

Sygn. akt: KIO 2054/13  
KIO 2057/13  
KIO 2063/13

**WYROK**  
z dnia 13 września 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września i 11 września 2013 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 23 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa**, sygn. akt KIO 2054/13,
- B. w dniu 23 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Bull Polska Sp. z o.o. ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa**, sygn. akt KIO 2057/13,
- C. w dniu 23 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Andra Sp. z o.o. ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa**, sygn. akt KIO 2063/13

w postępowaniu prowadzonym przez

**Centralny Ośrodek Informatyki ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

- A. **Andra Sp. z o.o. ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2054/13 po stronie odwołującego oraz o sygn. akt KIO 2057/13 po stronie zamawiającego,
- B. **Bull Polska Sp. z o.o. ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2054/13 oraz KIO 2063/13 po stronie zamawiającego,

**C. Comparex Poland Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2054/13, KIO 2057/13 oraz KIO 2063/13 po stronie zamawiającego,

**D. Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2057/13 oraz KIO 2063/13 po stronie odwołującego

**orzeka:**

- 1. oddala wszystkie odwołania,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Qumak S.A. w sprawie o sygn. KIO 2054/13, Bull Polska Sp. z o.o. w sprawie o sygn. KIO 2057/13, Andra Sp. z o.o. w sprawie o sygn. KIO 2063/13 i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Qumak S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Bull Polska Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Andra Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) 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 2054/13**  
**KIO 2057/13**  
**KIO 2063/13**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Centralny Ośrodek Informatyki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę dwóch serwerów bazodanowych wraz z systemem operacyjnym i oprogramowaniem dodatkowym” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 maja 2013 r. pod numerem 2013/S 99-169179. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

23 sierpnia 2013 r. zostały złożone trzy odwołania.

### Odwołanie sygn. KIO 2054/13

Odwołujący – Qumak S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 7 ust. 1 poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez błędne jego zastosowanie wskutek nieuzasadnionego przyjęcia, że oferta Qumak S.A. w swej treści jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez błędne jego zastosowanie wskutek nieuzasadnionego przyjęcia, że złożenie oferty Qumak S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. art. 91 ust. 1 pkt 2 poprzez brak precyzyjnego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Qumak S.A. jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Comparex Poland Sp. z o.o.,
2. unieważnienia czynności oceny ofert,
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Qumak S.A.,
4. powtórzenia czynności oceny ofert,

5. wyboru oferty Qumak S.A. jako najkorzystniejszej

oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż odrzucając ofertę Qumak S.A. zamawiający stwierdził, że zastosowany sposób wyceny opcji poprzez wkalkulowanie jej ceny do zamówienia podstawowego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ujęcie kosztów opcji w zamówieniu podstawowym jest żądaniem zapłaty za usługi i dostawy jeszcze nie zrealizowane, a być może w ogóle nie realizowane, co wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie taki zapis ceny oferty powoduje jej niezgodność z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wskazywał bowiem w specyfikacji na zamówienie podstawowe i możliwość skorzystania z opcji, a w ofercie otrzymał jedną wycenę prowadzącą się do realizacji całości zamówienia w ramach zamówienia podstawowego.

W ocenie odwołującego decyzja zamawiającego w tym zakresie jest bezpodstawna, bowiem nie można uznać, że złożenie przez Qumak S.A. oferty narusza przywołany przepis. Aby czyn został uznany za czyn nieuczciwej konkurencji, muszą być spełnione łącznie dwie przesłanki: aby czyn był sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami oraz by zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy. Zamawiający nie wskazał żadnego przepisu prawa, który zakazywałby odwołującemu ukształtowanie ceny za opcję na poziomie 1,92 zł brutto i takiego przepisu nie ma. Zamawiający nie wskazał także, czym takie ukształtowanie oferty narusza czyjś interes. Wykonawca może w sposób dowolny kształtować poszczególne elementy ceny.

Zamawiający zastrzegł w punkcie 4.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia prawo skorzystania z następującego rodzaju opcji: w okresie 48 miesięcy od dnia podpisania umowy zamawiający zastrzega sobie możliwość 1) skorzystania z prawa opcji dokonania permanentnej aktywacji dodatkowo do 64 rdzeni w każdym serwerze RISC wraz ze wsparciem oprogramowania i prawem do pobierania wersji głównych całości oprogramowania, których licencjonowanie uzależnione jest od ilości aktywnych rdzeni, na pozostały okres obowiązywania gwarancji dla sprzętu, 2) skorzystania z prawa opcji dokonania permanentnej aktywacji dodatkowo do 2TB pamięci RAM w każdym serwerze RISC wraz ze wsparciem oprogramowania i prawem do pobierania wersji głównych całości oprogramowania, których licencjonowanie uzależnione jest od ilości aktywnej pamięci RAM, na pozostały okres obowiązywania gwarancji dla sprzętu – obie opcje łącznie, jak i oddzielnie.

Taki opis opcji powoduje, że przy niektórych technicznych rozwiązaniach oferowanego sprzętu, zgodnych z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozwiązanie podstawowe zawiera w sobie wszystkie elementy kosztowe także dla opcji, bowiem z przyczyn technicznych trudno jest je oddzielić. W takim przypadku skorzystanie przez zamawiającego z wyżej opisanych opcji jest praktycznie bezkosztowe. Dlatego możliwe było zaoferowanie ceny na takim poziomie kosztowym, jak wskazany w ofercie. W praktyce skorzystanie przez zamawiającego z prawa opcji po stronie wykonawcy powoduje tylko konieczność udzielenia zgody zamawiającemu na opisaną permanentną aktywację dodatkowo do 64 rdzeni wraz ze wsparciem oprogramowana i prawem pobierania wersji głównych oprogramowania i permanentną aktywację dodatkowo do 2TB pamięci RAM w każdym serwerze RISC wraz ze wsparciem oprogramowana i prawem pobierania wersji głównych oprogramowania. Tego rodzaju polityka produktowa stosowana jest przez dostawcę sprzętu odwołującego standardowo i nie ma w tym działaniu nic, co mogłoby być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający informując odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako rzekomo stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji naruszył art. 91 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprecyzyjne wskazanie podstaw prawnych i faktycznych tej czynności. W szczególności ograniczył się jedynie do podania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie precyzując, na czym owo naruszenie ma polegać.

#### Odwołanie sygn. KIO 2057/13

Odwołujący – Bull Polska Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu: bezpodstawny wybór oferty Comparex Poland Sp. z o.o., bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, w tym zaniechania podania uzasadnienia faktycznego dla tej czynności i zaniechanie wyboru oferty odwołującego, w wyniku czego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz innych przepisów powołanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Comparex Poland Sp. z o.o.,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadnieniem odrzucenia oferty odwołującego było to, że, zdaniem zamawiającego, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż ujęcie kosztów opcji w zamówieniu podstawowym jest żądaniem zapłaty za usługi i dostawy jeszcze niezrealizowane, a być może w ogóle nie realizowane. Ponadto, zdaniem zamawiającego, taki zapis ceny powoduje

niezgodność oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uznał bowiem, że w ofercie otrzymał jedną wycenę sprowadzającą się do realizacji całości zamówienia w ramach zamówienia podstawowego.

Zdaniem odwołującego z treści uzasadnienia odrzucenia oferty nie wynika, z którymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta jest niezgodna oraz dlaczego zostały wypełnione przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Skoro zatem zamawiający nie potrafił w sposób należyty uzasadnić powodów podjętej przez siebie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, już tylko z tych względów czynność ta zasługuje na unieważnienie.

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten określa ogólne przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego nieujętego w ramach rozdziału 2. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub deliktu w nim ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Zamawiający nie przytoczył, na czym miałyby polegać zachowanie (działanie) odwołującego kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji i nie uzasadnił, jakiego rodzaju normy moralno-etyczne dotyczące zachowania przedsiębiorców w działalności gospodarczej (dobre obyczaje) zostały naruszone. Nie wskazał też, na czym polegała bezprawność działania odwołującego (sprzeczność z prawem) ani nie zdołał wykazać, w jaki sposób złożenie oferty przez odwołującego zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (w szczególności jego własny).

Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie dwóch serwerów bazodanowych wraz z systemem operacyjnym i oprogramowaniem dodatkowym oraz objęcie ich serwisem gwarancyjnym przez okres 7 lat oraz przeprowadzenie szkoleń z obsługi systemu operacyjnego oraz oprogramowania klastra, na zasadach określonych szczegółowo w części II i III specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto zamawiający przewiduje możliwość skorzystania w okresie 48 miesięcy od dnia podpisania umowy 1) z prawa opcji dokonania permanentnej aktywacji dodatkowo do 64 rdzeni w każdym serwerze RISC wraz ze wsparciem oprogramowania i prawem do pobierania wersji głównych całości oprogramowania, których licencjonowanie uzależnione jest od ilości aktywnych rdzeni, na pozostały okres obowiązywania gwarancji dla sprzętu, 2) skorzystania z prawa opcji dokonania permanentnej aktywacji dodatkowo do 2TB pamięci RAM w każdym serwerze RISC wraz ze wsparciem oprogramowania i prawem do pobierania wersji głównych całości oprogramowania, których licencjonowanie uzależnione jest od ilości aktywnej pamięci RAM,

na pozostały okres obowiązywania gwarancji dla sprzętu (łącznie, jak i z każdej opisanej opcji oddzielnie).

Opisując sposób obliczenia ceny zamawiający postanowił, że podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich, musi uwzględniać wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego, odwołujący prawidłowo skalkulował cenę oferty, zarówno w odniesieniu do zamówienia podstawowego, jak i opcji. Ze względu na sposób opisanego przedmiotu zamówienia oraz zakresu prawa opcji (połączonego z nieograniczoną swobodą jej wykorzystania przez zamawiającego), odwołujący miał obowiązek uwzględnienia w cenie zamówienia kosztów związanych z utrzymaniem gotowości do wykonania świadczeń opcjonalnych. W ramach prawa opcji zamawiający oczekuje aktywacji odpowiednio dodatkowych rdzeni oraz dodatkowych zasobów pamięci RAM wraz ze wsparciem oprogramowania i prawem do pobierania wersji głównych całości oprogramowania (proporcjonalnie do aktywowanych dodatkowych zasobów). Pod pojęciem tym kryje się świadczenie polegające na trwałym (permanentnym) uruchomieniu działania dodatkowych zasobów sprzętowych (funkcjonalności) oraz dedykowanego tym zasobom wsparcia w postaci oprogramowania. Prawo opcji nie polega zatem na doposażeniu serwerów w dodatkowe akcesoria, lecz wymaga jedynie „włączenia” dodatkowych zasobów pierwotnie zainstalowanych w zamawianych serwerach. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagają zatem aktywacji opcji bez fizycznej ingerencji w konstrukcję serwera, co determinuje wymóg, aby wszystkie komponenty, które podlegałyby opcjonalnej aktywacji, zostały pierwotnie zainstalowane w obudowie serwera, a jedynie później wykonawca na żądanie zamawiającego dokonywałby ich aktywacji. Wiąże się z tym konieczność nabycia przez wykonawcę dodatkowych licencji na oprogramowanie (oraz wsparcia), aby następnie mogły być wydane zamawiającemu na każde jego żądanie. Skoro zamawiający wymaga, aby wykonawca zrealizował prawo opcji za wynagrodzeniem jednostkowym określonym w ofercie w krótkim terminie 3 dni kalendarzowych od daty przyjęcia zamówienia, to naturalnym zachowaniem przedsiębiorcy jest uwzględnienie w cenie zamówienia podstawowego, co do którego ma pewność, że zostanie zrealizowane, zarówno kosztów dodatkowych komponentów sprzętowych, nawet jeśli nie są wykorzystywane przez zamawiającego, licencji na oprogramowanie, jak również wszelkich ryzyk związanych ze świadczeniem warunkowym. Już na etapie złożenia oferty, etapie zawarcia umowy, jak również 48 miesięcy jej wykonywania, wykonawca ponosi ryzyko finansowe związane z niepewnością, czy i w jakim zakresie zamawiający zdecyduje się na aktywację dodatkowych rdzeni/pamięci RAM. Dla zapewnienia gotowości do wykonania

prawa opcji w dowolnie wybranym przez zamawiającego zakresie oraz czasie wykonawca zmuszony jest ponieść koszty, których nie może uwzględnić w cenie opcji ze względu na zagrożenie ich niezrealizowania, a tym samym wygenerowania straty na zamówieniu podstawowym. Wykonawca ponosi bowiem koszty już na etapie dostarczenia i uruchomienia serwera w podstawowym zakresie przedmiotu zamówienia. Prawo opcji zamawiający sprowadził bowiem jedynie do faktycznego umożliwienia zamawiającemu skorzystania z dodatkowych zasobów serwera, jednak to zamawiający tak opisał swoje potrzeby, a odwołujący się tylko do nich dostosował. W konsekwencji działanie odwołującego polegające na uwzględnieniu w cenie zamówienia podstawowego kosztów związanych ze świadczeniami opcjonalnymi, nie miało cech dowolności. Wynika z tego, że nie sposób odwołującemu przypisać działalności sprzecznej z prawem lub dobrymi obyczajami. Treść oferty nie narusza interesu zamawiającego, bowiem łączna wartość świadczeń, które zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ofercie odwołującego wynosi 22.428.582,60 zł, a w wybranej ofercie Comparex 22.985.748,00 zł i jest niższa od kwoty, którą zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie ma podstawy do twierdzenia, że odwołujący żąda zapłaty za usługi i dostawy jeszcze nie zrealizowane, a być może w ogóle nie zrealizowane. Odwołujący przedstawił ofertę odpowiadającą postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wprowadzając dodatkowych zastrzeżeń, kalkulując ceny z uwzględnieniem zakresu zamówionych świadczeń, kosztów, które leżą po jego stronie, oraz ryzyk, jakie są związane z zaciągnięciem takiego zobowiązania. Nie istnieje postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które naruszałaby treść oferty odwołującego. W szczególności nie ma potwierdzenia, że zamawiający otrzymał jedną wycenę sprowadzającą się do realizacji całości zamówienia w ramach zamówienia podstawowego. Cena miała uwzględniać wszystkie wymagania specyfikacji oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. W punkcie 13.3.1 zamawiający zastrzegł jedynie, że żadna z wartości liczbowych wskazanych przez wykonawcę w formularzu ofertowym, nie może mieć wartości 0,00 złotych, a tym samym zamawiający liczył się z tym, że niektóre pozycje wykonawcy mogą chcieć dostarczyć wręcz nieodpłatnie. Odwołujący wypełnił wzory dokumentów przygotowane przez zamawiającego, nie wprowadzając żadnych modyfikacji.

