

Sygn. akt: KIO 2550/13

## WYROK

z dnia 19 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2013 r. przez wykonawcę: **Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie (02-678), ul. Szturmowa 2a** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów w Warszawie (00-916), ul. Świętokrzyska 12**

przy udziale:

- wykonawcy: **S&T Services Polska Sp. z o.o. w Warszawie (02-676), ul. Postępu 21D,**
- wykonawcy: **AGN Polska Sp. z o.o. w Warszawie (04-802), ul. Zbójnogórska 36A,**
- wykonawcy: **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe "KONCEPT" Sp. z o.o. w Krakowie (30-017), ul. Raclawicka 56,**
- wykonawcy: **Kapsch Sp. z o.o. w Warszawie (02-822), ul. Poleczki 35,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy: **Sygnity S.A. w Warszawie (02-486), Al. Jerozolimskie 180,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie (02-678)** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie (02-678)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie (02-678)** na rzecz zamawiającego: **Ministerstwa Finansów w Warszawie (00-916), ul. Świętokrzyska 12** kwotę **3 500 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze 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:** .....

Sygn. akt: KIO 2550/13

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa sprzętu IT wraz z usługami towarzyszącym” zostało wszczęte przez Ministerstwo Finansów w Warszawie, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 136-235770) w dniu 16 lipca 2013 r.

W dniu 31 października 2013 r. odwołanie wniósł wykonawca: Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zmiany przez Zamawiającego, w zakresie opisanym w odwołaniu, treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), która została dokonana pismem z dnia 21 października 2013 r. Czynność ta miała, zdaniem Odwołującego, stanowić naruszenie „art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r, Poz. 168 - tekst jednolity)”. Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu, iż ten zaniechał określenia na czym polegać będzie nadzór konsorcjum HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. nad realizacją przedmiotu umowy zawartej po przeprowadzeniu niniejszego Postępowania, a tym samym nie wykonał prawomocnego wyroku Izby wydanego w sprawie KIO 1823/13, co stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 146 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 192 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp, a także doprowadziło do naruszającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp utrzymania w mocy postanowienia ograniczającego uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o dokonanie odpowiednich, wnioskowanych przez niego, zmian treści SIWZ.

W dniach 6 i 7 listopada 2013 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego doręczyli następujący wykonawcy: S&T Services

Polska Sp. z o.o. w Warszawie, AGN Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe "KONCEPT" Sp. z o.o. w Krakowie oraz Kapsch Sp. z o.o. w Warszawie.

Pismem, doręczonym Prezesowi Izby w dniu 7 listopada 2013 r., wykonawca: Sygnity S.A. w Warszawie., dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W toku posiedzenia Izby z udziałem stron, Odwołujący zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu powołanego wykonawcy do postępowania odwoławczego, twierdząc, iż nie wykazał on, aby rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego leżało w jego interesie. Izba oddaliła zgłoszoną opozycję, uznała bowiem, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił, że Sygnity S.A. nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Nie zostało bowiem uprawdopodobnione, aby wykonawca zgłaszający przystąpienie nie miał interesu w kwestionowaniu zasadności postulowanych przez Odwołującego zmian w treści SIWZ.

Skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także sporządzone w języku polskim dokumenty przedstawione Izbie w toku postępowania odwoławczego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 16 lipca 2013 r. opublikował na stronie internetowej treść SIWZ. Zgodnie z pkt I.3 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku A do SIWZ (SOPZ). Zgodnie z treścią powołanego załącznika do SIWZ, jego treść została dookreślona w kolejnych, dziewiętnastu załącznikach do tegoż SOPZ, w tym m.in. załącznik nr IV do SOPZ opisany został jako: „*Wymagane parametry techniczne dla urządzeń teleinformatycznych*”, zaś załącznik nr XIX do SOPZ jako: „*Scenariusz rozbudowy systemów infrastrukturalnych w CPD MF*”. Co istotne, ostatni, dziewiętnasty załącznik do SOPZ, zawierał dalsze trzy załączniki, z których drugi został zatytułowany:

*„Wymagania dla rozbudowy systemów infrastrukturalnych Załącznik nr 2 do scenariusza rozbudowy”.*

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający kolejnymi pismami, z dnia 2, 7 i 20 sierpnia, a także 21 października oraz 13 listopada 2013 r. dokonał zmian pierwotnej treści SIWZ.

