

Sygn. akt: KIO 107/18

WYROK
z dnia 30 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 stycznia 2018 r.** w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 stycznia 2018 r.** przez wykonawcę: **Perceptron Sp. z o.o., ul. Królewska 65a/1, 30-081 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Pocztę Polską S. A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa**, przy udziale wykonawcy: **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o., ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Perceptron Sp. z o.o., ul. Królewska 65a/1, 30-081 Kraków**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Perceptron Sp. z o.o., ul. Królewska 65a/1, 30-081 Kraków**, 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 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę serwerów z procesorem x86 oraz dostawę deduplikatorów z usługą ich instalacji i uruchomienia z podziałem na części; ogłoszenie z dnia 8 sierpnia 2017 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2017/S 150-311112), przy wartości zamówienia większej niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, w dniu 18 stycznia 2018 r. zostało wniesione w postaci pisemnej odwołanie w zakresie części 1 zamówienia - „dostawa serwerów z procesorem x86” - przez wykonawcę: Perceptron Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w kopii przekazane zamawiającemu z zachowaniem terminu ustawowego.

Odwołanie wniesiono wobec następujących czynności zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o.

- o których to czynnościach odwołujący został powiadomiony w dniu 8 stycznia 2018 r. drogą elektroniczną.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19 stycznia 2018 r. pisemne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego (w kopii przekazane stronom) w dniu 22 stycznia 2018 r. złożył wykonawca wybrany Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, który powołał się na interes w popieraniu stanowiska zamawiającego, a tym samym utrzymania w mocy wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Poczcie Polskiej S. A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), tj.:

Zarzut I naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego się pomimo braku podstaw prawnych i faktycznych dla dokonania tej czynności.

Zarzut II naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o., co było konsekwencją nie wzięcia pod uwagę oferty odwołującego się, która nie powinna być odrzucona.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty;
- 2) ponownego dokonania badania i oceny ofert oraz uznania, że oferta odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), a tym samym dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto wnosił o:

- 3) powołanie i przeprowadzenie dowodów z akt sprawy oraz z dokumentów dołączonych do odwołania, a także z zeznań świadków wskazanych w treści odwołania;
- 4) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego na rzecz odwołującego się poprzez zasądzenie kwoty według spisu kosztów przedstawionego podczas rozprawy, stanowiących uzasadnione koszty odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący Perceptron Sp. z o.o. motywował swój interes w złożeniu odwołania okolicznością, iż podnoszone zarzuty dotyczą niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący powoływał się na interes prawny do wniesienia odwołania, gdyż jego uwzględnienie spowoduje dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego. Utrzymywał, że złożona przez niego oferta była najkorzystniejszą według kryteriów ustalonych przez zamawiającego. Odwołujący się może ponieść szkodę w postaci pozbawienia go zysku, wynikającego z możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Gdyby zamawiający w toku postępowania nie naruszył przepisów Pzp i nie uznał, iż treść oferty odwołującego się nie odpowiada treści SIWZ, to wówczas oferta odwołującego się okazałaby się najkorzystniejsza. W tych okolicznościach szkoda, którą odwołujący może ponieść, jest normalnym następstwem dokonanych przez zamawiającego naruszeń.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający poinformował go o odrzuceniu złożonej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa serwerów z procesorem x86 oraz dostawa deduplikatorów z usługą ich instalacji i uruchomienia z podziałem na części: część 1: dostawa serwerów z procesorem x86” w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na nieodpowiadanie treści oferty złożonej przez odwołującego się treści SIWZ oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o.

Dowód: zawiadomienie z dnia 8 stycznia 2018 r. (w aktach postępowania)

Zamawiający w treści SIWZ wskazał, iż: *„każdy serwer musi pracować stabilnie w zakresie temperatur 10-40°C panujących w otoczeniu serwera”*.

Odwołujący stwierdził, że zaoferował modele serwerów, które w swojej podstawowej wersji pracują w zakresie temperatur 5 - 35°C, przy czym odwołujący utrzymywał, że zaoferował ich wykonanie specjalne, przystosowane i przeznaczone do pracy w zakresie temperatur 10-40°C.

Możliwość złożenia takiej oferty wynikała z dokonania przez odwołującego indywidualnych uzgodnień z producentem, który zapewnił odwołującego, iż jest w stanie wyprodukować i dostarczyć na potrzeby niniejszego zamówienia wykonanie specjalne serwerów, które będą pracowały w zakresie temperatur wymaganych w SIWZ.

Zamawiający dokonał sprawdzenia na stronie internetowej producenta Super Micro Computr Inc. parametrów technicznych oferowanych modeli serwerów i stwierdził, że w przypadku modeli serwerów typu 3 i 4 zaoferowanych przez odwołującego - producent wskazał, iż temperatura otoczenia, w jakiej serwer jest w stanie stabilnie funkcjonować to 5 - 35°C. W związku z powyższym pismem z dnia 23 listopada 2017 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający domagał się wskazania, w jakim zakresie temperatur będą stabilnie pracowały zaoferowane serwery.

Dowód: skierowane do odwołującego wezwanie z dnia 23 listopada 2017 r. (w aktach postępowania)

W odpowiedzi na tak skierowane wezwanie odwołujący się pismem z dnia 30 listopada 2017 r. wyjaśnił, że: *„Konfiguracje serwerów typ 3 i 4 oferowane do przetargu (Supermicro 6028R-WTR i Supermicro 6028R-E1CR12H) są wykonaniem specjalnym przeznaczonym do pracy w zakresie temperatur otoczenia 10-40 stopni Celsjusza. W zaoferowanej konfiguracji serwery te będą objęte standardową gwarancją. Zakres temperatur widoczny na stronie internetowej odnosi się do wykonania standardowego a jednocześnie obejmuje w pełni wyposażone konfiguracje (z maksymalną do zamontowania ilością dysków, pamięci i procesorami z najwyższymi dopuszczalnymi wskaźnikami TDP).”* Jedynie dodatkowo (informacyjnie) odwołujący dodał, iż: *„Z uwagi na krótki termin do udzielenia wyjaśnień Oferent nie mógł uzyskać oświadczeń producenta w tym zakresie, jednak oświadczam, iż Perceptron uzyskał zapewnienie producenta, że zaoferowane serwery będą w całości zgodne z SIWZ, w szczególności będą pracowały we wskazanym zakresie temperatur. Perceptron jest podmiotem doświadczonym na rynku i świadomy oświadczeń składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sporządzając ofertę Perceptron zaoferował dostarczenie produktów, spełniających wszystkie wymagania SIWZ, będąc świadomy, iż ewentualne niewywiązanie się z wymagań Zamawiającego skutkować będzie brakiem odbioru tak wykonanego zamówienia.”*

Dowód: pismo odwołującego z dnia 30 listopada 2017 r. (w aktach postępowania)