#### Odwołanie sygn. KIO 2063/13

Odwołujący – Andra Sp. z o.o. zarzuca zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co powoduje nierówne



traktowanie wykonawców i utrudnienie uczciwej konkurencji poprzez odrzucenie oferty odwołującego,

2. art. 36 ust. 1 pkt 3 oraz art. 41 ust. 4 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert poprzez określenie nowych warunków w wezwaniu do złożenia wyjaśnień oraz dokonanie oceny oferty na ich podstawie,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadnione zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione uznanie, iż złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuzasadniony wybór oferty Comparex Poland Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

6. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuznanie wyjaśnień złożonych przez odwołującego jako wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowany przez odwołującego przedmiot zamówienia jest zgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

7. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
  2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
  3. unieważnienia czynności uznania wyjaśnień złożonych przez odwołującego za wyjaśnienia niepotwierdzające, że zaoferowany przez odwołującego przedmiot zamówienia jest zgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
  4. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
  5. dokonania ponownej oceny ofert,
  6. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nieodrzuconych, tj. w tym spośród oferty odwołującego
- oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Co do podstaw odrzucenia oferty odwołujący wskazał, że:

1. zamawiający określił, aby „przy braku testów dla oferowanego typu/modelu serwera dopuszcza się przeliczenie wyników przy wykorzystaniu wewnętrznych testów producenta

(oficjalnie opublikowanych na stronie producenta) oraz wyników typu i modelu serwera wzorcowego (opublikowanych na oficjalnej stronie <http://www.spec.org>).” Następnie w pytaniu nr 3 z 12 czerwca 2013 r. wskazał, iż: „wymaga potwierdzenia wydajności dla oferowanego typu/modelu serwera na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) lub przeliczenia bazującego na wynikach serwera wyposażonego w taki sam procesor (zgodna architektura, generacja, taktowanie zegara, ilość pamięci cache).” Z powyższej odpowiedzi oraz z dokumentacji postępowania nie wynika, aby zamawiający wymagał, żeby serwerem wzorcowym był serwer wyposażony w taki sam procesor, który jest przedmiotem oferty, ale aby dokonać przeliczenia bazującego na wynikach serwera wyposażonego w taki sam procesor (zgodna architektura, generacja, taktowanie zegara, ilość pamięci cache) i dokładnie tak zostało to uczynione.

2. Zamawiający wymagał „przedłożenia wewnętrznych testów producenta (oficjalnie opublikowanych na stronie producenta) oraz wyników typu i modelu serwera wzorcowego (opublikowanego na oficjalnej stronie <http://www.spec.org>). Odwołujący do oferty dołączył wydruk ze strony producenta. Wobec czego należy uznać, że czynność badania i oceny ofert nie została przeprowadzona w oparciu o dokument oferty odwołującego, gdyż zamawiający pominął wydruk ze strony internetowej producenta zaoferowanego sprzętu oraz jego tłumaczenie.

3. Odwołujący potwierdza, iż możliwe jest aktywowanie tylko dwóch z ośmiu dostępnych rdzeniów w procesorze, co stanowi potwierdzenie spełnienia warunków. Odwołujący wskazuje, że dokumentacja „Instant Capacity – QuickSpecs” wersja 33. z 18 stycznia 2013 r. nie jest związana ze złożoną przez odwołującego ofertą. Wobec powzięcia jakichkolwiek wątpliwości zamawiający powinien je wyjaśnić z odwołującym, tymczasem zamawiający dokonuje oceny oferty w oparciu o dokument niebędący ani dokumentacją postępowania, ani treścią oferty. Wobec czego zamawiający dokonał czynności oceny ofert z pominięciem oferty oraz wyjaśnień w oparciu o dokumenty niestanowiące dokumentacji postępowania.

4. Podobnie w zakresie spełniania wymogu dotyczącego tworzenia maszyn wirtualnych, zasobów w czasie pracy oraz przenoszenia partycji zamawiający oparł się na bliżej nieokreślonej „dokumentacji producenta” i wskazał, iż nie może uznać przedstawionego przez odwołującego oświadczenia producenta zaoferowanego sprzętu, ponieważ nieudokumentowane funkcjonalności nie są dla zamawiającego dostępne. Oświadczenie producenta jest dowodem na potwierdzenie posiadania funkcjonalności przez zaoferowany sprzęt. Ponadto zamawiający nie wymagał przedłożenia próbki lub demonstracji produktu. Ponadto zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał, iż wobec braku informacji o sposobie konfiguracji serwera oraz wobec faktu, że zdaniem zamawiającego „środowiska, w którym były użyte nie są wspierane przez producenta, wyklucza to ich zastosowanie w środowisku produkcyjnym” oferta odwołującego nie

odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie wymagał wskazania w formularzu oferty informacji o sposobie konfiguracji serwera.

Jako drugą podstawę odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał jedynie, iż złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym nie sprecyzował, jakie przesłanki czynów nieuczciwej konkurencji określone w ustawie zostały spełnione. Zamawiający nie przeprowadził i nie wykazał, wbrew wymaganiom art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty, ograniczając się jedynie do podania samego zarzutu.

Odwołujący nie znajduje spełnienia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji opisanych w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie przez niego oferty w niniejszym postępowaniu, jak też poprzez sposób jej wyceny. Złożenie konkurencyjnej oferty w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu nie narusza interesu innych wykonawców ani im nie zagraża. Wszyscy wykonawcy składają oferty w postępowaniu licząc się z uzyskaniem zamówienia bądź jego nieuzyskaniem. Każdy z wykonawców dokonywał kalkulacji swojej oferty w oparciu o kryterium oceny ofert, którym była cena. Zaproponowanie cen w poszczególnych pozycjach oferty stanowi dozwoloną kalkulację oferty i jest oparte na ofercie producenta oferowanej platformy sprzętowej. Istnieje możliwość nawet zaoferowania w niektórych pozycjach oferty ceny zero złotych, podczas gdy badaniu podlega cena łączna, która wobec zerowej kalkulacji poszczególnych pozycji będzie ceną konkurencyjną, a nadto nie będzie rażąco niską ceną. W niniejszym postępowaniu łączną gwarantowaną cenę za permanentną aktywację dodatkowego rdzenia w serwerze RISC wraz ze wsparciem oprogramowania i prawem do pobierania wersji głównych całości oprogramowania, których licencjonowanie uzależnione jest od ilości aktywnych rdzeni, oraz łączną gwarantowaną cenę za permanentną aktywację dodatkowych 64GB pamięci RAM w serwerze RISC wraz ze wsparciem oprogramowania i prawem do pobierania wersji głównych całości oprogramowania, których licencjonowanie uzależnione jest od ilości aktywnej pamięci RAM zaoferowano za 1,28 zł oraz 0,64 zł. Łączna zaoferowana cena stanowi zysk dla odwołującego oraz jest możliwa do realizacji i jest oparta na ofercie producenta oferowanej platformy sprzętowej. Wszystkie wymagane przez zamawiającego okoliczności mające wpływ na zaoferowaną cenę zgodnie z wymaganiami 21.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny” zostały spełnione. Odwołujący uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Nie można zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, jakoby odwołujący przygotował jedną wycenę w ramach zamówienia podstawowego, w której zawarta jest cena zamówienia opcjonalnego. Wycena została określona wartością matematyczną – kwotą 1,28 zł oraz 0,64 zł, wobec czego wycena została określona.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 zawiera uszczegółowienie tej zasady i stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędne jest wykazanie dokonania sprzedaży towarów poniżej ich kosztów wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Sama sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co oznacza, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów dokonywana w innym celu i bez znaczenia pozostawałby skutek nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy, jako niezamierzony.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie wszystkich odwołań.

Wskazał, że do wszystkich wykonawców w postępowaniu stosował takie same zasady i traktował ich równo. Zamawiający dokonał odrzucenia trzech ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uznał, że dwie oferty są sprzeczne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i po wezwaniu do złożenia wyjaśnień i ich ocenie dokonał odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazuje to, że wszyscy wykonawcy traktowani byli identycznie i nie można mówić o prowadzeniu postępowania w sposób nie zapewniający zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący Qumak S.A. i Andra Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty przedłożyli jedynie oświadczenia, bez żadnych dowodów na poparcie swych twierdzeń co do zgodności oferowanego rozwiązania ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, podczas gdy wiedza zamawiającego opierająca się na powszechnie dostępnych i wiarygodnych dokumentach technicznych oficjalnie publikowanych przez producenta sprzętu na jego stronie internetowej wskazywała na niezgodność oferowanego rozwiązania z wymogami w zakresie technicznym.

Co do czynu nieuczciwej konkurencji – zamawiający przygotowując przedmiotowe postępowanie przetargowe założył dostawę, w ramach zamówienia podstawowego, dwóch serwerów bazodanowych o określonej wydajności oraz założył możliwość przyszłego poszerzenia mocy obliczeniowej oraz pamięci operacyjnej w zamawianych serwerach o maksymalnie 100%, z przeznaczeniem do wykorzystania w ramach innych projektów.