W związku z postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego zapadły też dwa wyroki Izby wydane w sprawach: KIO 1823/13 oraz KIO 2096/13. W pierwszym z tych orzeczeń, Izba uwzględniając rozpoznawane odwołanie nakazała Zamawiającemu m.in. *„zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wyjaśnienie, na czym będzie polegał nadzór konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. nad realizacją założeń SPKiCSCP i przygotowanym procesem Konsolidacji i Centralizacji Systemów Celnych i Podatkowych (KiCSCP)”.*

W dniu 31 października 2013 r. wpłynęło do Prezesa Izby odwołanie, w którym Odwołujący zawarł podnoszone przez siebie zarzuty w siedmiu kolejnych punktach.

W punkcie pierwszym, powołując się na treść sentencji orzeczenia Izby wydanego w sprawie KIO 1823/13 oraz odnosząc się do treści pisma z dnia 21 października 2013 r., Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten nie wykonał powołanego wyroku Izby i nie wyjaśnił *„na czym będzie polegał nadzór konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. nad realizacją założeń SPKiCSCP i przygotowanym procesem Konsolidacji i Centralizacji Systemów Celnych i Podatkowych (KiCSCP)”*, o którym to nadzorze mowa jest we wstępie do SOPZ. Zaniechanie to stanowić miało naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 146 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 192 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp, a ponadto doprowadziło ono do naruszającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp utrzymania w mocy postanowienia ograniczającego uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający we wniesionej przez siebie odpowiedzi na odwołanie przyznał, że publikując zmiany treści SIWZ opisane w piśmie z dnia 21 października 2013 r. nie wskazał na czym polegać ma nadzór autorski, a także, że mając na uwadze wyrok wydany w sprawie KIO 1823/13 w dniu 13 listopada 2013 r. dokonał odpowiednich zmian w treści załącznika A do SIWZ, w tym m.in. dodał do załącznika A do SIWZ załącznik nr XX opisujący zakres nadzoru autorskiego realizowanego przez konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o.

W toku postępowania odwoławczego nie zostało, w ocenie Izby, wykazane, aby Zamawiający poprzez zaniechanie wykonania wyroku Izby dopuścił się naruszenia

art. 146 ust. 6 ustawy Pzp czy też art. 192 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp. Przepisy te nie są adresowane do Zamawiającego i nie regulują materii postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym nie mogą zostać przez Zamawiającego naruszone. Pierwszy z nich (art. 146 ust. 6 ustawy Pzp) stanowi dla Prezesa UZP podstawę prawną dla wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Nie określa on żadnych obowiązków Zamawiającego, a jedynie wskazuje, że w przypadku dopuszczenia się przez niego określonych naruszeń, doniosłych dla wyniku postępowania, określone uprawnienie przysługuje Prezesowi UZP. Kolejne dwa przepisy (192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp) adresowane są do Izby rozpoznającej odwołanie wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem także one nie mogą zostać przez Zamawiającego naruszone.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazywał, iż zaniechanie ze strony Zamawiającego dokonania nakazanej przez Izbę zmiany treści SIWZ doprowadziło do naruszającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp utrzymania w mocy postanowienia ograniczającego uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Jak to już zostało wskazane Zamawiający przyznał, że w piśmie z dnia 21 października 2013 r. nie wskazał na czym polegać ma nadzór autorski, a także, że mając na uwadze wyrok wydany w sprawie KIO 1823/13 w dniu 13 listopada 2013 r. dokonał odpowiednich zmian w treści załącznika A do SIWZ. Uwzględniając przepis art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, który stanowi, że nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, Izba przyjęła, iż nie było sporne między Stronami, iż do dnia 13 listopada 2013 r. Zamawiający nie zawarł w treści SIWZ opisującego zakres nadzoru autorskiego realizowanego przez konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o.

