacyjnych. Ponieważ Zamawiający zamieścił ogłoszenie na tablicy w swojej siedzibie w dniu 18.10.2014 r., przekazując w tym samym dniu ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE, do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r., która weszła w życie w dniu 19 października 2014 r. Zgodnie z art. 3 wskazanej ustawy nowelizującej, *do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy zmienianej w art. 1. Z przyczyn wskazanych powyżej Izba ustaliła, iż dla rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów wiążące były przepisy ustawy obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania, tj. w dniu 18.10.2014 r., czyli w brzmieniu obowiązującym do dnia 18.10.2014 r.*

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i rozpoznała je na rozprawie z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego przystępującego po stronie Zamawiającego. Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca Wasko nie stawiał się na posiedzenie, o terminie którego został prawidłowo powiadomiony.

Zamawiający przed zamknięciem posiedzenia niejawnego prowadzonego z udziałem stron uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. Obecni na posiedzeniu pełnomocnicy przystępującego po stronie Zamawiającego wykonawcy Sansec wnieśli sprzeciw, którego skutkiem było skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawę. Izba nie wzywała do wniesienia sprzeciwu nieobecnego na posiedzeniu przystępującego po stronie Zamawiającego wykonawcy Wasko, prawidłowo zawiadomionego o terminie posiedzenia Izby. Zgodnie z paragrafem 13 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U z 2014 r. poz. 964), wezwanie uczestnika postępowania przystępującego po stronie zamawiającego do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu kierowane jest na etapie posiedzenia niejawnego przed skierowanie sprawy na rozprawę. Skoro wykonawca prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia nie stawia się na nie, oznacza to iż z własnej woli pozbawia się możliwości ochrony swojego interesu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rezygnując z czynnego udziału w postępowaniu

odwoławczym, wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego musi zawsze liczyć się z konsekwencjami uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów, dla możliwości dalszego korzystania z środków ochrony prawnej na czynności dokonane zgodnie z żądaniami odwołującego się. Ponieważ wykonawca Wasko został prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia Izby, na którym Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie, nie było podstaw do tego, aby jego nieobecność uniemożliwiła rozpoznanie odwołania z uwagi na sprzeciw obecnego na posiedzeniu Izby wykonawcy Sansec zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie wyniku oceny złożonych w postępowaniu ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, mogące prowadzić bądź do odrzucenia, bądź do wykluczenia z postępowania wykonawców, których oferty były wyżej sklasyfikowane niż oferta Odwołującego się. W konsekwencji powtórzonych czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego, jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawne dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzygnięciu w przedmiocie podniesionych zarzutów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sansec.

Izba ustaliła, iż podstawa zarzutu sprowadza się do kwestionowania zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi serwerów oraz macierzy wyspecyfikowanymi w *tabeli parametrów technicznych*, stanowiącej załącznik nr 2 do siwz i jednocześnie treść oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż zaoferowane macierze Infortrend EonNAS 1016 (tabela nr 10, str. 31 oferty), Infortrend EonNAS 1012 (tabela nr 11 i 12 str. 33, 35 oferty) oraz Infortrend EonNAS 3012 (tabela nr 13 str. 37 oferty), nie posiadają systemu zdalnego zarządzania *lights-off management* o funkcjonalności odpowiadającej co najmniej IPMI 2.0. Standard IPMI 2.0. nie był pierwotnie wskazany w siwz przy opisie parametrów technicznych urządzeń i został przez Zamawiającego wprowadzony odpowiedzią na pytanie nr 6 z dnia 18.11.2014 r. Odpowiedź