Wybierając tryb postępowania uwzględniający skorzystanie z prawa opcji zamawiający kierował się ogólnymi trendami w obszarze technologii informatycznych polegającymi na konsolidacji infrastruktury teleinformatycznej oraz integracji projektów IT, której celem jest stworzenie spójnego, logicznego i sprawnego systemu informacyjnego państwa w sposób efektywny jakościowo i kosztowo. Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji, ale ostateczna decyzja o jej wykorzystaniu jest decyzją wysokopoziomową, która zależy od wielu czynników.

Z wiedzy zamawiającego wynika, że każde rozszerzenie mocy obliczeniowej posiadanego sprzętu nie tylko uzależnia go od dokonania rozszerzenia u producenta sprzętu, ale też powoduje jego znaczny koszt, postanowił więc zabezpieczyć swój interes poprzez zapewnienie sobie możliwości skorzystania z prawa opcji polegającego na rozszerzeniu funkcjonalności serwerów. Zamawiający wyraźnie wskazał na możliwość skorzystania z opcji oraz że może skorzystać z prawa opcji w dowolnym zakresie.

W § 6 ust. 1 pkt 2 i 3 wzoru umowy zamawiający wskazał wynagrodzenie za aktywację każdego rdzenia oraz każdych 64GB pamięci. Wynika z tego wyraźnie, że zamawiający oczekiwał możliwości swobodnego zrealizowania prawa opcji w zakresie aktywacji od 1 do 64 rdzeni oraz niezależnie opcji aktywacji od 64GB do 2TB pamięci RAM w każdym serwerze, co ma pozwolić zamawiającemu na pełną elastyczność w zakresie ewentualnego realizowania prawa opcji w okresie 48 miesięcy od podpisania umowy.

Zamawiający na zamówienie podstawowe przeznaczył kwotę 19.764.951,26 zł brutto, natomiast na skorzystanie z prawa opcji 14.227.616,64 zł brutto, co dawało łączną wartość zamówienia 33.992.567,90 zł brutto.

Zamawiający wziął pod uwagę, że realizacja prawa opcji (zwiększenie mocy obliczeniowej serwerów) miałyby się odbywać bez fizycznej rozbudowy serwera, wobec czego wiadomym było, że część sprzętowa rozwiązania musi fizycznie zostać ujęta w ramach zamówienia podstawowego. Wobec tego zamawiający przewidział podział środków na realizację zamówienia w stosunku ok. 60 % zamówienie podstawowe, 40 % ewentualne skorzystanie z prawa opcji.

Instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać. Zamawiający jest zobowiązany do realizacji zamówienia w podstawowym zakresie oraz uprawniony do skorzystania z prawa opcji, z której może skorzystać w całości, w dowolnym procencie lub wcale.

Odwołujący jasno wskazują, że w zamówienie podstawowe zostały włączone elementy kosztowe dla opcji. Oznacza to, że niezależnie od tego, czy i w jakim zakresie zamawiający

skorzystałby z prawa opcji poprzez przyjęcie oferty i zawarcie zgodnej z nią umowy, zamawiający byłby zobowiązany do zapłaty za całość przedmiotu zamówienia, w tym niewykorzystane opcje.

Można zrozumieć politykę handlową wykonawców i producentów zmierzającą do minimalizacji ryzyk po ich stronie, jednak oczekiwanie wynagrodzenia ze środków publicznych za zakres usług, którego się jeszcze nie wykonało, a być może nigdy nie wykona, jest ewidentnym naruszeniem dobrych obyczajów w obrocie handlowym, dobrych obyczajów kupieckich i ewidentnie naraża interes zamawiającego jako klienta w przedmiotowym postępowaniu. Podpisanie umowy przez zamawiającego z wykonawcą tak kalkulującym opcję spowodowałoby bezpodstawne wzbogacenie po stronie wykonawcy, który nie zrealizował opcji, a już otrzymał za nią zapłatę oraz niewymierne straty po stronie zamawiającego, który musiałby w zamówieniu podstawowym opłacić opcję, która faktycznie może być mu niepotrzebna. Zamawiający zgadza się, że nie ma przepisu zakazującego kształtowania ceny za opcję na kwotę 1,92 zł brutto itp., jednak problem polega na tym, że faktyczny koszt opcji odwołujący wliczają do zamówienia podstawowego, a to wyczerpuje przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z powszechnie dostępnej dokumentacji producenta rozwiązania oferowanego przez odwołującego standardowy procentowy koszt realizacji prawa opcji powinien wynosić odpowiednio: Dla części sprzętowej: zamówienie podstawowe – dostawa sprzętu nieaktywnego 40%, aktywacja sprzętu (połowa) 30%, opcja – pełna rozbudowa, aktywacja sprzętu (II połowa) 30%, dla oprogramowania: zamówienie podstawowe – licencje 50%, opcja (pełna rozbudowa) – licencje 50%.

W § 1 ust. 13 wzoru umowy zamawiający wskazał, iż wykonawca ma potwierdzić pisemnie przyjęcie zamówienia na skorzystanie z opcji w terminie 3 dni od jego otrzymania, a następnie zrealizować je w terminie nie dłuższym niż 3 dni kalendarzowe, daje to zatem 6 dni na zrealizowanie prawa opcji. Skorzystanie z prawa opcji wymaga jedynie dostarczenia kodu aktywacyjnego, wymaga zatem jedynie uzyskania (wygenerowania), w formie elektronicznej, odpowiedniego klucza licencyjnego producenta i jego aktywacji, co może być zrealizowane nawet w 24 godziny.

Pomimo tego, że oferta Bull Polska Sp. z o.o. jest o ponad 500.000 zł tańsza od oferty Comparex Poland Sp. z o.o., odwołujący w zamówienie podstawowe wliczył koszty opcji, biorąc zaś pod uwagę, że tylko realizacja zamówienia podstawowego jest pewna, to w tym zakresie wybrana oferta jest ponad 7,7 mln tańsza. Jest zatem oczywiste, że złożenie tak skonstruowanej oferty naraża interes zamawiającego, a jej przyjęcie ewidentnie by ten interes naruszyło.

Art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazuje na konkretne, precyzyjne elementy uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, a jedynie nakazuje wskazać uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia. Uzasadniając odrzucenie ofert odwołujących zamawiający wskazał podstawy prawne i faktyczne odrzucenia. Sposób formułowania zarzutów przez odwołujących wskazuje, iż podstawy prawne i faktyczne wskazane przez zamawiającego były zrozumiałe.

Zamawiający wskazał następujące techniczne powody odrzucenia ofert odwołujących Qumak S.A. i Andra Sp. z o.o.:

Wykorzystanie do obliczenia mocy oferowanego serwera wyników opublikowanych na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) serwera BL860c, który jest wyposażony w procesory Itanium 2, czyli inne niż procesor w serwerze zaoferowanym, co nie jest zgodne z wymaganiami zamawiającego doprecyzowanymi w odpowiedziach na pytania z 12 czerwca 2013 r.

W poz. 2 tabeli „Specyfikacja wymagań” zamawiający zawarł wymaganie odnośnie mocy obliczeniowej: łączna moc  $3100,00 \pm 5\%$  według testów SPECint\_rate2006 (źródło <http://www.spec.org>) realizowana przez maksimum 64 rdzenie procesorowe. Możliwość zwiększenia mocy o minimum 100% bez fizycznej rozbudowy serwera. Przy braku testów dla oferowanego typu/modelu serwera dopuszcza się przeliczenie wyników przy wykorzystaniu wewnętrznych testów producenta (oficjalnie opublikowanych na stronie producenta) oraz wyników typu i modelu serwera wzorcowego (opublikowanych na oficjalnej stronie <http://www.spec.org>).