W świetle zapadłego wcześniej orzeczenia Izby KIO 1823/13, oraz w wyniku analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, uznać należało, iż nieuwzględnienie w treści SIWZ postulowanej przez Odwołującego oraz nakazanej przez Izbę treści stanowiło naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Niemniej jednak, w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym, brak podstaw, aby przyjąć, że naruszenie to może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, że zasadność rozpoznawanego zarzutu przemawia za uwzględnieniem odwołania. W dniu 13 listopada 2013 r. Zamawiający dokonał bowiem zmian treści SIWZ. Zmiany te mają, w ocenie Zamawiającego, określać w stopniu wystarczającym zakres nadzoru autorskiego realizowanego przez konsorcjum firm

HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. Co istotne, Izba w tym postępowaniu nie miała podstaw do tego, aby orzekać o tym, czy dokonane przez Zamawiającego zmiany treści SIWZ nie naruszają przepisów ustawy. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu – z oczywistych względów w odwołaniu, w którym zarzucano Zamawiającemu zaniechanie dokonania odpowiednich zmian w treści SIWZ, nie mogły zostać podniesione zarzuty wobec nowej treści SIWZ ukształtowanej dopiero w dniu 13 listopada 2013 r.

Na marginesie wskazać należało, iż w odwołaniu nie zostało zawarte żądanie wskazania w treści SIWZ, że to nie HP jest autorem SIWZ, czy też samego SOPZ, niemniej jednak, w toku rozprawy przed Izba, Zamawiający oświadczył, że autorami dokumentacji postępowania są pracownicy Ministerstwa Finansów.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów, opisanych w punktach od drugiego do siódmego, gdzie poprzez wskazanie na określoną treść SIWZ Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten przez nadanie tejże treści SIWZ nieodpowiedniego brzmienia, dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Izba poczyniła wspólne dla wszystkich zarzutów ustalenia i podjęła odpowiednie rozstrzygnięcia.

Stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej musi wykazać, że zamawiający swoim działaniem, bądź zaniechaniem działania do którego był zobowiązany, dopuścił się naruszenia określonych przepisów ustawy. Chodzi tu przy tym o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zdefiniowanej w art. 1 tej ustawy, a nie jakiegokolwiek innej ustawy. Dlatego też Izba nie rozstrzygała, uznając się za niewłaściwą w tym zakresie, o zasadności twierdzeń o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Ponadto, co istotne dla oceny zasadności zarzutów opisanych w punktach od drugiego do siódmego, Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 21 października 2013 r., Zamawiający w punktach 3), 4) i 5), zawarł stwierdzenie, iż odpowiednio załączniki II, IV i XIX (zał. 2) do SOPZ „w nowym brzmieniu” stanowią załączniki do tegoż pisma. Odwołujący z tego sformułowania wywiódł, iż są to zupełnie nowe dokumenty, w których w całości zawarte zostały nowe zapisy, stąd też można całą ich treść kwestionować na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby stanowisko to nie znajduje uzasadnienia w ustalonym stanie faktycznym, jest zbyt daleko idące, a przyjęcie argumentacji Odwołującego za zasługującą na uwzględnienie, doprowadziłoby *de facto*

do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania wobec zapisów SIWZ, które zostały ukształtowane przed dniem 21 października 2013 r. W rozpoznawanej sprawie, koniecznym było porównanie treści poszczególnych zapisów SIWZ, których prawidłowość kwestionowana była przez Odwołującego, w brzmieniu obowiązującym po wprowadzeniu zmian z dnia 21 października 2013 r. z zapisami, które były obowiązującymi, w brzmieniu sprzed tej daty. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu regulacji art. 182 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy odwołanie zostało wniesione w dniu 31 października 2013 r., za zarzuty podniesione w terminie i podlegające rozpoznaniu Izby można było uznać jedynie te, które zmierzały do zakwestionowania nowej w dniu 21 października 2013 r. treści SIWZ, która przed tym dniem nie była wykonawcom znana. Tym samym podważanie prawidłowości zapisów ustalonych przed tą datą, uznać należało za działanie spóźnione.

Jako okoliczność niesporną pomiędzy Stronami, Izba przyjęła, iż z treści SIWZ, w tym SOPZ, a w szczególności z załącznika 2 do załącznika XIX do SOPZ, wynika, że każdy z dwóch systemów infrastrukturalnych, których rozbudowa objęta jest przedmiotem zamówienia, został zbudowany w oparciu o produkty określonych producentów, odpowiednio system KiC 1A – zbudowano na z wykorzystaniem produktów IBM, zaś system KiC 1B – produktów HP.

Uwzględniając powyższe, Izba w odniesieniu do kolejnych zarzutów podnoszonych przez Odwołującego ustaliła i zważyła, co następuje.