ta została przywołana przez Zamawiającego w opisie parametrów technicznych macierzy. Spornym pomiędzy stronami było ustalenie, czy standard ten dotyczył wyłącznie serwerów, czy również macierzy. W odpowiedzi na pytanie dotyczące systemu zdalnego zarządzania lights-off management zgodnego z pozostałymi urządzeniami zamawianymi w ramach zadania, Zamawiający wskazał, iż *lights-off management oznacza rozwiązanie do zarządzania danym urządzeniem, dla serwerów o funkcjonalności odpowiadającej co najmniej IPMI 2.0*. Odwołujący wskazywał, iż macierz posiadająca funkcjonalność odpowiadającą co najmniej IPMI 2.0., dostarcza większe możliwości wykorzystania systemu zdalnego zarządzania, co ma również przełożenie na cenę urządzenia. W ocenie Odwołujące, z całości udzielonych odpowiedzi w zakresie związanym z systemem zarządzania wynika, iż standard IPMI 2.0 obowiązywał tak dla serwerów, jak i macierzy. Oceniając literalnie treść odpowiedzi na pytanie nr 6 Izba doszła do wniosku, iż standard IPMI 2.0 został przez Zamawiającego wskazany wyłącznie dla serwerów. Rozszerzenie na obecny etapie wyjaśnień Zamawiającego przez odniesienie standardu IPMI2.0 również do macierzy stanowiłoby niedozwoloną modyfikację treści siwz, prowadzącą do naruszenia ustalonych w postępowaniu zasad oceny ofert. Izba nie przychyliła się do wykładni prezentowanej przez Odwołującego o konieczności zachowania standardu IPMI 2.0 również przy macierzach. Podstaw ku temu nie dawały wyjaśnienia Zamawiającego, z których można jedynie ustalić, iż Zamawiający dopuścił zaoferowanie różnych systemów zdalnego zarządzania, pod warunkiem zachowania zgodności pomiędzy urządzeniami danego typu (serwery/macierze). Nie można z tego wywodzić, iż standard IPMI 2.0 wskazany w lit. a odpowiedzi na pytanie nr 6, obejmował również macierze. Nie było kwestionowane to, iż zamówienie zrealizowane przy wykorzystaniu macierzy bez standardu IPMI 2.0 pozwoli na osiągnięcie funkcjonalności odpowiadającej co najmniej IPMI 2.0 dla serwerów. Tym samym Izba oddaliła w tym zakresie twierdzenia Odwołującego o niezgodności treści oferty wykonawcy Sansec z treścią siwz.

Kolejna podstawa faktyczna zarzutu dotyczyła spełnienia wymagania dla mikroprocesora *architektura 64-bitowa z własnością wielowątkowości (HT) i wirtualizacji sprzętowej (VT)*. Odwołujący kwestionował, aby zaoferowane mikroprocesory AMD Opteron 6344 (tabela nr 2, str. 11 oferty), AMD Opteron 6320 (tabela nr 3, str. 13 oferty), AMD Opteron 6348 (tabela nr 4 ,str. 15 oferty), posiadały własność wielowątkowości (HT). Twierdzenia opierał na braku informacji w materiałach producenta urządzeń firmy AMD, a także pośrednio z wyników testów wydajności procesorów ze strony WWW.spec.org., w których brak jest informacji o dodatkowych wątkach, a same wyniki wydajności są o połowę niższe od wyników testów dla urządzeń posiadających własność wielowątkowości (HT). Przystępujący wykonawca Sansec przedłożył oświadczenie producenta AMD, w którym potwierdził, że procesory AMD Opteron serii 6300 spełniają wymaganie architektury 64-bitowej z własnością wielowątkowości i

wirtualizacji sprzętowej. Ponadto Przystępujący złożył tłumaczenie ze strony internetowej producenta procesorów, w której wskazuje się zalety rozwiązania, które pomagają zapewnić większą wydajność i lepszy stosunek wydajności do mocy dla wielowątkowych środowisk (...). Odwołujący zwracał szczególną uwagę na brak w oświadczeniu producenta odniesienia się do własności wielowątkowości z oznaczeniem HT.

Oceniając materiał dowodowy przedłożony przez Odwołującego Izba uznała, iż wydruki testów wydajnościowych przedłożone dla różnych urządzeń, innych niż te zaoferowane przez wykonawcę Sansec nie mogły mieć znaczenia dla oceny zgodności urządzeń AMD z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący przyznał, iż wynik testu zależy od tego w jaki sposób urządzenie zostanie przygotowane (tj. od włączenia wszystkich możliwych funkcjonalności wpływających na ocenę wydajności sprzętu). Powyższe wpływało zasadniczo na wartość dowodową przedstawionych wydruków. Ponadto testy wykazały spełnienie minimalnych parametrów określonych dla poszczególnych urządzeń – wydajności obliczeniowej i w takim celu były przez Zamawiającego przywołane w treści siwz. Wykonawca Sansec w ofercie (tabele - poz. 1) potwierdzał wymaganą wydajność obliczeniową ~~przy wyłączonym HyperThreading~~ (zgodnie z odpowiedzią nr 2 na pytania z dnia 18.11.2014 r.). Dotyczy to również wydajności mikroprocesora AMD Opteron 6376 z tabeli nr 1, str. 9 oferty, co do którego Odwołujący nie formułował zarzutu braku własności wielowątkowości. Zgodnie z przywołaną odpowiedzią Zamawiający określił minimalne wyniki testów SPECint_rate2006 z wyłączoną obsługą HyperThreading dla wszystkich konfiguracji serwerów i jednocześnie dopuścił przeprowadzenie testów z włączoną funkcją HyperThreading lub jej odpowiednikiem. W swojej ofercie Odwołujący w tabeli nr 1 str. 9 oferty zaproponował urządzenie AMD Opteron 6376, takie samo jak w ofercie wykonawcy Sansec.