Dodatkowo w treści odpowiedzi z 12 czerwca 2013 r. zamawiający wskazał, że wymaga potwierdzenia wydajności dla oferowanego typu/modelu serwera na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) lub przeliczenia bazującego na wynikach serwera wyposażonego w taki sam procesor (zgodna architektura, generacja, taktowanie zegara, ilość pamięci cache). Pytanie dotyczyło serwera wzorcowego i odpowiedź doprecyzowuje wymagania na serwer wzorcowy. Słowo „bazujący” oznacza „oparty na czymś, mający podstawę w czymś”, więc wyrażenie „przeliczenie bazujące na wynikach x” oznacza określenie wartości wyprowadzone z wyników x. Nie jest prawdą, że zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców wymaga przeliczenia określającego wydajności serwera wyposażonego w taki sam procesor (zgodna architektura, generacja, taktowanie zegara, ilość pamięci cache). Z treści oraz samej istoty opisu przedmiotu zamówienia wynika, że wykonawca ma potwierdzić właściwości oferowanego przedmiotu zamówienia, a nie dowolnego serwera wyposażonego w taki sam procesor. Wobec powyższego twierdzenie odwołującego, że przedstawione przez niego wyniki odpowiadają wymaganiom zamawiającego, jest chybione.

Zamawiający oczekiwał wyników testów SPECint\_rate2006 opublikowanych na [www.spec.org](http://www.spec.org) i dopuszczał przeliczenie wyników przy wykorzystaniu wewnętrznych testów producenta oficjalnie opublikowanych na stronie producenta oraz wyników typu i modelu

serwera wzorcowego opublikowanych na oficjalnej stronie <http://www.spec.org>. Ponieważ odwołujący nie wskazali opublikowanych testów umożliwiających ich weryfikację i rzetelną ocenę, zamawiający zwrócił się o informacje dotyczące przedstawionych wyników testów producenta, gdyż na stronach producenta serwera nie ma żadnej informacji o narzędziu, testach ani przedstawionych wynikach. Przedstawione przeliczenie stoi w sprzeczności z opublikowanymi na [www.spec.org](http://www.spec.org) wynikami. Serwer wyposażony w procesory tej samej generacji (serwer BL890c, procesor Intel Itanium 9350 I,73GHz/24MB, 32 rdzenie ) osiągnął wynik 531. Dla wymaganych parametrów można więc osiągnąć wynik 1310, co stanowi niespełna połowę deklarowanej wartości. Przedstawione wyniki można uznać za wydruki testów wewnętrznych, ale nie dostępnych ogólnie i mogą być traktowane jedynie jako deklaracje wykonawcy i polskiego przedstawiciela producenta, podczas gdy zamawiający wyraźnie wskazywał na dokumenty publikowane oficjalnie, a więc weryfikowalne, rzetelne i dostępne dla wszystkich. Co więcej, istnieje prawdopodobieństwo, że wydruk ten jest dokumentem wygenerowanym roboczo przez osobę zalogowaną, a więc niewiarygodnym.

Zamawiający określił wymaganą wielkość pamięci cache L3 na minimum 10 MB/rdzeń, a nie, sugeruje wykonawca na aktywny rdzeń. W opinii zamawiającego takie wymaganie wskazuje, że dostarczony serwer powinien być wyposażony w pamięć cache poziomu trzeciego w ilości zapewniającej spełnienie warunku dla każdego zainstalowanego rdzenia. Wymagane zwiększenie wydajności serwera o 100%, nie może być zrealizowane jedynie poprzez dodanie dodatkowych 64 jednostek przetwarzających, bez odpowiedniej ilości pamięci podręcznej. Zaproponowane przez Qumak S.A. i Andra Sp. z o.o. rozwiązanie oznacza zmniejszenie o połowę wielkości pamięci cache przypadającej na rdzeń, co negatywnie wpłynie na wydajność i uniemożliwi liniowe skalowanie wydajności. Proponowane przez wykonawcę ograniczenie ilości pamięci podręcznej zmniejszy prawdopodobieństwo, że potrzebne dane będą dostępne w szybkiej pamięci podręcznej. Będzie to miało negatywny wpływ na średni czas wykonywania operacji, czyli na wydajność całego systemu.

Zgodnie z oficjalnie publikowanym na stronie internetowej przez producenta sprzętu tj. Hewlett Packard dokumentem „Instant Capacity – QuickSpecs”, dla platformy HP Superdome2 nie jest dostępna możliwość aktywowania pojedynczych rdzeni procesora, a jedynie całego procesora, wyposażonego w 4 lub 8 rdzeni. Oznacza to, że proponowane rozwiązanie, czyli aktywacja 2 rdzeni w każdym 8-rdzeniowym procesorze nie jest możliwe do zaimplementowania. Jedyną możliwością zapewnienia wymaganej konfiguracji bazowej jest aktywacja ośmiu 8-rdzeniowych procesorów, a realizacja rozbudowy to aktywacja kolejnych ośmiu procesorów. Odwołujący twierdzą, że oferowane serwery mogą mieć od 1 do 8 rdzeni, a w oferowanym rozwiązaniu będą to 2 aktywne rdzenie na każdy z 32



procesorów. Twierdzenia te nie znajdują potwierdzenia w oficjalnej dokumentacji produktowej udostępnianej przez producenta, a pomimo wezwania odwołujący nie przedstawił dowodów na swoje twierdzenia. Oznacza to, że zarówno w konfiguracji bazowej jak i po rozbudowie, przypadająca na każdy rdzeń pamięć cache L3 to  $24\text{MB} \div 8$ , czyli 3MB. Chybione jest twierdzenie, jakoby zamawiający kształtował wymóg dotyczący pamięci L3 cache odrębnie, niezależnie od pozostałych wymagań. Zamawiający oczekiwał rozwiązania kompleksowego, o określonej opisanej precyzyjnie wydajności, z możliwością realizacji zwiększenia mocy obliczeniowej o 100 % bez fizycznej rozbudowy serwera. Zatem wszystkie komponenty, które miałyby być wbudowane w serwer, w tym pamięć, muszą spełniać określone wydajności przed i po ewentualnej aktywacji opcji. Zdaniem zamawiającego wymóg dotyczący wydajności pamięci L3 cache nie będzie spełniony już na etapie zamówienia podstawowego, a sami odwołujący przyznają, że nie będzie spełniony po dalszych aktywacjach, gdyż nie został uwzględniony do zastosowania opcji.

Wymaganie nr 12 opisu przedmiotu zamówienia brzmi: serwer musi umożliwiać:  
- tworzenie maszyn wirtualnych z możliwością przydzielenia procesorów (do 1/20 części rdzenia) oraz pamięci operacyjnej i interfejsów Eth/FC do pojedynczej partycji, - dodawanie i odejmowanie zasobów w czasie pracy aplikacji, - przenoszenie partycji pomiędzy serwerami bez przerywania pracy aplikacji, - mechanizm partycjonowania spełnia wymogi bezpieczeństwa potwierdzone certyfikatem CAPP/EAL4+ lub równoważnym załączonym do oferty wykonawcy. Jest to warunek łączny.

Z załączonych przez odwołujących dokumentów (Raport z Certyfikacji nr CRP251, Konfiguracja TOE) wynika, że wymagania bezpieczeństwa określone dla poziomu bezpieczeństwa EAL4+ spełniają partycje typu nPar oraz vPar. Zgodnie z najnowszą oficjalnie opublikowaną na stronie producenta dokumentacją: „HP Superdome 2 Partitioning Administrator Guide HP-UX lii v3” partycje tego typu nie spełniają pozostałych wymagań, gdyż do partycji mogą być przydzielane wyłączone całe rdzenie procesorów, w czasie pracy aplikacji jest możliwe wyłącznie dodawanie i odejmowanie procesorów, nie jest możliwe dodawanie i odejmowanie pamięci RAM ani interfejsów I/O, nie jest możliwe przenoszenie partycji pomiędzy fizycznymi serwerami bez przerywania pracy aplikacji.

Mimo wezwania do wyjaśnień odwołujący nie przedstawili dokumentów potwierdzających, że oferowane rozwiązanie spełnia warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokument „oświadczenie Producenta o spełnieniu warunków” nie jest miarodajny. Zamawiający nie może przyjąć takich wyjaśnień, ponieważ nie jest możliwe ich zweryfikowanie.