W punkcie drugim, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający pismem z dnia 21 października 2013 r. w załączniku IV do SOPZ w rozdziale 5.5 zmodyfikował treść definicji cechy „*Pamięć podręczna*” poprzez dodanie postanowienia: „*nie dopuszcza się możliwości skalowania pamięci cache poprzez klastrowanie par kontrolerów.*” Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego postanowienie to uniemożliwiało złożenie oferty spełniającej to wymaganie w przypadku rozbudowy systemu AI\_01 w oparciu o macierz 3PAR określonej w załączniku XIX do SOPZ, załącznik 2, rozdział 2, system AI\_01 akapit: „*Sprzęt dostarczony w ramach KiC 1B podlegający rozbudowie*”, w zakresie wymagania załącznika XIX do SOPZ, załącznik 2, rozdział 1 o treści „*Rozbudowa systemu infrastrukturalnego nie może ograniczać funkcjonalności obecnych rozwiązań*”. Podkreślał on, iż macierz 3PAR, będąca elementem systemu zbudowanego w oparciu o produkty HP (KiC 1b) nie posiada oczekiwanej przez Zamawiającego, a objętej zarzutem, właściwości. Mają to na uwadze, wnioskował on o usunięcie kwestionowanego zapisu.

Zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2013 r. usunął z treści SIWZ zaskarżony element definicji cechy „*Pamięć podręczna*”, uczynił tym samym zadość żądaniu Odwołującego.



Tym samym uznał *de facto* słuszność podnoszonego przez Odwołującego zarzutu. Fakt ten pozwolił Izbie przyjąć, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie nowej treści definicji cechy „*Pamięć podręczna*” w zakresie wskazanym przez Odwołującego. Niemniej jednak, wobec dokonanej przez Zamawiającego zmiany treści SIWZ pismem z dnia 13 listopada 2013 r. brak było podstaw do uznania, iż stwierdzone naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – kwestionowany przez Odwołującego zapis został bowiem wykreślony.

Podobnie, jak w przypadku zarzutu sformułowanego w punkcie pierwszym odwołania, Izba uznała, iż nowa treść SIWZ, ustalona pismem z dnia 13 listopada 2013 r. i nieobjęta zarzutami zawartymi w odwołaniu, nie może być przez Izbę oceniana w tym postępowania odwoławczym.

W punkcie trzecim, Odwołujący powołując się na wskazany przez siebie zapis załącznika XIX do SOPZ, załącznika 2, rozdziału 2, system AI\_12, twierdził, iż Zamawiający nie wskazał pełnej listy posiadanych w ramach systemu AI\_12 narzędzi.

Zarzut ten w toku rozprawy przed Izbą został przez Odwołującego wycofany, tym samym nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

W punkcie czwartym, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający w załączniku IV do SOPZ w rozdziale 5.7.1 pozostawił wymóg możliwości rozbudowy o treści: „*Możliwość instalacji w obrębie obudowy, portów do obsługi protokołu FCoIP oraz FCoE.*” Wywodził on, iż postanowienie to powodowałoby niezgodność oferty wykonawcy z SIWZ w zakresie rozbudowywanego systemu AI\_17 niezależnie, którego z dostawców urządzenie określone w załączniku XIX do SOPZ, załącznik 2, rozdział 2, system AI\_01 byłoby rozbudowane. Zgodnie bowiem z jego najlepszą wiedzą posiadane przez Zamawiającego urządzenia, o których mowa w załączniku XIX do SOPZ, załącznik 2, rozdział 2, system AI\_01, nie mają możliwości spełnienia powyższej funkcjonalności zarówno przed rozbudową jak i po rozbudowie. Wnosił o wykreślenie powołanego postanowienia SIWZ.

W ocenie Izby zarzut ten nie mógł być przez Izbę rozpoznany, został bowiem podniesiony po terminie. Kwestionowany przez Odwołującego zapis załącznika IV do SOPZ, rozdziału 5.7.1 stanowił element opisu cechy „*Możliwość rozbudowy*” odnoszącej się do szkieletu komunikacyjnego przełącznika SAN. Jak ustaliła Izba, zapis ten w przywołanym tu zakresie, stanowił element opisu cechy „*Możliwość rozbudowy*” już w pierwotnej treści SIWZ opublikowanej w dniu 16 lipca 2013 r. Dlatego też, działanie Odwołującego, jako zmierzające do podważania prawidłowości zapisów ustalonych przed dniem 21 października 2013 r., uznać należało za działanie spóźnione.