W świetle tych okoliczności Izba dała pierwszeństwo oświadczeniu producenta urządzeń spółki AMD Poland z 12.01.2015 r., przedłożonym na rozprawie przez wykonawcę Sansec, w którym potwierdzone zostało spełnienie wymagań *architektury 64-bitowej z własnością wielowątkowości i wirtualizacji sprzętowej*. Brak skrótu HT w treści oświadczenia nie wpływał na jego ocenę. Skrót ten odpowiada określeniu *własności wielowątkowości* w języku angielskim (HyperThreading), co było przywoływane przez samego Odwołującego w odwołaniu. Tym samym nie było podstaw do tego, aby podważyć prawdziwość oświadczenia producenta urządzeń, tym bardziej, iż Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, jakim nie mogły być głośne twierdzenia Odwołującego co do treści korespondencji, jaką prowadził z producentem AMD na etapie przygotowania oferty. Również brak informacji o tej własności w materiałach informacyjnych przedłożonych przez Odwołującego nie mogły stanowić dowodu na okoliczność nie posiadania własności wielowątkowości, jeżeli wprost takiego stwierdzenia nie zawierały, a ponadto ich wyniki mogły być uzależnione od włączenia

funkcji HT (zgodnie z zasadami przeprowadzenia testów ustalonymi przez Zamawiającego odpowiedzią na pytanie nr 2 z 18.11.2014 r.). Przyjmując oświadczenie producenta oferowanych urządzeń jako prawdziwe Izba dodatkowo miała na uwadze, iż sam Odwołujący wskazał w swojej ofercie urządzenie AMD Opteron serii 6300, jako posiadające własność wielowątkowości.