Stosowanie nieudokumentowanych rozwiązań w środowisku produkcyjnym powoduje, że całe środowisko nie będzie wspierane przez serwis producenta serwera i systemu

operacyjnego. W przypadku niepoprawnego działania systemu serwis nie podejmie działań lub jedynie zarekomenduje wycofanie elementów konfiguracji niezgodnych z dokumentacją. Jest to niedopuszczalne z uwagi na krytyczność przetwarzanych danych i wymagania dostępności usług.

Przystąpienie do wszystkich odwołań po stronie zamawiającego zgłosił Comparex Poland Sp. z o.o. Bull Polska Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego do odwołań o sygn. akt KIO 2054/13 i KIO 2063/13. Andra Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2054/13 po stronie odwołującego. Qumak S.A. zgłosił przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 2057/13 i KIO 2063/13 po stronie odwołującego.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: żadne z odwołań nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregoś z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań.

Zamawiający podniósł, że Andra Sp. z o.o. nie ma interesu we wniesieniu odwołania ze względu na zgłoszenie przystąpienia do odwołania po stronie Qumak S.A. Gdyby złożone przez tego wykonawcę odwołanie zostało uwzględnione, jego oferta byłaby ofertą najtańszą, nawet więc gdyby również odwołanie Andra Sp. z o.o. zostało uwzględnione, jego oferta byłaby drugą w kolejności i nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba uznała, iż zgłoszenie przystąpienia po stronie innego odwołującego – które zdaniem Andra Sp. z o.o. jest korzystne dla obrony jej własnych interesów – nie pozbawia jej interesu we wniesieniu własnego odwołania i bezpośredniej obrony jej własnej oferty. Dla obrony własnej oferty odwołanie jest wręcz konieczne. Poza tym wszyscy odwołujący wnieśli odwołania jednego dnia, zatem nie mogli mieć pewności, który z pozostałych wykonawców odwołanie złożył i jaki będzie jego rezultat (choćby wycofanie lub odrzucenie). Same zaś przystąpienia następowały w terminach późniejszych, już po złożeniu odwołań.

Izba stwierdziła, iż stan faktyczny postępowania (wymagania zamawiającego i treść przedstawionych dokumentów oraz zaistniałe w postępowaniu zdarzenia) nie jest sporny. Został on dość szczegółowo przedstawiony w stanowiskach stron, zatem nie będzie w tym zakresie powielany.

Odnosnie wspólnego dla wszystkich odwołujących zarzutu dotyczącego sposobu wyceny opcji Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia ofert potwierdziła się w zakresie wystąpienia przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, natomiast nie potwierdziła się w zakresie przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zamówił dostawę dwóch serwerów bazodanowych wraz z systemem operacyjnym i oprogramowaniem, usługami szkoleniowymi oraz usługami serwisu i wsparcia technicznego, tzw. „zamówienie podstawowe”. Jednoznacznie przewidział, jako możliwą do zrealizowania opcję: 1. dokonanie permanentnej aktywacji dodatkowo do 64 rdzeni w każdym serwerze RISC wraz ze wsparciem oprogramowania i prawem do pobierania wersji głównych całości oprogramowania, których licencjonowanie uzależnione jest od ilości aktywnych rdzeni, na pozostały okres obowiązywania gwarancji dla sprzętu oraz 2. dokonanie permanentnej aktywacji dodatkowo do 2TB pamięci RAM w każdym serwerze RISC wraz ze wsparciem oprogramowania i prawem do pobierania wersji głównych całości oprogramowania, których licencjonowanie uzależnione jest od ilości aktywnej pamięci RAM, na pozostały okres obowiązywania gwarancji dla sprzętu.

Decyzję, czy zamawiający w ogóle skorzysta z którejś z opcji lub z obu opcji, może on podjąć w ciągu 48 miesięcy od zawarcia umowy. Zamawiający może również nie zamówić żadnej z opcji. Z tego powodu zamawiający nakazał osobno wycenić zamówienie podstawowe, a osobno każdą z opcji.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że taka opcja zakupu produktów informatycznych funkcjonuje na rynku. Możliwy jest zatem zakup serwerów, w których:

1. wszystkie rdzenie są aktywne od chwili zakupu,
2. tylko część rdzeni jest aktywna od chwili zakupu, a na życzenie użytkownika może nastąpić aktywacja pozostałych rdzeni (opcja zakupu wybrana przez zamawiającego),
3. część rdzeni jest aktywna na stałe, a pozostała część na życzenie użytkownika aktywowana czasowo lub okresowo (opcję tę wskazał Comparex Poland Sp. z o.o. i nie ma ona znaczenia w niniejszym postępowaniu).

Podobnie w przypadku licencji i aktywnej pamięci – użytkownik może zakupić wszystkie od razu lub w terminie późniejszym dokupić ich większą ilość.

Wybór poszczególnych opcji zakupu pociąga za sobą odpowiednie koszty. Oczywiste jest – i nie było to sporne – iż dla danej liczby rdzeni (128) można uzyskać korzystniejszą cenę kupując wszystkie aktywacje jednocześnie, niż kupując etapami 64+64.

Zamawiane przez zamawiającego produkty są kosztowne – zamawiający obliczył, iż wartość zamówienia podstawowego kształtuje się w granicach 19 mln zł (z czego 40% to wartość

sprzętu), a opcji ok. 14 mln. Kwoty te niewątpliwie szacowane są z pewną ostrożnością co do finansowania i według standardowych cenników, a więc zawyżone w stosunku do cen, które można uzyskać w przetargu. Jednak nawet gdyby przyjąć, iż zamawiający przeszacował ich wartość nawet o 50% (np. cena Comparex Poland Sp. z o.o. to ok. 8 mln), pokazują one skalę wartości opcji. Zatem kwota „symbolicznej złotówki” czy wręcz „symbolicznego grosza”, którą zaoferowali odwołujący, nie jest realną wartością takiej opcji. Odwołujący Qumak S.A. i Andra Sp. z o.o. przedstawili co prawda fragment potwierdzenia oferty przez Veracomp S.A., za pośrednictwem której zamierzają zakupić oferowane produkty firmy HP, jednak nie ma to znaczenia. Potwierdza bowiem co najwyżej, że Veracomp S.A. ofertę o takiej treści złożyła, a nie, że jest to pełna oferta dostępnych produktów, czy że jest ona zgodna z wymaganiami zamawiającego. Wskazuje też, iż jest to oferta na pełen zakup jednocześnie zamówienia podstawowego oraz opcji. Nie stanowi natomiast potwierdzenia, iż cena 1 grosz jest ceną rynkową produktów kupowanych osobno jako opcja.

To, że zamawiający zakazał jedynie oferowania ceny „zero złotych” jest kwestią formalną, nie mającą tu zasadniczego znaczenia, tzn. formalnie wyrażony zakaz oferowania ceny w wysokości zero złotych nie jest jednocześnie pozwoleniem na oferowanie ceny nierealnej w wysokości jednego lub kilku groszy. Mają bowiem one taką samą wymowę ekonomiczną – zarobek po stronie wykonawcy w wysokości 0 zł czy 1-2 groszy nie ma żadnego finansowego znaczenia (jest żaden).

Ponieważ jednak z drugiej strony oczywiste jest, iż wykonawcy w rzeczywistości nie zaoferowali zamawiającemu owych opcji za darmo (ów zarobek liczony w granicach grosza, czy złotówki – dwóch można pominąć), oczywiste jest też, że wartość opcji wliczyli w cenę zamówienia podstawowego. Co zresztą przyznali sami wykonawcy.

W sposób ewidentny jest to niezgodne z wymogami zamawiającego.

Zamawiający nakazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia osobne wycenienie opcji (wskazuje na to zarówno samo wprowadzenie prawa opcji, jak i przygotowana tabela wyceny), taka opcja zakupu produktów informatycznych istnieje też na rynku i jest odpowiednio wyceniana (nie na poziomie grosza).

Zamawiający nie musiał dodatkowo wskazywać jako żądania, że cena musi być realna, bo jest to oczywiste. Wskazanie w zakresie opcji ceny w granicach grosza jest w ewidentny sposób obejściem wymagań zamawiającego (tj. formalnie jakaś cena jest, nawet inna niż zakazane zero), ale nie niesie ona za sobą żadnej wartości majątkowej. Takiego stanu nie można tolerować, bowiem – tu ma rację zamawiający – będzie musiał on zapłacić cenę za opcję, ukrytą w cenie zamówienia podstawowego.

Owszem, *summa summarum* byłoby to korzystne dla zamawiającego, pod warunkiem, że ze 100% pewnością zakupi opcje, gdyż, jak już wskazano, zakup całości od razu jest tańszy.

Zamawiający jednak nie wybrał tej opcji zakupu – choć wiedział, że jest ona tańsza – licząc się z tym, że opcja nie będzie mu potrzebna lub okaże się potrzebna dopiero w dalekiej przyszłości, więc nie ma sensu angażować środków od razu. Z kolei, jeśli zamawiający jednak nie zdecyduje się na zakup opcji, to za samą realizację zamówienia podstawowego zapłaci znacznie mniej (o ok. 5 mln) niż przy zakupie całości wraz z opcją. Zatem w takim wypadku kupując od razu wersję wraz z opcją ponosi stratę.

Odwołujący swoje wyliczenia ceny tłumaczyli tym, że ponoszą ryzyko, iż zamawiający albo opcji nie kupi w ogóle, albo zechce ją kupić, a oni będą musieli dostarczyć mu zamawiany produkt w bardzo krótkim czasie, do tego przez 4 lata będą musieli pozostawać w gotowości do spełnienia umówionego świadczenia. Zatem, aby to ryzyko zneutralizować, zamierzają od razu wymagane opcje kupić od producenta, a w konsekwencji – obciążyć zamawiającego kosztem tego zakupu, aby nie ponieść straty.

Z punktu widzenia wykonawcy taka dbałość o swoje interesy jest zrozumiała, jednak również nie zmienia faktu, że jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zamawiający, nawet jeśli owej opcji od wykonawcy nie dostanie, to i tak zakupił ją w sposób ukryty (nawet jeśli zostałaby nazwana „ryzykiem realizacji”).

Oczywiste jest też, że wykonawcy wolą kupić licencje taniej i bez ryzyka zmiany ich ceny, jednak nie zmienia to faktu, że nie jest to zgodne z wymaganiami zamawiającego. Nie jest przy tym zwykłym formalnym przeniesieniem wartości pomiędzy pozycjami, lecz ma dla zamawiającego konkretny wydzźwięk finansowy.

Jednocześnie z tego względu – tj. że wszystkie podmioty ogólnie preferują rozwiązania, w których mogą przerzucić ryzyko na inny podmiot i jest to z ich strony uzasadnione ekonomicznie, trudno stwierdzić, że działanie takie narusza dobre obyczaje.

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dla zakwalifikowania danego czynu jako czynu nieuczciwej konkurencji wymaga, aby było to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta. Należy zwrócić uwagę, iż kwestia naruszenia dobrych obyczajów jest w dużej mierze oceniana intuicyjnie, gdyż odnosi się do poczucia, że jakieś działanie jest nie *fair*, nie powinno mieć miejsca, budzi etyczny sprzeciw i poczucie niesprawiedliwości.

W tym przypadku Izba takiego poczucia nie ma. Choć należy zauważyć, że sytuacja byłaby inna, gdyby wycena taka – pierwszy element drogi i uzyskujący mało punktów, pozostałe wycenione symbolicznie, więc wysoko punktowane – była podstawą do oceny ofert według kryteriów oceny ofert i dysproporcja ta powodowałaby wybór oferty, która ekonomicznie wcale nie jest najkorzystniejsza.

Bez wątpienia jednak taki sposób wyceny narusza interes zamawiającego, który musiałby zapłacić więcej za zamówienie podstawowe oraz Comparex Poland Sp. z o.o., który

wyceniając ofertę zgodnie z wymaganiami zamawiającego, musiał dać cenę wyższą, niż gdyby opcje wliczył w zamówienie podstawowe, tak jak pozostali wykonawcy.

Co do zarzutów niezgodności ofert Qumak S.A. i Andra Sp. z o.o. (są one również wspólne dla tych wykonawców, gdyż zaoferowali oni to samo rozwiązanie firmy HP) Izba stwierdziła, co następuje. Ze względu na to, że podczas rozprawy w stosunku do każdej z przyczyn odrzucenia ofert pojawiały się nowe wątki, Izba ustosunkuje się już do ostatecznych.

Co do wyników obliczenia mocy – zamawiający w informacji o odrzuceniu ofert wskazał, że do obliczenia mocy wykorzystano wyniki serwera BL860c wyposażonego w procesor Itanium2, czyli inny niż procesor w serwerze zaoferowanym, co jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego.

Zamawiający w punkcie 1.2. tabeli „Charakterystyka serwera” wymagał przedstawienia wartości łącznej mocy  $3100 \pm 5\%$  według testów SPECint\_rate 2006 ([www.spec.org](http://www.spec.org)) realizowanej przez maksimum 64 rdzenie. Przy braku testów dla oferowanego typu/modelu serwera zamawiający dopuścił przeliczenie wyników przy wykorzystaniu wewnętrznych testów producenta (oficjalnie opublikowanych na stronie producenta) oraz wyników typu i modelu serwera wzorcowego opublikowanych na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org).

Wykonawcy przedstawili wydruk ze strony [www.ent264.sharepoint.hp.com](http://www.ent264.sharepoint.hp.com). Test dotyczył systemu HP Integrity Superdome2 z procesorem Itanium 9540, a serwerem wzorcowym był serwer HP Integrity BL860c, w którym procesor oznaczono jedynie jako Intel Itanium2. Przy czym Itanium/Itanium2 to nazwa marketingowa procesorów firmy Intel, natomiast model oferowanego procesora to 9540.

Przede wszystkim należy stwierdzić, iż z wymogu zamawiającego wynika, że wzorcowy model serwera nie musi być tym samym serwerem, co oferowany, inaczej nie byłoby potrzeby wskazywać na jakiegokolwiek przeliczanie. Zamawiający zresztą w odpowiedzi nr 3 z 12 czerwca 2013 r. wskazał, że chodzi o serwer wyposażony w taki sam procesor (zgodna architektura, generacja, taktowanie zegara, ilość pamięci cache), a nie ten sam typ/model serwera, co oferowany (ten wymóg dotyczy tylko wyników opublikowanych na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org)).

Odwołujący wykazali podczas rozprawy, iż test dotyczył tego samego modelu procesora Intel Itanium 9540 (choć rzeczywiście w owego wydruku załączonego do ofert to nie wynika). Jednak sam wydruk nie był wymagany – zamawiający oczekiwał jedynie stosownej deklaracji w tabeli „Charakterystyka serwera”.

Przedstawiony wydruk pochodzi ze strony [www.ent264.sharepoint.hp.com](http://www.ent264.sharepoint.hp.com), która – co nie jest sporne – jest stroną producenta (HP), lecz dostępną jedynie dla pracowników

i partnerów, ewentualnie innych podmiotów, które otrzymają login (możliwość uzyskania takiego loginu nie jest powszechnie dostępna). Zatem rzeczywiście nie można tu mówić, że test ten został oficjalnie opublikowany na stronie producenta.

„Opublikować” oznacza „podać do publicznej wiadomości; też: ogłosić drukiem”, z kolei „publiczny” to „1. dotyczący całego społeczeństwa lub jakiejś zbiorowości, 2. dostępny lub przeznaczony dla wszystkich, 3. związany z jakimś urzędem lub z jakąś instytucją nieprywatną, 4. odbywający się przy świadkach, w sposób jawny” (definicje ze słownika języka polskiego dostępnego na stronie [www.sjp.pwn.pl](http://www.sjp.pwn.pl)).

Zatem „opublikować” będzie oznaczało podać do wiadomości wszystkich, którzy będą chcieli się z tym testem zapoznać. Zamieszczenie testu na stronie dostępnej w sposób ograniczony nie jest taką publikacją (już choćby zamawiający nie mógł się z nim zapoznać, a taki był cel jego wymagania).

Odwołujący ani przedstawiciel HP nie wskazali, że wyniki testu są zamieszczone na innej stronie niż [www.sharepoint.hp.com](http://www.sharepoint.hp.com) (bo to nie załączony do oferty wydruk jest istotny – nie był wymagany – tylko publikacja na stronie), zatem Izba przyjmuje, że nie są zamieszczone gdzie indziej. Tym samym wymóg ten przynajmniej w zakresie publikacji wyników testu nie został spełniony.

Drugim powodem odrzucenia ofert odwołujących było to, że zaoferowane serwery są wyposażone w procesory ośmiordzeniowe i 24MB pamięci cache poziomu L3, co daje 3MB na rdzeń. Wymaganiem zamawiającego było zapewnienie ilości pamięci cache L3 min. 10MB/rdzeń. W oferowanych serwerach nie jest możliwa konfiguracja, w której aktywowane są tylko dwa rdzenie, a jedynie aktywacja całych procesorów.

W punkcie 1.4. tabeli „Charakterystyka serwera” zamawiający wskazał, że pamięć L3 cache ma wynosić 10MB na rdzeń. Jednocześnie w punkcie 1.2. tabeli dotyczącym mocy obliczeniowej zamawiający wskazał, że serwery mają posiadać możliwość zwiększenia mocy o minimum 100% bez fizycznej rozbudowy serwera.

Zdaniem zamawiającego w rozwiązaniu oferowanym przez odwołujących nie jest możliwe uzyskanie owego zwiększenia mocy obliczeniowej z zaoferowaną pamięcią L3 cache 24MB.

Z kolei odwołujący twierdzą, że jest to możliwe.

Przedmiotem sporu było też, czy wymóg punktu 1.4. jest wymaganiem osobnym, czy wprost związanym z wymogiem dotyczącym zwiększenia mocy obliczeniowej.

Co do możliwości zwiększenia mocy obliczeniowej Izba stwierdziła, iż odwołujący oraz przedstawiciel HP deklarowali, że w zastosowanej technologii takie zwiększenie mocy obliczeniowej jest możliwe bez dodatkowej rozbudowy pamięci L3 cache. Brak dowodów na to, że jest to twierdzenie nieprawdziwe.

Natomiast co do wymogu punktu 1.4. Izba stwierdziła, iż jest on wymogiem formalnym osobnym od wymogu mocy obliczeniowej. Został on bowiem ustanowiony przez zamawiającego na sztywnym poziomie 10MB na rdzeń niezależnie od tego, czy w danym serwerze akurat taka wartość pamięci jest potrzebna, czy też, czy w ogóle jest wystarczająca dla uzyskania wymaganej mocy obliczeniowej, tzn. jeśli przykładowo w rozwiązaniu A do osiągnięcia mocy wystarczy 8MB, a w rozwiązaniu B 10MB będzie niewystarczające (będzie potrzeba 12 MB), to dla spełnienia wymogu z punktu 1.4. konieczne będzie wykazanie 10MB, a kwestia mocy obliczeniowej będzie rozpatrywana osobno (wykonawca będzie musiał dołożyć pamięci ponad ten wymóg).

Co do sporu, czy wymóg ten (10MB na rdzeń) dotyczy rdzeni aktywnych od samego początku, czy również rdzeni aktywowanych w ramach opcji należy wskazać, że zamawiający nie określił tego jednoznacznie. A więc tym samym już z tego powodu należy przyjąć wersję korzystniejszą dla wykonawców, czyli że dotyczy tylko rdzeni aktywnych w zamówieniu podstawowym. Przemawia za tym też to, że zawarta w tabeli charakterystyka serwerów dotyczy w sumie zamówienia podstawowego – wymagania dodatkowe zostały wyraźnie zaznaczone (w punkcie 1.2. zwiększenie mocy bez fizycznej rozbudowy, 1.5. rozbudowa pamięci RAM bez fizycznej rozbudowy). Na takie rozumienie zamawiającego wskazuje także informacja o odrzuceniu ofert, w której zamawiający wskazuje na brak możliwości uruchomienia tylko dwóch rdzeni, czyli zamówienie podstawowe. Gdyby wymóg dotyczył wszystkich rdzeni, zamawiający nie przywoływałby dwóch rdzeni, lecz od razu cztery – tak jak na rozprawie. Po trzecie zaś, gdyby chodziło o wszystkie rdzenie, a nie tylko aktywne (w wersji podstawowej lub po skorzystaniu z opcji), to przy procesorach z ośmioma rdzeniami, wymóg ten wynosiłby w sumie 80MB, a nie 40 MB (przy czterech rdzeniach aktywnych).

Kolejnym powodem odrzucenia ofert było to, że serwery nie spełniają wymagań w zakresie partycjonowania (pkt 1.12. tabeli „Charakterystyka serwera”), a przynajmniej brak o tym informacji w dokumentach. Zgodnie z wymogiem zamawiającego serwery muszą umożliwiać:

1. tworzenie maszyn wirtualnych z możliwością przydzielenia procesorów (do 1/20 części rdzenia) oraz pamięci operacyjnej i interfejsów Eth/FC do pojedynczej partycji,
2. dodawanie i odejmowanie zasobów w czasie pracy aplikacji,
3. przenoszenie partycji pomiędzy serwerami bez przerywania pracy aplikacji,
4. mechanizm partycjonowania spełnia wymogi bezpieczeństwa potwierdzone certyfikatem CAPP/EAL4+ lub równoważnym załączonym do oferty wykonawcy.

Jak zostało ustalone podczas rozprawy, w zaoferowanym rozwiązaniu możliwe są dwa sposoby partycjonowania, przy czym pierwszy z nich, który został ujęty w przedstawionym przez wykonawców certyfikacie (załączonym do ofert), nie spełnia wymogów 1-3 – jest to



bezsporne. Natomiast drugi z nich spełnia owe wymagania 1-3 – co również jest niesporne – lecz, zdaniem zamawiającego, nie został ujęty w certyfikacie (Raport z Certyfikacji nr CRP251), gdyż nie znajduje się w opisie konfiguracji TOE, które były oceniane (pkt 37 na str. 10 certyfikatu), poza tym w roku wydania certyfikatu (2009) jeszcze nie był używany.

Według odwołujących jest to drobna zmiana konfiguracji i nie wymaga zmiany certyfikatu czy też ponownej certyfikacji, zatem przedstawiony certyfikat jest prawidłowy i obejmuje również ten sposób partycjonowania.

Zdaniem Izby w kwestii tej w sposób wiążący może wypowiedzieć się wyłącznie instytucja certyfikująca (CESG), gdyż tylko ona może wypowiedzieć się co do zakresu certyfikatu nie objętego jego wyraźną treścią. Żadna interpretacja dokonana przez użytkowników systemu, producenta, zamawiającego czy Izbę nie będzie bowiem miała wpływu na rzeczywisty zakres certyfikacji. Tym samym, aby zamawiający mógł uznać, że metoda partycjonowania spełnia wymogi bezpieczeństwa wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołujący powinni przedstawić oświadczenie instytucji certyfikującej (CESG) ten fakt potwierdzające albo certyfikat, z którego treści to wynika.

Co do zarzutów dotyczących nie dość precyzyjnego uzasadnienia czynności odrzucenia ofert Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się. Zamawiający może niezbyt obszernie, ale podał nie tylko podstawę prawną, ale i wyjaśnienia, z jakich powodów oferty odrzucił. Oczywiście w miarę rozwoju argumentacji drugiej strony, również zamawiający rozwijał swoje uzasadnienie.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

**Przewodniczący:** .....