W punkcie piątym, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający w załączniku XIX do SOPZ, załącznik 2, rozdział 2, system AI\_17, w opisie „*CloudSystem Enterprise EE/ 7.x moduł pamięci masowych, podsystem sieci SAN HP SN8000B*” wprowadził postanowienie powodujące niezgodność tegoż opisu z charakterystyką produktów sprzętowych określonych w znajdującej się pod tym opisem tabeli. Twierdził on, iż niezgodność ta powoduje niemożność złożenia oferty spełniającej to wymaganie w przypadku rozbudowy systemu AI\_17, ponieważ posiadane przez Zamawiającego wskazane w załączniku XIX do SOPZ załącznik 2, rozdział 2, system AI\_17 urządzenia nie mają możliwości realizacji tej funkcjonalności przed rozbudową i po rozbudowie. Mając to na uwadze, wnioskował o usunięcie tabeli znajdującej się pod przywołanym opisem, a ponadto o uzupełnienie specyfikacji sprzętowej i oprogramowania o rzeczywiście dostarczone w ramach systemu KiC 1B urządzenia, tj. HP SN8000B oraz oprogramowanie HP Storage Essential.

W ocenie Izby zarzut ten nie mógł być przez Izbę rozpoznany, został bowiem podniesiony po terminie. Kwestionowany przez Odwołującego zapis załącznika XIX do SOPZ, załącznik 2, rozdział 2, system AI\_17 ustalony został pismem z dnia 2 sierpnia 2013 r. (pkt 1.42) lit. c) ppkt (2) – str. 21 pisma). Dlatego też, działanie Odwołującego, jako zmierzające do podważania prawidłowości zapisów ustalonych przed dniem 21 października 2013 r., uznać należało za działanie spóźnione.

Na marginesie zauważyć należy, iż Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2013 r. (pkt 3) w załączniku XIX do SOPZ, załącznik 2, rozdział 2, system AI\_17 dodał wskazanie na oprogramowanie HP Storage Essentials.

W punkcie szóstym, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający w załączniku XIX do SOPZ, załącznik nr 2, rozdział 3, strona 33, pozycja tabeli 23 zmodyfikował treść definicji pojęcia „*Wirtualizacja zasobów*” w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Zapis ten brzmiał: „*System musi zapewniać sprzętowe wsparcie dla wirtualizacji zagnieżdżonej, w szczególności w zakresie możliwości zastosowania trybu XP mode w Windows 7 posiadanych przez Zamawiającego, a także instalacji wszystkich funkcjonalności w tym Hyper-V pakietu Windows Server 2012 posiadanych przez Zamawiającego, na maszynie wirtualnej.*” Zdaniem Odwołującego jest to jednoznaczne wskazanie na preferencje dla firmy VMWare. Fakt ten powodować miał niemożność złożenia oferty spełniającej to wymaganie w przypadku rozbudowy systemu AI\_08 w oparciu o oprogramowanie firmy Microsoft określonej w załączniku XIX do SOPZ, załącznik 2, rozdział 2, system AI\_08, akapit „*Oprogramowanie dostarczone w ramach KiC 1B*” w odniesieniu do wymagania zapisu z tego samego załącznika rozdział 1 o treści „*Rozbudowa systemu infrastrukturalnego nie może ograniczać funkcjonalności obecnych rozwiązań.*” Zgodnie z oświadczeniem

Odwołującego produkt Hyper-V nie posiada bowiem takiej właściwości. Mając to na uwadze wnioskował o usunięcie całego kwestionowanego przez siebie zapisu, ewentualnie o wykreślenie jego części, tj. frazy: „*a także instalacji wszystkich funkcjonalności w tym Hyper-V pakietu Windows Server 2012 posiadanych przez Zamawiającego, na maszynie wirtualnej*”.