Ostatnia przesłanka faktyczna zarzutu niezgodności treści oferty z siwz dotyczy interfejsu łączącego jednostkę rozszerzającą z jednostką główną o wydajności minimum 20 Gbps (macierze dyskowe Infortrend EonNAS 1016 – tabela nr 10, str. 31 oferty). Zamawiający w opisie parametrów technicznych, dla przedmiotowych macierzy dyskowych, przy parametrach połączenia sieciowego wymagał w *przypadku stosowania jednostek rozszerzających pojemność: odrębny wysokowydajny interfejs łączący jednostki rozszerzające z jednostką główną, o wydajności minimum 20 Gbps*. W ofercie wykonawcy Sansec, w kolumnie trzeciej tabeli wypełnił informację o wydajności interfejsu łączącego – 24 Gbps oraz przekreślił słowo NIE. W toku rozprawy wykonawca Sansec przedłożył oświadczenie producenta Infortrend, w którym potwierdzał on, że *wszystkie macierze dyskowe EonNAS używają 24 Gb portu rozszerzającego SAS dla połączeń z półkami rozszerzającymi JBOD. Prędkość SAS 24 Gb na sekundę uzyskano dzięki wykorzystaniu portu SAS wide zlokalizowanego na karcie rozszerzeń SAS Expansion Board (jedno fizyczne połączenie z 4 liniami po 6 Gbps, dając 24 Gb na sekundę)*. Dodatkowo przedstawił w formie graficznej połączenie wraz z opisem. Odwołujący przedstawił natomiast wydruk opisu technicznego urządzenia EonNAS 1016T-1 z rozszerzeniem JBOD 2016, bez jego tłumaczenia z języka angielskiego. Ponieważ w części dotyczącej spornego zagadnienia, wystarczającym były oznaczenia nie wymagające tłumaczenia (symbole), Izba uznała, iż całość materiału dowodowego wskazywała, że zaoferowane urządzenie EonNAS 1016 z rozszerzeniem JBOD 2016 posiada przepustowość łącza SAS 24 Gb na sekundę. Powyższe wynikało z wykorzystania portu SAS wide (zgodnie z oświadczeniem producenta oraz specyfikacją techniczną złożoną przez Odwołującego), który umożliwia uzyskanie dwóch połączeń, z których każde posiadać będzie 24 Gb (w każdym 4 linie po 6 Gbps). Odwołujący kwestionował, aby prędkość ta była możliwa do uzyskania, chociaż z przedłożonej przez niego specyfikacji technicznej taka możliwość wynika. Nie budziło wątpliwości Izby, iż połączenie SAS wide jest jednym fizycznym połączeniem jednostki rozszerzającej z jednostką główną i nie przekonywały twierdzenia Odwołującego o czterech oddzielnych połączeniach, w tym każde po 6 Gbps. Zamawiający nie wymagał minimalnej przepustowości dla kanału transmisyjnego lecz dla całego interfejsu. W świetle powyższego Izba uznała, iż zarzut w tym elemencie nie został udowodniony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Sansec do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Izba ustaliła, iż wysokość zaoferowanej w ofercie wykonawcy Sansec ceny brutto wynosi 1.789.641,63 zł brutto. Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę netto 3.728.439,18 zł, a jednocześnie na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę brutto w wysokości 2.992.344,00 zł. Ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu kształtowały się na poziomie: 2.699.400,28 zł. brutto (oferta Konsorcjum ZSK), 3.092.753,74 zł. brutto (oferta Wasko), 3.096.358,64 zł. brutto (oferta Qumak). Z porównania tych wartości wynika, iż oferta wykonawcy Sansec była niższa już od kwoty środków, jakimi dysponuje Zamawiający o ponad 40 %, a od pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu na identyczny zakres przedmiotu świadczenia odpowiednio o ok. 33% i 42% .

Zamawiający w toku czynności badania ofert nie zwracał się do wykonawcy Sansec o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Jednocześnie Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie, a tym samym przyznał zasadność podnoszonych w nim zarzutów. Wykonawca Sansec jako przystępujący, zgłaszający sprzeciw w toku rozprawy jedynie ogólnie wskazał na brak przesłanek do tego, aby wzywać go do złożenia wyjaśnień w sytuacji, kiedy złożenie oferty nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji.

Rozstrzygając w przedmiocie tego zarzutu Izba miała na uwadze brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania. Zgodnie z tym artykułem, *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.* Nie może budzić wątpliwości, iż przepis ten nie zawierał żadnych stanowczych wytycznych pozwalających na ustalenie, kiedy zasadnym będzie zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych wskazuje się, że decyzję tą zamawiający podejmować winien przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych konkretnego postępowania. W tym zakresie Izba podziela w całości stanowisko Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008r. sygn. akt X Ga 127/08, iż „Zamawiający na etapie wstępnego badania ofert ocenia, czy w jego przekonaniu cena przedstawiona w ofercie nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. W czasie tego wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje, czy składniki ceny zamawiający, który nabierze podejrzeń co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczyna procedurę wyjaśnienia. Już od samego początku oceny proponowanych w ofertach cen widocznym jest, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem subiektywnym, zależnym od indywidualnej

oceny zamawiającego". Zatem to ocena przez zamawiającego ceny wykonawcy zaproponowanej w ofercie jest podstawą wszczęcia procedury wyjaśniającej.