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający nie wymagał od niego przedstawienia konkretnych dowodów na okoliczność zakresu temperatur, w jakich pracować mają serwery, a jedynie oświadczenia odwołującego się w tym zakresie. Zamawiający w wezwaniu zaznaczył bowiem: „*Prosimy zatem o wyjaśnienie stwierdzonych względem postanowień SIWZ rozbieżności poprzez wskazanie, w jakim zakresie temperatur oferowane przez Państwa serwery będą pracowały stabilnie, co pozwoli Zamawiającemu ocenić czy spełnione są w tym zakresie wymogi SIWZ. Proszę wskazać zakres temperatur dla 3 i 4 typu oferowanego serwera.*” Następnie w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Perceptron Sp. z o. o. wyjaśnił, iż oferowane serwery są wykonane specjalnie do pracy w zakresie temperatur otoczenia 10-40°C, ale nie złożył potwierdzenia producentów serwerów - firmy Super Micro Computer Inc. Zamawiający natomiast zwrócił się do dystrybutora firmy Super Micro Computer Inc. na terenie Polski o wyjaśnienie, w jakim zakresie temperatur mogą pracować oferowane przez Perceptron Sp. z o. o. modele serwerów 6028R-WTR oraz 6028R- E1CR12H i otrzymał informację, iż po konsultacjach dystrybutora z producentem sprzętu stwierdzono, że oba typy serwerów są przystosowane do pracy w temp. od 10 do 35°C i nie ma możliwości zmiany komponentów serwera (np. wentylatorów) w obu platformach tak, aby serwery mogły pracować w temperaturze do 40°C. Przedział temperatur w pomieszczeniu, jaki przewidział producent do pracy serwerów 6028R-WTR oraz 6028R- E1CR12H - to 10 do 35°C.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny zamawiający stwierdził, iż oferowane serwery typu 3 i 4 nie spełniają wymagań treści SIWZ.

Ad zarzut I naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo braku podstaw prawnych i faktycznych dla dokonania tej czynności.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przewiduje odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zapewniał przy tym, że sytuacja taka nie miała miejsca w toku niniejszego postępowania, gdyż zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z SIWZ, a następnie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp tę zgodność potwierdził, wyjaśniając jednocześnie wątpliwości zamawiającego w tym zakresie.

Zasadność swoich twierdzeń odwołujący popierał przytoczonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie interpretacji przesłanki niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w tym w sprawach sygn. akt: KIO 1463/17, KIO 26/17, KIO 501/17), w których zaprezentowano poglądy, iż:

a) *Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie*

wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna."

c) „Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ."

Odwołujący wskazał również na treść orzeczenia w sprawach sygn. akt: KIO 928/17; KIO 934/17; KIO 937/17, zgodnie z którymi: *„wyjaśnienia udzielane przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. są niczym innym jak tylko oświadczeniem, w jaki sposób należy tłumaczyć treść oferty, a nawet gdyby przyjąć, że nie mają one takiego charakteru, to z pewnością należy uznać je za inne informacje składane przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego"* oraz orzeczenie w sprawie sygn. akt: KIO 2308/16, w którym skład orzekający wskazał, iż: *„wyjaśnienia wykonawcy służą, właściwej ocenie oferty i mogą dotyczyć potwierdzenia merytorycznego jej zakresu, nie wynikającego wprost ze złożonych oświadczeń lub dokumentów."*

Przytoczone powyżej orzecznictwo KIO, zdaniem odwołującego, przesądza o tym, iż aby stwierdzić, że oferta nie jest zgodna z SIWZ należy wykazać niezgodność zobowiązania wyrażonego w ofercie z warunkami zamawiającego określonymi w SIWZ. Przekonywał, że taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu, gdyż zarówno w samej treści oferty, jak i następnie w wyjaśnieniach wskazał, iż zamierza dostarczyć urządzenia w całości zgodne z zapisami SIWZ, wyjaśniając dodatkowo, w jaki sposób zamierza to wykonać. Jego zdaniem złożone wyjaśnienia potwierdziły, iż w chwili sporządzania oferty odwołujący zaoferował sprzęt zgodny z wymogami SIWZ i obawy zamawiającego w tym zakresie są bezpodstawne. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, w jaki sposób zamierza sprostać wymogom SIWZ i uzasadnił dlaczego jest to możliwe do wykonania.

Stwierdził, że na obecnym etapie odwołujący się nie jest w stanie zweryfikować rzetelności przekazanej zamawiającemu informacji przez dystrybutora produktów producenta Super Micro Computer Inc., jakoby zwiększenie zakresu temperatur, w jakim pracują serwery było niemożliwe do wykonania. Zdaniem odwołującego zwiększenie zakresu temperatur, w jakich mogą pracować serwery jest zabiegiem technicznym, możliwym do wykonania poprzez zamontowanie odpowiedniego urządzenia chłodzącego, czego z całą pewnością może dokonać producent.

Z treści uzasadnienia odrzucenia oferty nie wynika, że odpowiedź dystrybutora, do którego zwrócił się zamawiający, została skonkretyzowana w ten sposób, aby miała dotyczyć możliwości wymiany komponentów przy produkcji urządzeń, czy też dotyczyć samodzielnego ich przystosowania w toku dokonywanych przeróbek w trakcie użytkowania. Jednocześnie odwołujący zaznaczał, że w związku z takim uzasadnieniem odrzucenia jego oferty, zwrócił się do oficjalnego dystrybutora firmy Super Micro Computer Inc. z prośbą o przedstawienie stanowiska w zakresie możliwości zamówienia produktu zaoferowanego przez odwołującego się, a pracującego we wskazanym w SIWZ zakresie temperatur i otrzymał odpowiedź, która okoliczność tę potwierdza.

Dowód: pismo ALSO Polska Sp. z o. o. z dnia 15.01.2018 r. (załączone w kopii, oryginał zostanie przedłożony do akt postępowania do czasu rozpoczęcia rozprawy)

Odwołujący zapowiedział, że prowadzi rozmowy z osobami, będącymi w stanie z uwagi na swoje kwalifikacje zawodowe potwierdzić wyjaśnienia odwołującego w tym zakresie i do czasu rozpoczęcia rozprawy wskaże personalia świadka wraz ze szczegółowym uzasadnieniem i wykazaniem jego kompetencji.

Dowód: przesłuchanie w charakterze świadka osoby posiadającej wiedzę w zakresie technicznym niezbędną do oceny możliwości spełnienia wymagań SIWZ przez zaoferowane przez odwołującego serwery.

Przede wszystkim zwracał uwagę na najistotniejsze z punktu widzenia odwołującego uchybienie zamawiającego w zakresie wskazania podstawy do odrzucenia oferty, tj. braku załączenia do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oświadczenia producenta w przedmiocie możliwości pracy serwerów w zakresie temperatur wskazanym w SIWZ. Zamawiający w treści wezwania zażądał bowiem od odwołującego wyłącznie oświadczenia w przedmiocie zakresu temperatur i wynika to wprost z literalnej treści wezwania: *„Prosimy zatem o wyjaśnienie stwierdzonych względem postanowień SIWZ rozbieżności poprzez wskazanie, w jakim zakresie temperatur oferowane przez Państwa serwery będą pracowały stabilnie, co pozwoli Zamawiającemu ocenić czy spełnione są w tym zakresie wymogi SIWZ. Proszę wskazać zakres temperatur dla 3 i 4 typu oferowanego serwera.”* Zamawiający w żadnym punkcie pisma nie domagał się przedstawienia dodatkowych dowodów na zgodność oferty z treścią SIWZ. To pewnego rodzaju zapobiegliwość odwołującego się kazała mu do wyjaśnień, które składał (nie tylko w z zakresie temperatur, w jakich mają pracować serwery, ale także w zakresie innych wątpliwości zamawiającego) - dołączyć dodatkowo potwierdzenia od dystrybutorów i producentów sprzętu, że oświadczenia złożone przez odwołującego w ofercie są zgodne z możliwościami technicznymi urządzeń i ich producentów. W przypadku jednak Super Micro Computer Inc. z uwagi na wysoko złożoną strukturę podmiotu nie było możliwe uzyskanie takiego zapewnienia w czasie *de facto* 5 dni roboczych, stąd też nie zostało ono dołączone.

Zamawiający jednak w treści wezwania tego typu dokumentu, ani żadnego innego, nie wymagał, wezwał odwołującego jedynie do wskazania zakresu temperatur, w jakich serwery będą pracować. Następnie w sytuacji powzięcia kolejnych wątpliwości nie skorzystał już z możliwości ponowienia wezwania do wyjaśnień, wskazując jednak nie tylko na konieczność złożenia odpowiedniego oświadczenia, ale nadto przedstawienia odpowiedniego dowodu w tym zakresie. Art. 87 ust. 1 Pzp nie ogranicza jednak zamawiającego co do ilości możliwych do skierowania do oferentów wezwań, a dbałość o rzetelność i celowość wydatkowania środków publicznych powinna skłonić zamawiającego do dokonywania jak najbardziej szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący podkreślał, że ponownie wszczął u producenta procedurę uzyskania oświadczenia w przedmiocie zakresu temperatur pracy serwerów i niezwłocznie po jego otrzymaniu dołączy je do akt postępowania.

Dowód: kopia pisma ALSO Polska Sp. z o. o. z dnia 15.01.2018 r.

Ad zarzut II naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o., co było konsekwencją nie wzięcia pod uwagę oferty odwołującego się, która nie powinna być odrzucona.

W konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego zamawiający w toku dokonywania oceny ofert w oparciu o ustalone kryteria nie wziął pod uwagę oferty odwołującego się, która była ofertą najkorzystniejszą i dokonał wyboru oferty, która zawierała wyższą cenę.

Dowód: informacja z otwarcia ofert (w aktach postępowania)

W piśmie procesowym, złożonym dnia 26 stycznia 2018 r. odwołujący podał, że poczynił dodatkowe starania w celu uzyskania pisemnego oświadczenia producenta serwerów Supermicro 6028R-WTR oraz 6028R- E1CR12H, potwierdzającego, że wspomniane serwery zostały specjalnie wykonane, aby sprostać pracy w temperaturze otoczenia 10-40°C, tj. wymaganiom postawionym w SIWZ, na co przedstawił kopię oświadczenia w języku angielskim z 24.01.2018 r. firmy Super Micro Computer Inc. z siedzibą w USA, ze stemplem europejskiej centrali producenta SuperMicro Computer BV w Holandii, co uznał jednocześnie za potwierdzenie swego oświadczenia złożonego zamawiającemu dnia 30 listopada 2017 r.

W dniu 29 stycznia 2018 r. przed otwarciem posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestnika wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący po stronie zamawiającego Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie - do protokołu rozprawy w trybie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania. Z tych względów odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania, oferty odwołującego, z korespondencji stron.

Odwołujący wnosil o dopuszczenie dowodów:

1. Z uwierzytelnionego notarialnie tłumaczenie oświadczenia firmy Super Micro Computer, Inc. z dnia 24 stycznia 2018 r., z którego wynika, że: *„serwery Supermicro 6028R-WTR oraz Supermicro 6028R-E1CR12H oferowane przez Perceptron Sp. z o.o. dla zadania 3 i 4 w przetargu poczty polskiej (PI.PZ.2006.067.2017) są zaprojektowane i zbudowane przez Supermicro w celu spełnienia wymagań specyfikacji przetargu i działają poprawnie w temperaturze pokojowej w zakresie od 10 do 40 stopni Celsjusza. Powyższe oświadczenie ma zastosowanie wyłącznie do specjalnego projektu i konfiguracji dla obu modeli serwerów, jakie są oferowane w powyższym przetargu i nie ma zastosowania do powszechnie dostępnych modelu i znajdujących się w ogólnosiwiatowej sieci dystrybucyjnej.”*
2. Z uwierzytelnionego notarialnie tłumaczenia maila przesłanego 26 stycznia 2018 roku przez przedstawicielstwo firmy Super Micro Computer Inc. w Holandii wraz z załączonym oświadczeniem, o którym mowa powyżej w pkt 1.
3. Z oświadczenia z 18 stycznia 2018 roku złożonego przez innego dystrybutora sprzętu serwerowego Supermicro tj. ABC Data S.A., że możliwe jest zbudowanie konfiguracji serwerów pracujących w podwyższonej temperaturze otoczenia przy zachowaniu odpowiedniego doboru komponentów np. aktywnych elementów chłodzących, czy też procesorów o ograniczonym współczynniku TDP (wydzielania ciepła) i podane zostały dwie konfiguracje dla serwera typu 3 i 4.

Pisma przedstawiane przez odwołującego zawierające oświadczenie ALSO Polska Sp. z. o.o. i ABC Data S.A. skierowane zostały nie do odwołującego, a do firmy Epsilon Sp z o.o. Sp. Komandytowa w Warszawie.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Przedmiot zamówienia pod nazwą: „DOSTAWA SERWERÓW Z PROCESOREM x86 ORAZ DOSTAWA DEDUPLIKATORÓW Z USŁUGĄ ICH INSTALACJI I URUCHOMIENIA Z PODZIAŁEM NA CZĘŚCI,

CZĘŚĆ 1: DOSTAWA SERWERÓW Z PROCESOREM x86”

III. Opis przedmiotu zamówienia

Przedmiotem zamówienia jest: Część 1:

1.1 sprzedaż serwerów w postaci:

- 1) Serwer z procesorem x86 typ 1, w liczbie 135 szt.,
- 2) Serwer z procesorem x86 typ 2, w liczbie 153 szt.,
- 3) Serwer z procesorem x86 typ 3, w liczbie 28 szt.,
- 4) Serwer z procesorem x86 typ 4, w liczbie 4 szt.,

- zwanymi dalej urządzeniami, w zakresie i do miejsc świadczenia dostawy wskazanych w załączniku nr 1 do Umowy - „Zakres zamówienia i miejsce dostawy”, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy -Załącznik nr 5a do SIWZ.

1.2. Szczegółowa konfiguracja techniczno-użytkowa przedmiotu zamówienia została określona w załączniku nr 2 do Umowy - załącznik nr 5a do SIWZ.

1.3. Wszystkie urządzenia muszą być fabrycznie nowe, wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed datą dostawy. Wykonawca zobowiązany jest udzielić Zamawiającemu na jego żądanie potrzebnych wyjaśnień o stosunkach prawnych i faktycznych dotyczący rzeczy, w szczególności dotyczących daty produkcji i pochodzenia rzeczy.

1.4. Wykonawca zobowiązany jest wydać urządzenia w stanie kompletnym obejmującym części składowe i przynależności wraz z wszystkimi dokumentami dotyczącymi rzeczy.

1.5. Dostarczone urządzenia będą:

1) posiadały oznakowanie „CE” umieszczone na tabliczkach znamionowych lub bezpośrednio na urządzeniu; 2) posiadały dołączoną stosowną dokumentację techniczną, użytkową oraz instrukcję obsługi w języku polskim lub angielskim w wersji elektronicznej (format MS Word lub PDF); 3) dostarczone w oryginalnych opakowaniach fabrycznych, których przechowywanie przez Zamawiającego nie jest wymagane do zachowania udzielonej gwarancji,

1.7 Przedmiot zamówienia Wykonawca będzie realizował w terminie 40 dni roboczych od daty zawarcia Umowy.

1.8 Szczegółowe warunki, dotyczące realizacji zamówienia określono w Projekcie Umowy (Zał. nr 5a do SIWZ).

IX. Opis sposobu przygotowywania ofert; 1. Ofertę stanowi:

1) wypełniony formularz ofertowy, sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ;

2) wypełniony formularz cenowy, sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1a, 1b do formularza ofertowego - odpowiednio do części zamówienia;

3) wypełniony formularz specyfikacji technicznej sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 2a do formularza ofertowego - dotyczy części 1 zamówienia;

19. Oferta, której treść nie będzie odpowiadać treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, zostanie odrzucona (art. 89 ust, 1 pkt 2 PZP). Wszelkie niejasności i wątpliwości dotyczące treści zapisów SIWZ należy zatem wyjaśnić z Zamawiającym przed terminem składania ofert w trybie przewidzianym rozdziałem VI SIWZ.

Rozdział VI pkt 5 SIWZ. Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ.

Rozdział VI pkt 8 SIWZ. W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a treścią udzielonych odpowiedzi należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego.

Rozdział X. Miejsce i termin składania i otwarcia ofert. (...) 20.10.2017 r.

Rozdział XI. Opis sposobu obliczenia ceny.

1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wypełnienie Formularza ofertowego oraz Formularza cenowego, sporządzonych z wykorzystaniem wzorów stanowiących Załącznik nr 1 i 1 a/1b do formularza ofertowego SIWZ.

2. Łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w SIWZ.

Rozdział XII SIWZ.

Kryterium: cena - 100%

Rozdział XV SIWZ. Projekty umów stanowią zał. nr 5a i 5b do SIWZ.

Załącznik nr 1 do SIWZ wzór Formularza ofertowego zawiera oświadczenia: zobowiązujemy się do zrealizowania zamówienia zgodnie ze wszystkimi warunkami zawartymi w SIWZ i oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę:

Cena oferty część 1 zamówienia (brutto - zgodnie z załącznikiem 1a do Formularza ofertowego) - zł... (słownie:...)

1. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wzorem umowy i nie wnosimy do nich zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w nich zawarte.

2. Oświadczamy, że w cenie naszej oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia.

3. Oświadczamy, że przedmiot zamówienia będzie spełniał wymagania Zamawiającego określone w projekcie umowy (Załącznik nr 5a/5b do SIWZ) i Specyfikacji technicznej (Załącznik nr 2a do formularza ofertowego - dotyczy Części 1 zamówienia)**.

Załącznik nr 2 do SIWZ wzór Formularza cenowego (część nr 1) zawiera nazwę asortymentu oraz ilość:

1. Serwer z procesorem x86 typ 1 - 135,
2. Serwer z procesorem x86 typ 2 - 153
3. Serwer z procesorem x86 typ 3 - 28
4. Serwer z procesorem x86 typ 4 - 4.

Dla modeli serwerów typu 3 i 4 według załącznika nr 2a do Formularza ofertowego, zamawiający wymagał podania producenta serwera, wskazania modelu, określił minimalne parametry wymagane w oczekiwanej konfiguracji, wykonawca był zobowiązany przedstawić parametry oferowane.

Uwaga: O ile inaczej nie zaznaczono, wszelkie zapisy zawierające parametry techniczne należy odczytywać jako parametry minimalne.

Wzór umowy - Zał. 5a do SIWZ w § 1 przedmiot umowy: sprzedaż serwerów, w punkcie 2 stanowi, że: Szczegółowa konfiguracja techniczno użytkowa została określona w zał. nr 2 do umowy.

Szczegółowa konfiguracja techniczno-użytkowa określona w zał. nr 2 do umowy w punkcie 2 Wymagania funkcjonalne, w poz. 2.5 określa, że: „Każdy serwer musi pracować stabilnie w zakresie temperatur 10-40°C panujących w otoczeniu serwera”.

Zamawiający udzielał wyjaśnień do SIWZ, w zakresie w jakim jej postanowienia dotyczą zarzutów odwołania - na zapytania wykonawców. W odpowiedzi na pytanie 25 z dnia 4 października 2017 r. o treści: „Dotyczy Część 1, Załącznik nr 2 do załącznika 5A (Umowa) do SIWZ, p. 1.5. W Załączniku nr 2 do Umowy 5A, w punkcie 1.5 Zamawiający wymaga aby oferowany serwer pracował w temperaturze od 10 do 40 stopni Celsjusza. Z wiedzy i doświadczenia wykonawcy wynika, że większość dostępnych na rynku, standardowych rozwiązań serwerowych czołowych producentów sprzętu komputerowego (np. HP, Lenovo, DELL) może pracować w temperaturach do 35 stopni Celsjusza. Wymóg możliwości pracy serwerów w temperaturze do 40 st. C w znaczący sposób ogranicza możliwość złożenia oferty poprzez zawężenie możliwości oferowania rozwiązań do jednego producenta (Fujitsu) lub do drogich rozwiązań specjalizowanych. Zdaniem Wykonawcy zapis ten ograniczy konkurencyjność oraz wpłynie na cenę oferowanego rozwiązania. Dodatkowo, z doświadczenia Wykonawcy wynika, iż nawet w nieklimatyzowanych pomieszczeniach trudno jest uzyskać temperaturę rzędu 40 stopni Celsjusza. Czy Zamawiający dopuści zaoferowanie

rozwiązań serwerowych z deklarowaną przez producenta maksymalną temperaturą pracy 35 stopni Celsjusza?

Odpowiedź na pytanie nr 25: „Z doświadczenia Zamawiającego wynika iż temperatura w pomieszczeniu nieklimatyzowanym może przekroczyć poziom 35°C, zatem mając na względzie ryzyko: niekontrolowanego zatrzymania pracy serwera, wystąpienia awarii oraz utraty gwarancji Zamawiający uznał parametr pracy w temperaturze otoczenia do 40°C za zasadny -i kluczowy dla Zamawiającego. Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.”

Na część 1 - Dostawa serwerów z procesorem x86, oferty złożyło 13 wykonawców z czego Perceptron Sp. z o.o. zaoferował wykonanie zamówienia za 2 908 802,40 zł, a kolejną ofertą była oferta Fujitsu z ceną 3 259 236,78 zł.

Odwołujący w załączniku nr 2 do Formularza ofertowego, podał producenta oferowanych serwerów typu 3 i 4 - firmę Super Micro Computer inc.

Określił modele oferowanych serwerów typu 3 i 4 - (Supermicro 6028R-WTR i Supermicro 6028R-E1CR12H), w oznaczonej w załączniku 2a konfiguracji techniczno-użytkowych.

Odwołujący do protokołu rozprawy przyznał, że w samej treści złożonej oferty nigdzie nie oznaczył, iż oferowane modele serwerów 3 i 4 będą w wykonaniu specjalnym, gwarantującym stabilną pracę w temperaturze otoczenia 10-40 stopni Celsjusza.

Odwołujący nie podał w samej ofercie, że zaoferowane modele serwerów, które w swojej podstawowej wersji w oferowanej konfiguracji techniczno-użytkowej pracują w zakresie temperatur 10 - 35°C, oferuje na zasadach równoważności w wykonaniu specjalnym, przystosowanym i przeznaczonym do pracy w zakresie temperatur 10-40°C.

Zamawiający pismem z dnia 28 listopada 2017 r. zwrócił się do firmy Bizserver Sp. z o.o. w Krakowie - autoryzowanego przedstawiciela producenta Super Micro Computer Inc. o odpowiedź na pytania:

1. W jakim zakresie temperatur panujących w otoczeniu będą pracować stabilnie serwery Supermicro 6028R-WTR i Supermicro 6028R-E1CR12H).
2. Czy mogą być wykonane wersje specjalne ww. modeli przystosowane do pracy w zakresie temperatur 10-40°C, innej niż wskazane w specyfikacji na stronie internetowej producenta: <https://WWW.supermicro.nl/products>. Jeśli tak, czy w takim przypadku oznaczenie modelu serwera pozostanie bez zmian, czy będzie zmienione?

W dniu 29.11.2017 przedstawiciel firmy Bizserver Sp. z o. o. udzielił odpowiedzi drogą mailową.

„Skontaktowałem się z Producentem sprzętu i otrzymałem informację, że wszystko uzależnione jest od ilości i rodzaju zamontowanych procesorów, pamięci oraz HDD. Oba serwery są przystosowane do pracy od 10 do 35 stopni Celsjusza i nie ma możliwości, aby

producent zmienił coś (np. wentylatory) w obu platformach tak, by serwery mogły pracować w temperaturze np. 40 stopni Celsjusza. Przedział temperatur w pomieszczeniu, jaki przewiduje producent dla pracy serwerów to 10-35 stopni Celsjusza.”

Zamawiający oświadczył, że sprawdził parametry proponowanych przez odwołującego serwerów model 3 i 4 i według specyfikacji dostępnej na stronie internetowej dostawcy - temperatura pracy tych serwerów mieści się w przedziale od 10 do 35 stopni Celsjusza. Zamawiający złożył wydruk ze strony internetowej Super Micro Computer Inc., że Bizserver Sp. z o.o z siedzibą w Krakowie jest oficjalnym dystrybutorem produktów Supermicro.

Pismem z dnia 23 listopada 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp między innymi w tym zakresie, tj. wskazania, w jakim zakresie temperatur będą stabilnie pracowały zaoferowane serwery. Zamawiający w wezwaniu zaznaczył, że: „w zał. nr 2 do wzoru umowy, stanowiącego zał. nr 5a do SIWZ, dotyczącym konfiguracji techniczno-użytkowej w punkcie 2.5 określił, iż każdy serwer musi pracować stabilnie w zakresie temperatur 10-40°C panujących w otoczeniu serwera. Zamawiający sprawdził na stronie internetowej producenta firmy Super Micro Computer Inc. parametry techniczne oferowanych modeli serwerów typu 3 i 4 (Supermicro 6028R-WTR i Supermicro 6028R-E1CR12H) i stwierdził, że w przypadku modeli serwerów typu 3 i 4 zaoferowanych przez odwołującego - producent wskazał, iż temperatura otoczenia, w jakiej serwer jest w stanie stabilnie funkcjonować wynosi 10 - 35°C. Prosimy zatem o wyjaśnienie stwierdzonych względem postanowień SIWZ rozbieżności poprzez wskazanie, w jakim zakresie temperatur oferowane przez Państwa serwery będą pracowały stabilnie, co pozwoli Zamawiającemu ocenić czy spełnione są w tym zakresie wymogi SIWZ. Proszę wskazać zakres temperatur dla 3 i 4 typu oferowanego serwera.”

Odwołujący pismem z dnia 30 listopada 2017 r. wyjaśnił, że: „Konfiguracje serwerów 3 i 4 oferowane do przetargu (Supermicro 6028R-WTR i Supermicro 6028R-E1CR12H) są wykonaniem specjalnym przeznaczonym do pracy w zakresie temperatur otoczenia 10-40 stopni Celsjusza. W zaoferowanej konfiguracji serwery te będą objęte standardową gwarancją. Zakres temperatur widoczny na stronie internetowej odnosi się do wykonania standardowego a jednocześnie obejmuje w pełni wyposażone konfiguracje (z maksymalną do zamontowania ilością dysków, pamięci i procesorami z najwyższymi dopuszczalnymi wskaźnikami TDP).” Odwołujący dodał, iż: „Z uwagi na krótki termin do udzielenia wyjaśnień Oferent nie mógł uzyskać oświadczeń producenta w tym zakresie, jednak oświadczam, iż Perceptron uzyskał zapewnienie producenta, że zaoferowane serwery będą w całości zgodne z SIWZ, w szczególności będą pracowały we wskazanym zakresie temperatur. Perceptron jest podmiotem doświadczonym na rynku i świadomym oświadczeń składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sporządzając ofertę Perceptron

zaoferował dostarczenie produktów, spełniających wszystkie wymagania SIWZ, będąc świadomym, iż ewentualne niewywiązanie się z wymagań Zamawiającego skutkować będzie brakiem odbioru tak wykonanego zamówienia.”

Zawiadomieniem z dnia 8 stycznia 2018 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa serwerów z procesorem x86 oraz dostawa deduplikatorów z usługą ich instalacji i uruchomienia z podziałem na części: część 1: dostawa serwerów z procesorem x86” w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na nieodpowiadanie treści oferty złożonej przez odwołującego się treści SIWZ oraz poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał, że: „W zał. nr 2 do wzoru umowy, stanowiącej zał. nr 5a do SIWZ, dotyczącej konfiguracji techniczno-użytkowej w punkcie 2.5 określił, iż każdy serwer musi pracować stabilnie w zakresie temperatur 10-40°C panujących w otoczeniu serwera. Zamawiający sprawdził na stronie internetowej producenta parametry techniczne oferowanych przez Wykonawcę Perceptron Sp. z o.o. modeli serwerów i stwierdził, że w przypadku modeli serwerów typu 3 i 4 zaoferowanych przez Perceptron Sp. z o.o. modeli serwerów 6028R-WTR oraz 6028R- E1CR12H producent wskazał, iż temperatura otoczenia, w jakiej serwer jest w stanie stabilnie funkcjonować (Operating Temperature) to 10 - 35°C. W związku z tym Zamawiający wystąpił do Wykonawcy o wyjaśnienie w jakim zakresie temperatur będą pracowały oferowane modele serwerów typu 3 i 4, tj. Supermicro 6028R-WTR i Supermicro 6028R-E1CR12H.

„W odpowiedzi Wykonawca Perceptron Sp. z o. o. wyjaśnił, iż oferowane serwery są wykonane specjalnie do pracy w zakresie temperatur otoczenia 10-40°C, ale nie złożył potwierdzenia producentów serwerów - firmy Super Micro Computer Inc.

Zamawiający wystąpił do oficjalnego dystrybutora firmy Super Micro Computer Inc. na terenie Polski - Bizserver Sp. z o.o. o wyjaśnienie, w jakim zakresie temperatur mogą pracować oferowane przez Perceptron Sp. z o. o. modele serwerów 6028R-WTR oraz 6028R- E1CR12H. Zamawiający otrzymał informację, iż po konsultacjach dystrybutora z producentem sprzętu stwierdzono, że oba typy serwerów są przystosowane do pracy w temp. od 10 do 35°C i nie ma możliwości zmiany komponentów serwera (np. wentylatorów) w obu platformach tak, aby serwery mogły pracować w temperaturze do 40°C. Przedział temperatur w pomieszczeniu, jaki przewidział producent do pracy serwerów 6028R-WTR oraz 6028R- E1CR12H - to 10 do 35°C. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, iż oferowane serwery typu 3 i 4 nie spełniają wymagań treści SIWZ.”

Odwołujący do odwołania załączył kopię pisma firmy ALSO Polska Sp. z o. o. z dnia 15.01.2018 r. - dystrybutora firmy Super Micro Computer Inc. Informacja dotycząca środowiska

pracy serwerów Supermicro, w którym ALSO Polska Sp. z o. o. jako oficjalny dystrybutor produktów firmy Supermicro informuje, że określone poniżej konfiguracje serwerów bazujące na podzespołach firmy Supermicro, mogą pracować w otoczeniu, gdzie temperatura powietrza wynosi 40 °Celsjusza i podał 2 takie konfiguracje.

Konfiguracja 1.

- 1 x platforma serwerowa Supermicro 6028R-WTR
- 2 x processor Intel Xeon E5-2603 v4
- 2 x pamięć 32GB DDR4 ECC Registered
- 1 x kontroler LSI 3108 based mezzanine, 2GB cache + cachevaut (Supermicro AOC)
- 6 x 240GB SSD (Intel S4500)
- 2 x HDD 2TB (HGST 7K2)

Konfiguracja 2.

- 1 x Supermicro 6028R-E1CR12H
- 2 x processor Intel Xeon E5-2609 v4
- 1 x chłodzenie procesora nr 1; SNK-P004SPS
- 1 x chłodzenie procesora nr 2: SNK-P0048AP4
- 4 x pamięć 32GB DDR4 ECC Registered
- 1 x kontroler LSI 3108 based mezzanine, 2GB cache + cachevault (Supermicro AOC)
- 7 x240GBSSD(Intel S4500)
- 3 X 2TB (HGST 7K2)

Ww. konfiguracje nie odpowiadają dokładnie konfiguracjom wskazanym w ofercie odwołującego dla serwera typu 3 i 4.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skoro wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności przez zamawiającego - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia - co prowadziło do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało mieć na uwadze zarówno uregulowania prawne odnoszące się do sposobu opisu przedmiotu zamówienia na dostawy, jak i warunki szczegółowe, które określił zamawiający w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podanych do wiadomości i stosowania przez wszystkich wykonawców, którzy zdecydowali się na złożenie oferty.

W zakresie przygotowanie postępowania ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera następujące regulacje.

Art. 29. 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ust. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zamawiający był uprawniony, aby przy dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, skorzystać z dyspozycji art. 30 ust. 1 pkt 1 Pzp, stanowiącego, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w jeden z następujących sposobów, z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych 1) przez określenie wymagań dotyczących wydajności (...) lub funkcjonalności, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia. 2) przez odniesienie się w kolejności preferencji do odnośnych norm. (...)

Ust. 9. W przypadku zamówień na dostawy (...) zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy produktu, w szczególności: (...)

2) może wymagać:

a) posiadania przez dostawcę (...) cech, o których mowa w ust. 8 pkt 2, tj.:

lit. a - określonych poziomów oddziaływania na środowisko i klimat,

lit. b - certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności,

lit. d - określonej terminologii, symboli, testów i metod testowania,

lit. e - określonego opakowania i oznakowania,

lit. f - instrukcji użytkowania,

b) określonych poziomów jakości,

c) określonej wydajności, przeznaczenia produktu, bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym wymagań odnoszących się do produktu w zakresie nazwy pod jaką produkt jest sprzedawany.

Zamawiający żądał, aby wykonawcy w swoich ofertach (zał. 2a do Formularza ofertowego) oznaczyli producenta i modele oferowanych serwerów według typu od 1 do 4, co pozwalało na identyfikację oferowanego sprzętu i sprawdzenie w oparciu o powszechnie dostępne specyfikacje techniczne producenta, czy treść oferty opowiada treści SIWZ.

Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp zakazuje opisywanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentu lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i zamawiający nie może opisać

przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy lub „równoważne.”

Obowiązek dopuszczenia równoważnych dostaw wynika wprost z przepisów ustawy Pzp, niezależnie od dyspozycji zamawiającego. Przepis art. 89 ust. 4 i 5 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający nie może odrzucić oferty niezgodnej z normami, europejskimi ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi (...), jeżeli wykonawca udowodni w ofercie w szczególności za pomocą środków, o których mowa w art. 30b ust. 1 ustawy Pzp, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia, także w zakresie funkcjonalności określonych przez zamawiającego.

Nie można również pomijać, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony przy oznaczeniu kluczowych parametrów serwerów, jako parametrów minimalnych, co obligowało zamawiającego do przyjęcia ofert przewidujących rozwiązania równoważne opisywanym, przy czym równoważności nie można rozumieć, w ten sposób, że ma być zaoferowany produkt o identycznych cechach. Najważniejszym wyznacznikiem równoważności, obok cech jakościowych, jest możliwość prawidłowego zgodnego z przeznaczeniem korzystania z zaoferowanych narzędzi i kompatybilność z innym współużywalnym sprzętem oraz ich prawidłowe funkcjonowanie w środowisku otoczenia.

Odwołujący przyznał w treści odwołania i do protokołu rozprawy, że w standardowej zaoferowanej wprost w ofercie wersji serwerów typu 3 i 4, modele serwerów 6028R-WTR oraz 6028R- E1CR12H - nie spełniają wymogu oznaczonego w treści zał. nr 2 do wzoru umowy, stanowiącego zał. nr 5a do SIWZ, dotyczącego konfiguracji techniczno-użytkowej w punkcie 2.5, gdzie określono, że każdy serwer musi pracować stabilnie w zakresie temperatur 10-40°C panujących w otoczeniu serwera, gdyż w konfiguracji techniczno-użytkowej standardowej oferowanej na rynku, podanej wprost w załączniku nr 2a do Formularza ofertowego - specyfikacji technicznej - zaoferowane serwery pracują stabilnie w zakresie do temperatury do 35°C, co wynika zarówno ze specyfikacji producenta firmy Super Micro Computer Inc. oraz oświadczenia firmy ALSO Polska Sp. z o. o. z dnia 15.01.2018 r. dystrybutora tego sprzętu, a ponadto z oświadczenia innego autoryzowanego dystrybutora, do którego zwrócił się zamawiający - firmy Bizserver Sp. z o. o. o treści: „Skontaktowałem się z Producentem sprzętu i otrzymałem informację, że wszystko uzależnione jest od ilości i rodzaju zamontowanych procesorów, pamięci oraz HDD. Oba serwery są przystosowane do pracy od 10 do 35 stopni Celsjusza i nie ma możliwości, aby producent zmienił coś (np. wentylatory) w obu platformach tak, by serwery mogły pracować w temperaturze np. 40 stopni Celsjusza. Przedział temperatur w pomieszczeniu, jaki przewiduje producent dla pracy serwerów to 10-35 stopni Celsjusza.”

Odwołujący po złożeniu oferty, w swoich wyjaśnieniach z dnia 30 listopada 2017 r. podał, że zamierza zaoferować „wersję specjalną” serwerów 6028R-WTR oraz 6028R-

E1CR12H, o czym w ofercie nie było mowy. Odwołujący tłumaczył, że we wzorze formularza zał. 2a zamawiający nie przewidział odrębnej pozycji dla ewentualnego zaoferowania „wersji specjalnej” przedmiotu zamówienia.

Nie miało znaczenia, że producent serwerów Super Micro Computer Inc. oraz dystrybutorzy jego produktów, tj. ABC Data S.A. oraz ALSO Polska Sp. z o.o., potwierdzili, iż na specjalne zamówienie, możliwe byłoby zbudowanie konfiguracji serwerów pracujących w podwyższonej temperaturze otoczenia przy zachowaniu odpowiedniego doboru komponentów np. aktywnych elementów chłodzących, czy też procesorów o ograniczonym współczynniku TDP (wydzielania ciepła), przy dobranych specjalnie konfiguracjach dla serwera typu 3 i 4, z dodatkowym wyposażeniem w zakresie chłodzenia, pozwalającym na stabilną pracę urządzeń w zakresie temperatury otoczenia do 40°C, albowiem nic takiego nie zostało przez odwołującego zaoferowane wprost w złożonej ofercie.

Odwołujący nie wskazał i nie udowodnił w ofercie, że oferuje dane modele serwerów, jako rozwiązanie równoważne. Nie opisał spełnienia warunków równoważności - we wszystkich aspektach tej części opisu przedmiotu zamówienia. Nie przedstawił również żadnych dowodów na takie okoliczności, o których stanowi art. 30b ust. 1 ustawy Pzp, do którego odsyła art. 89 ust. 4 Pzp, że jako środek dowodowy potwierdzający zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia mogą służyć np. certyfikaty wydawane przez jednostki uprawnione. Zdaniem Izby, odwołujący mógłby posłużyć się również innymi wiarygodnymi środkami dowodowymi, np. oświadczeniem producenta, że produkt zostanie wykonany w wykonaniu specjalizowanym, np. z dodatkowym modulem chłodzenia, zapewniającym stabilną *pracę w zakresie temperatur 10-40°C panujących w otoczeniu serwera*” - gdyby tylko je przedstawił w jakikolwiek sposób w swojej ofercie.

Brak było więc podstaw, aby ofertę odwołującego traktować i rozpatrywać jako równoważną, gdyż wówczas obowiązkiem wykonawcy byłoby jednoznaczne podanie w ofercie, że dany (oznaczony) wyrób - serwery 6028R-WTR oraz 6028R- E1CR12H - oferuje na zasadach równoważności i wykazanie tej równoważności zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, albowiem wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy (...) spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Z punktu widzenia przytaczanych regulacji, wykazanie równoważności oferowanych dostaw musi nastąpić przy złożeniu oferty.

Odwołujący dopiero po fakcie ujawnienia, że jego oferta nie w pełni spełnia wymagania SIWZ, przekonywał zamawiającego, że serwery 6028R-WTR oraz 6028R- E1CR12H

„zamierza” wyposażyć w dodatkowe elementy chłodzenia, zapewniające stabilną pracę w zakresie temperatur 10-40°C panujących w otoczeniu serwera.

Zdaniem Izby, odwołujący *de facto* w swoich wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu oraz w uzasadnieniu odwołania powołał się na nową okoliczność, że oferuje zamawiającemu serwery typu 3 i 4 nie w wykonaniu standardowym producenta, ale w wykonaniu specjalnych - równoważnym do opisu przedmiotu zamówienia - specyfikacji techniczno-użytkowej - spełniające wymóg pracy serwerów w przedziale temperatury otoczenia 10-40°C panujących w otoczeniu serwera, poprzez zastosowanie np. dodatkowych komponentów chłodzenia, a więc o rozwiązaniach równoważnych do opisanych.

Procedura zamówień publicznych przewiduje dwie opcje. Jedna, to przedstawienie oferty w pełni zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia. Druga, to zaferowanie rozwiązania równoważnego, z jednoczesnym obowiązkiem wykazania wprost w ofercie spełnienia warunków równoważności.

Nie mogły być wzięte pod uwagę przedłożone przez odwołującego dowody, w postaci oświadczeń przedstawiciela producenta, czy firm dystrybucyjnych o dostępności dodatkowego wyposażenia zaferowanych serwerów, przy oznaczonych konfiguracjach sprzętu, gdyż istotą odrzucenia oferty odwołującego, w ocenie Izby nawet nie były zagadnienia pochodne - możliwości montażowych np. zastosowania dodatkowych modułów chłodzenia w wykonaniu specjalnym serwerów, lecz zasadnicza odmienność - zaferowanego rozwiązania niezgodna z wymaganiami SIWZ, ujawniona na etapie badania oferty. Zamawiający nie określił w warunkach SIWZ kryteriów równoważności, zatem nie wykluczały one wyposażenia serwerów np. w dodatkowe moduły chłodzenia, i tylko od wykonawcy zależało, czy skorzysta we właściwym czasie z zaferowania tej opcji.

W ocenie Izby w złożonym odwołaniu wykonawca Perceptron Sp. z o.o. sam potwierdził niezgodność treści swojej oferty z treścią SIWZ, poprzez przyznanie, że serwery 6028R-WTR oraz 6028R- E1CR12H w zaferowanej wersji standardowej (konfiguracji) nie zapewniają stabilnej pracy w zakresie temperatur 10-40°C panujących w otoczeniu serwera, a jedynie do 35°C. Odwołujący próbując wybrnąć z kłopotliwej sytuacji ujawnienia niezgodności w jego ofercie - na zapytanie zamawiającego przedstawił wyjaśnienie, że serwery typ 3 i 4 „zamierzał” zaferować w specjalnym wykonaniu producenta, i wówczas spełniałyby one kompletne wymagania, co w żaden sposób nie znalazło odzwierciedlenia w treści jego oferty. Z tego względu Izba podzieliła pogląd przystępującego, że odwołujący w ten sposób zmienił treść swojej oferty, co nie jest dopuszczalne na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten mówi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od

wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest (...) dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego (z powiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego), że zaoferowane przez odwołującego modele serwerów typ 3 i 4 - nie przedstawiają takiej funkcjonalności jak wymagana w zał. nr 2 do wzoru umowy, stanowiącego zał. nr 5a do SIWZ, dotyczącym konfiguracji techniczno-użytkowej w punkcie 2.5, tj. stabilnej pracy w zakresie temperatur 10-40°C panujących w otoczeniu serwera.

Zatem do odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ, wystarczyła sama okoliczność rozbieżności między wymaganiami SIWZ w odniesieniu do serwerów typu 3 i 4, i jego zaoferowaniem w wersji konfiguracji podstawowej, ogólnorynkowej, opisaney przez producenta.

Uzupełnienie oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o zaoferowanie dodatkowych modułów chłodzenia, lub w inny sposób w odniesieniu do serwerów typu 3 i 4, stanowiłoby niedozwolone negocjacje oraz zmianę treści oferty po upływie terminu jej złożenia, czego wymieniony przepis nie dozwala. Uzupełnianie, lub zmiana oferty jest możliwe w trybie art. 84 ust. 1 Pzp, a więc przed upływem terminu składania ofert, co zamawiający podał w pkt 16 rozdziału IX SIWZ - „Wykonawca może wprowadzić zmiany, poprawki i uzupełnienia do złożonej oferty (...) przed terminem składania ofert.”

Wobec zasadniczych i nieusuwalnych niezgodności treści oferty odwołującego z powodu braku wykazania równoważności i zmianę treści oferty w drodze złożonych wyjaśnień, nawet nie miało żadnego znaczenia, czy w możliwe byłoby takim samym zestawieniu komponentów, dokonanie rozszerzeń o dodatkowe moduły chłodzące i zapewne funkcjonowania sprzętu do temperatury 40°C panujących w otoczeniu serwera.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej normy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym w danym przypadku - stabilnej pracy i trwałości sprzętu z uwagi na warunki otoczenia.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, były obowiązujące dla wykonawców, jak i zamawiającego, który nie może od nich odstępować w trakcie oceny ofert. Izba natomiast weryfikuje czynności zamawiającego - oceny ofert w oparciu o warunki ustalone w przetargu i specyfikację udostępnioną wykonawcom.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1543/14) wyjaśnienia wykonawcy nie mogą prowadzić do negocjacji między zamawiającym a wykonawcą oraz prowadzić do zmiany treści złożonej oferty - zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest zasadne, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość, co do rzeczywistej treści oferty, zaś rezultat ma jedynie wyjaśniać, a nie zmieniać, czy uzupełniać treść oferty. Powyższe wynika przykładowo z wyroku KIO z 25 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1474/14: *"Przepis art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może bowiem stanowić zmiany oferty, winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji."*

Jednocześnie należało zauważyć, że postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone jest między podmiotami profesjonalnymi, co stawia zasadnym oczekiwanie, że składana przez wykonawcę oferta, zawierające się w niej dokumenty, będą odpowiadały wymaganiom stawianym w SIWZ. Cechy obrotu profesjonalnego, jakim jest postępowanie o zamówienie wymagają przy tym zachowania dokładności wykonawców w przedkładanych dokumentach, w tym ewentualnego wykazania równoważności oferowanych dostaw, jeżeli wykonawca z tej możliwości chce skorzystać.

Zamawiający, jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek zapewnić równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą między nimi konkurencję, ujętych w zasadach statuowanych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

wymaganiami, a działania zamawiającego będą zgodne z SIWZ i przewidywane, a więc przejrzyste.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności takie jak wyżej opisane, dyskwalifikują ofertę odwołującego w odniesieniu do części 1 zamówienia, predestynując ją wyłącznie do odrzucenia, albowiem przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie dozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia.

Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zobowiązanie odwołującego w zakresie serwera typu 3 i 4 w ofercie zostało podane (sprecyzowane) w oznaczony sposób, zatem dostarczenie serwerów z dodatkowymi modułami chłodzenia -nie mogłoby być przedmiotem wymagań zamawiającego na etapie zawarcia umowy i realizacji zamówienia, pozostawiając wykonawcy swobodę dostarczenia tych sprzętów w wersji przedstawionej w ofercie, co do których odwołujący złożył oświadczenie, że cena obejmuje całość tak zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej - musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona merytorycznie odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta przejawiała się poprzez brak spełnienia istotnego wymogu minimalnego - prawidłowego funkcjonowania sprzętu do temperatury 40°C panujących w otoczeniu serwera. Temperaturo odbiegające od zaleconego przedziału, szczególnie przy dłuższej eksploatacji w takich warunkach mogłyby spowodować obniżenie trwałości sprzętu, podnieść koszty eksploatacji serwerów, jak i środowiska (dodatkowe chłodzenie) zwiększyć ryzyko awarii i przestojów, narazić zamawiającego na utratę gwarancji.

Postępowanie dowodowe nie wykazało zasadności stawianych zamawiającemu zarzutów naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż zachodziły podstawy prawne i faktyczne do odrzucenia oferty odwołującego,
2. art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż wobec zasadnego odrzucenia oferty odwołującego, kolejną najkorzystniejszą ofertą była oferta przystępującego Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w

postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z 2017 r. 47), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie złożonej faktury VAT na kwotę brutto 4 920,00 zł. Wymieniona faktura została wystawiona przez sprzedawcę – T. K. P. I WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA w Krakowie, natomiast złożone pełnomocnictwo do zastępowania przystępującego zostało udzielone przez Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. wyłącznie radcy prawnemu P. N., który reprezentował przystępującego w danej sprawie przed Izbą.

Przewodniczący:

.....