Jak ustaliła Izba, kwestionowany przez Odwołującego zapis załącznika XIX do SOPZ, załącznik nr 2, odnosił się do systemu AI\_08 „*System wirtualizacji zasobów w CPD MF*”. Porównanie pierwotnej treści załącznika XIX do SOPZ, załącznik nr 2, opublikowanej w dniu 16 lipca 2013 r., z kwestionowanym zapisem, zawartym w wersji powołanego załącznika ustalonej pismem z dnia 21 października 2013 r., pozwoliło Izbie stwierdzić, że w dniu 21 października 2013 r. Zamawiający uszczegółowił pierwotny zapis (str. 13 pierwotnej treści załącznika XIX do SOPZ, załącznika nr 2) o dwukrotne dopisanie w 23 pozycji tabeli wyrażenia „*posiadanych przez Zamawiającego*”. Zmiana ta, w kontekście twierdzeń Odwołującego, oceniona musiała zostać jako nieistotna dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutu. Co ważne, samo odwołanie w treści 23 pozycji tabeli do „*instalacji wszystkich funkcjonalności w tym Hyper-V pakietu Windows Server 2012*” zostało zawarte już w treści SIWZ z dnia 16 lipca 2013 r. Dlatego też, działanie Odwołującego, jako zmierzające do podważania prawidłowości zapisów ustalonych przed dniem 21 października 2013 r., uznać należało za działanie spóźnione.

Na marginesie zauważyć należy, iż Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2013 r. (pkt 4) wykreślił w załączniku XIX do SOPZ, załącznik nr 2, rozdział 3, strona 33 pozycja tabeli 23 słowa: „*a także instalacji wszystkich funkcjonalności w tym Hyper-V pakietu Windows Server 2012 posiadanych przez Zamawiającego, na maszynie wirtualnej*”.

W punkcie siódmym, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający w załączniku XIX do SOPZ, załącznik nr 2 zawarł wskazanie na nowe funkcjonalności i wymagania oraz powiązania systemów w jeden system stojące w sprzeczności z tytułem przetargu „*Dostawa sprzętu IT wraz z usługami towarzyszącymi*”. W celu uzasadnienia swych twierdzeń wskazał na fragment opisujący System AI\_05: strona 21, pozycja tabeli 29, o treści: „*mechanizmami macierzy dyskowych lub mechanizmami wirtualizatorów macierzy (jeżeli będą wykorzystywane przez Wykonawcę). Wymagane jest, aby system w pełni zarządzał całym procesem - zarządzanie macierzą lub wirtualizatorem macierzy poprzez uruchomienie kopii migawkowych lub klonów, kontrola aplikacji.*”, a także na kolejny fragment opisujący System AI\_05: strona 24, pozycja tabeli 46, o treści: „*Zasoby udostępniane z macierzy dyskowych i wirtualizatorów macierzy muszą być podłączone do oddzielnych fizycznych interfejsów FC (kart HBA). Wykonawca rozbudowując System zobowiązany jest do dostarczenia takiej ilości*

*kart HBA, która zapewni oddzielenie ruchu generowanego na biblioteki i napędy taśmowe od tego jaki jest generowany przy dostępie do zasobów dyskowych znajdujących się na macierzach czy wirtualizatorze macierzy."* Zapisy te według Odwołującego świadczą miały o powiązaniu systemu AI\_05 z systemem AI\_01. Odnosząc się do przywołanych fragmentów opisu systemu AI\_05 Odwołujący twierdził, iż ich treść wprowadza w błąd potencjalnych wykonawców poprzez zaniechanie podania szczegółowego opisu składników i architektury systemu AI\_01, do których odwołuje się w innych systemach np. AI\_05. Pojawia się tam bowiem pojęcie wirtualizator macierzy, które nie występuje w wymaganiach i opisie dostarczonych produktów w ramach projektów KiC1A i 1B dla systemu AI 01 strona 3 i 4. Skutkuje to brakiem możliwości dostarczenia rozbudowy systemu nienaruszającego zapisu zawartego w rozdziale 1 o treści: *„Rozbudowa systemu infrastrukturalnego nie może ograniczać funkcjonalności obecnych rozwiązań."*

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o wprowadzenie w załączniku XIX do SOPZ załączniku nr 2 postanowień opisujących szczegółowe powiązania i architekturę wszystkich rozbudowywanych systemów w jeden system chmury obliczeniowej jako kontynuacji projektów KiC 1A i KiC 1B poprzez rozbudowę, zgodnie z definicjami zawartymi w załączniku I do SOPZ strona 12 *„Chmura obliczeniowa"*, SIWZ rozdział I pkt 2): *„rozbudowę i konfigurację informatycznej infrastruktury technicznej i oprogramowania, opartej na koncepcji chmury obliczeniowej."*; SIWZ\_ZAL\_A\_SOPZ, strona 5: *„Zamawiający opracował Architekturę Referencyjną środowiska IT CPD MF, która bazuje na modelu funkcjonalnym prywatnej chmury obliczeniowej."*; SIWZ\_ZAL\_C\_UMOWA, strona 5: *„Całość Sprzętu i Oprogramowania Standardowego oraz Systemów Infrastrukturalnych zainstalowanych u Zamawiającego, w tym część dostarczana przez Wykonawcę. Jej konstrukcja oparta jest na koncepcji prywatnej chmury obliczeniowej, przy czym aplikacje Systemów Infrastrukturalnych służą do wspierania wydajności i bezpieczeństwa Platformy Aplikacyjnej, na której instalowane są Systemy Biznesowe Zamawiającego."*; SIWZ\_ZAL\_C\_UMOWA, strona 8 określający przedmiot umowy: *„rozbudowę i konfigurację informatycznej infrastruktury technicznej i oprogramowania, opartej na koncepcji chmury obliczeniowej."*

Izba rozstrzygając o zasadności tak skonstruowanego zarzutu związana była przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym jest zobowiązana rozpoznać odwołanie w granicach zarzutów w nim zawartych. Dlatego też poza zainteresowaniem Izby musiały pozostać twierdzenia Odwołującego sformułowane dopiero na etapie rozprawy, a nie zawarte w rozpoznawanym odwołaniu, tj. zarzut niezawarcia w treści SIWZ opisu jak i przez który system ma być realizowane połączenie pomiędzy poszczególnymi systemami, czy też zaniechania wskazania systemów, które mają posłużyć zbudowaniu

chmury obliczeniowej. Wszystkie przytoczone tu twierdzenia Odwołującego zostały uznane przez Izbę za próbę nieuprawnionego na gruncie ustawy Pzp rozszerzenia zarzutów sformułowanych w odwołaniu. Nie mogły one tym samym oddziaływać na ocenę zasadności zarzutu podniesionego w punkcie siódmym odwołania.

Analiza treści odwołania i jego uzasadnienia w zakresie odnoszącym się do rozpoznawanego zarzutu pozwoliła Izbie stwierdzić, iż Odwołujący ogólne twierdzenia o nowych funkcjonalnościach i wymaganiach oraz niejasnych powiązaniach systemów, ograniczył i doprecyzował, w dalszej części uzasadnienia odwołania, wskazując na fakt, iż w opisie systemu AI\_01 nie pojawia się pojęcie „*wirtualizator macierzy*”, do którego odwołuje się opis systemu AI\_05 w przytoczonych przez niego fragmentach SIWZ. Ważnym przy tym dla rozstrzygnięcia jest fakt, iż opis systemu AI\_05 został umieszczony w SIWZ dopiero po zmianach z dnia 21 października 2012 r.

Zasadność tak sformułowanego zarzutu potwierdza również pośrednio treść pytania nr 21 zawartego w piśmie z dnia 21 października 2013 r., w którym jeden z wykonawców stwierdził, iż wskazane w opisie systemu AI\_01 licencje świadczą o wykorzystywaniu przez Zamawiającego wirtualizatora macierzy dyskowych.

Co istotne, w ocenie Izby, za uznaniem zasadności tegoż zarzutu przemawia również postępowanie Zamawiającego, który pismem z dnia 13 listopada 2013 r. w punkcie 5 dodał do opisu systemu AI\_01 wskazanie na wirtualizator macierzy IBM SAN Volume Controller (SVC). Świadczy to o faktycznym uznaniu przez Zamawiającego zasadności podnoszonego przez Odwołującego zarzutu. Podkreślenia wymaga przy tym, że zaistnienie tej okoliczności, przesądzającej o stwierdzeniu dopuszczenia się przez Zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zdecydowało również o uznaniu, iż brak było podstaw do przyjęcia, że stwierdzone naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W obecnie obowiązującej wykonawców treści SIWZ zawarte zostało w opisie systemu AI\_01 wskazanie na wirtualizator macierzy, którego brak Odwołujący podnosił.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione

koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....