Przenosząc powyższe rozważania na ocenę decyzji Zamawiającego o tym, aby nie zwracać się do Sansec. o złożenie wyjaśnień dotyczących ceny, badaniu podlegać powinny okoliczności, jakie Zamawiający miał na uwadze. Przy stanowisku Zamawiającego, który uwzględnił zarzut bez dalszych wyjaśnień i jednocześnie braku jakichkolwiek wyjaśnień wykonawcy Sansec, które pozwalałyby na uznanie, iż stwierdzony poziom różnicy w cenie nie powinien być budzić wątpliwości i podejrzeń u Zamawiającego, Izba uwzględniła w tym zakresie odwołanie. Izba mogła jedynie uwzględnić poziom różnicy w cenie oferty wykonawcy Sansec, w stosunku do ofert pozostałych wykonawców oraz szacunku Zamawiającego, który bez wiedzy o dodatkowych obiektywnych przyczynach mogących rozwiewać wątpliwości, uniemożliwił przyjęcie że dalsze wyjaśnienia nie są konieczne dla zachowania zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu. Jednocześnie należy wskazać, iż konieczność badania wystąpienia podstawy do wszczęcia postępowania z art. 90 ust. 1 ustawy pod kątem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie mieści się w dyspozycji tego przepisu. Zaniechanie wezwania wykonawcy Sansec do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż dopiero ocena wyjaśnień wykonawcy Sansec będzie dawała podstawę do podjęcia dalszych czynności w postępowaniu, w tym ewentualnej decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Jednocześnie wykonawca Sansec musi mieć możliwość wykazania rzetelności kalkulacji ceny ofertowej i odparcia ewentualnych dalszych zarzutów ze strony konkurencji.

Uwzględniając powyższe Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazała wezwanie wykonawcy Sansec do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Jednocześnie Izba oddaliła, jako przedwczesny i nie udowodniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy uznając, iż w pierwszej kolejności wykonawca Sansec powinien mieć możliwość złożenia wyjaśnień i poddaniu ich pod ocenę Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Sansec.

Izba ustaliła, iż podstawę zarzutu stanowi twierdzenie o niedostatecznym wykazaniu należytej realizacji dostaw wskazanych w *wykazie wykonanych głównych dostaw* na stronie 48 oferty. Odwołujący nie kwestionował samych dostaw, jako odpowiadających rodzajowo i wartościowo treści warunku udziału w postępowaniu, skupił się natomiast na wykazaniu, iż dokumenty złożone w ofercie oraz uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nie mogą być

traktowana jako *poświadczenie*, o jakim mowa w par. 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów (...), a wykonawca jednocześnie nie wykazał dopuszczalności zastąpienia poświadczeń innym dokumentem.

Sansec przedstawiło wykaz obejmujący trzy wymagane rodzajowo dostawy (serwerów – poz. 1, macierzy – poz. 2 i oprogramowania – poz. 3) wraz z protokołami odbioru oraz listem referencyjnym. Zamawiający w toku badania oferty zwrócił się do wykonawcy Sansec pismem z dnia 16.12.2014 r. o złożenie dokumentu potwierdzającego, że dostawa realizowana na rzecz Zakładu Informatyki Lasów Państwowych Sękocin Stary (poz. 1 wykazu), została należycie wykonana. Zamawiający uznał bowiem, iż z przedłożonej kopii protokołu odbioru nie wynika czy dotyczy on wykazanej w wykazie dostawy. W protokole wskazano jedynie, że *Wykonawca zgodnie z umową zrealizował dostawę przedmiotu zamówienia, wyszczególnionego w załączniku nr 1*. W uzupełnieniu wykonawca Sansec przedłożył załącznik nr 1 do protokołu (zawierającego opis przedmiotu dostawy oraz daty rozpoczęcia i zakończenia).

Zgodnie ze sposobem oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt VI.A.1.1 siwz, wraz z wykazem dostaw wykonawcy mieli załączyć dowody należytego wykonania dostaw, którymi są: poświadczenie lub oświadczenie Wykonawcy jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Postanowienie siwz stanowiło odwzorowanie treści paragrafu 1 ust. 2 ppkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...).

Oceniając charakter oraz treść dokumentów złożonych w celu wykazania należytej realizacji umów dostawy – protokołów odbioru oraz listu referencyjnego, Izba uznała, iż żaden z nich nie stanowi oświadczenia własnego wykonawcy mającego zastępować poświadczenie. Dokumenty te wystawione zostały bądź przez podmiot na rzecz którego dostawa została zrealizowana (referencja), a w przypadku protokołów odbioru z udziałem tych podmiotów. Ponieważ ustawodawca nie wprowadził szczególnej definicji poświadczenia należytego wykonania umowy, przy ocenie dokumentu konieczne jest co najmniej, aby z jego treści wynikało, iż zamówienie zostało wykonane w sposób należyty, a takie stwierdzenie winno pochodzić od odbiorcy tego zamówienia. Oceniając treść złożonych dokumentów, Izba uwzględniła treść oświadczeń, w których wystawcy dokumentów potwierdzali właściwe wykonanie umowy, bądź przez zamieszczenie stosownej klauzuli, bądź wskazanie na brak zastrzeżeń. Nie budziło wątpliwości, iż referencja załączona do oferty została wystawiona przez odbiorcę, tj. ComArch S.A., potwierdza wywiązanie się z umowy bez zastrzeżeń, a także wykonanie zamówienia z należyłą starannością. Odnośnie protokołów odbioru Zamawiający mógł ocenić ich przydatność w oparciu o oświadczenia, w których potwierdzano wykonanie dostawy, sprawdzenie sprzętu oraz brak dalszych uwag. Dodatkowo na rozprawie wykonawca Sansec przedłożył kopie umów, które ostatecznie

rozwiewały jakiegokolwiek wątpliwości co do możliwości uznania wystawionych protokołów za poświadczenia należytego wykonania zamówienia.

W związku z powyższym zarzut nie potwierdził się.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1-3 ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia treści zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców Wasko oraz Qumak.

Wykonawcy objęli klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa treść wypełnionych załączników nr 2 – tabeli parametrów technicznych. Zgodnie ze sposobem wypełnienia narzuconym przez Zamawiającego wykonawcy mieli podać pełne nazwy producenta i modelu oferowanego urządzenia (przed tabelą) oraz wypełnić kolumnę trzecią zgodnie z szczegółowymi wytycznymi zawartymi w poszczególnych tabelach. Wykonawcy albo wskazywali parametry potwierdzające spełnienie wymagań z kolumny nr 2, albo jedynie przekreślali odpowiednio słowo TAK lub NIE. Skreślenie słowa NIE i pozostawienie słowa TAK oznaczało, iż zaproponowane urządzenie spełnia co najmniej wymagany przez Zamawiającego parametr minimalny, tj. charakteryzuje się identyczną lub lepszą wartością parametru.

Obaj wykonawcy złożyli wypełnione formularze nr 2 wraz z uzasadnieniem ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Treść tych oświadczeń stanowiła jedyny punkt odniesienia dla ustalenia rzeczywistej podstawy objęcia klauzulą poufności tej części ofert. Po zapoznaniu się z treścią pism obu wykonawców Izba uznała, iż dane identyfikujące produkt, jego wybiórcze cechy oraz producentów określone w sposób ogólny nie pozwalały na przyznanie tym informacjom wartości przypisywanych przez wykonawców. Zdecydowanie zbyt daleko idącym było stwierdzenie, iż umiejętność dobrania parametrów urządzeń i ich właściwości stanowi proces o charakterze technicznym/technologicznym, rozumianym jako sposób wytwarzania wzorów i metod działania wykonawcy. Przez wskazanie minimalnych parametrów urządzeń Zamawiający faktycznie dokonał wstępnego zestawienia urządzeń, których dobór pozostawił wykonawcom. Wiedza o urządzeniach i ich parametrach jest powszechnie dostępna dla profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego. Skoro zadaniem wykonawców nie było zaprojektowanie gotowego rozwiązania, co wymagałoby opracowania autorskiej koncepcji wykonawcy sposobu wykonania zamówienia, trudno dopatrywać się w czynności samego doboru urządzeń, wartości gospodarczej uzasadniającej wyłączenie zasady jawności obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba ustaliła, iż elementy przedmiotu zamówienia, o których informacja miała stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, dotyczą urządzeń producentów powszechnie znanych, a zatem możliwych do ustalenia przez osobę mającą wiedzę w tym przedmiocie, która nie jest wiedzą unikatową. Objęcie klauzulą informacji o modelu

urządzenia, a także wybiórczo opisywanych parametrach lub samego potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego, w ocenie Izby nie miało na celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz uniemożliwienie konkurentom oceny oferty i jej ewentualne podważenie jako zgodnej z treścią siwz.

W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu udostępnienie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu tabel parametrów technicznych sporządzonych z ofert wykonawcy Wasko oraz Qumak.

Mając na uwadze zasadność części zarzutów opisanych powyżej Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 ppkt 2 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy oraz uzasadnione koszty Odwołujących stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, koszty opłaty skarbowej oraz koszty dojazdu i obciążyła nimi przystępującego po stronie Zamawiającego, który zgłosił sprzeciw.

Przewodniczący: