Sygn. akt: KIO 1613/17

WYROK
z dnia 12 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 25 sierpnia i 07 września 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03.08.2017 r. przez wykonawcę **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/10, 02-372 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych, Sękocin Stary, ul. Leśników 21C, 05-090 Raszyn**

przy udziale wykonawcy **Cloudware Polska Sp. z o.o., ul. Pory 59, 02-757 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o., 42/10, 02-372 Warszawa ul. Opaczewska** i zalicza w poczet kosztów postepowania odwoławczego kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczone przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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:
……

Sygn. akt KIO 1613/17

UZASADNIENIE

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych, Sękocin Stary, ul. Leśników 21C, 05-090 Raszyn, dalej zwany „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *"Wymiana infrastruktury serwerowej bazy Informix",* znak sprawy: DZ.270.122.2016.

W dniu 24 lipca 2017 r zamawiający poinformował wykonawców o kolejnym wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/10, 02-372 Warszawa, dalej zwanego „odwołującym”.

Wykonawca ten w odwołaniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucił zamawiającemu :

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść jest zgodna z treścią SIWZ;

2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego bez faktycznego wyjaśnienia jej treści;

3) naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zwrócenie się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie, który nie stanowił podstawy unieważnionej czynności odrzucenia oferty Odwołującego, przez co nadanie tej czynności charakteru pozornego;

4) naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędną ocenę ofert Wykonawców: Cloudware Sp. z o.o. (dalej: CLOUDWARE), Atos Polska S.A. (dalej: ATOS), Qumak S.A. (dalej: QUMAK), Decsoft S.A. (dalej: DECSOFT), Engave Sp. z o.o. (dalej: ENGAVE) i uznanie ich za zgodne z treścią SIWZ, pomimo iż oferty złożone przez

tych Wykonawców powinny podlegać odrzuceniu, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert ww. Wykonawców pomimo iż ich treść jest niezgodna z treścią SIWZ;

5) naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 24 ust.l pkt 12 Pzp w związku z art. 22 c Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców Cloudware Sp. z o.o. (dalej: CLOUDWARE) i Atos Polska S.A. (dalej: ATOS) do uzupełnienia dokumentów i zaniechanie wykluczenia ww. Wykonawców pomimo, iż nie wykazali spełnienia postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej;

6) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert których treść jest niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zaniechanie podania wszystkich podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia ofert Wykonawców: Atos Polska S.A. (dalej: ATOS), Decsoft S.A. (dalej: DECSOFT) i Engave Sp. z o.o. (dalej: ENGAVE);

7) naruszenie art. 96 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia tj. przez Odwołującemu dokumentacji postępowania, korespondencji prowadzonej Zamawiającego z Wykonawcami i innymi podmiotami po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia ofert, tj. po dniu 10 lipca 2017 r., co w konsekwencji prowadzi do istotnego utrudnienia Odwołującemu korzystania ze środków ochrony prawnej;

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) uwzględnienia odwołania,

2) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

4) nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego, w tym ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty;

5) nakazania Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert CLOUDWARE i QUMAK i ich odrzucenia oraz wykluczenia Wykonawcy CLOUDWARE na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22c;

6) w przypadku unieważnienia czynności odrzucenia ofert Wykonawców ATOS, DECSOFT, ENGAVE, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert Wykonawców ATOS, DECSOFT, ENGAVE i ich odrzucenie również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz wykluczenie Wykonawcy ATOS na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22c; ewentualnie nakazanie Zamawiającemu, uzupełnienia podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia ofert i wykluczenia ww. wykonawców;

7) nakazania Zamawiającemu niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu kompletnej dokumentacji postępowania;

Na wstępie uzasadnienia podniesionych zarzutów odwołujący wskazał na chronologie zdarzeń jakie miały miejsce przed wniesieniem przedmiotowego odwołania, otóż zamawiający pismem z dnia 27 czerwca 2017r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu ofert, w tym odrzuceniu oferty Odwołującego. W dniu 6 lipca 2017r. odwołujący wniósł odwołanie na powyższą czynność.

Pismem z dnia 10 lipca 2017r. Zamawiający unieważnił w całości czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzył czynność badania i oceny ofert w stosunku do wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, w tym do oferty Odwołującego.

Kolejnym pismem z dnia 24 lipca 2017r. zamawiający poinformował o nowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu ofert, w tym o ponownym odrzuceniu oferty odwołującego. Odwołujący podniósł, że jego zdaniem Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie ofert odrzucając ofertę Odwołującego i jednocześnie dokonując wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Oferta Odwołującego jest prawidłowa, powinna podlegać ocenie i zostać wybrana jako

najkorzystniejsza w postępowaniu. Oferta Odwołującego, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt. XIII SIWZ (str. 16) powinna być oceniona z najwyższą ilością punktów.

W tym zakresie wskazać należy, iż z dokumentacji postepowania wynika, że oferta Odwołującego w związku z jej odrzuceniem nie była klasyfikowana wg ustalonych w SIWZ kryteriów i tym samym brak było możliwości ustalenia na którym miejscu oferta ta byłaby sklasyfikowana, gdyby nie została odrzucona przez Zamawiającego. Poproszony o stanowisko w tym zakresie Zamawiający oświadczył Izbie, że po dokonaniu analizy oferty- co potwierdził na rozprawie w dniu 25 sierpnia i w piśmie z dnia 01.09.2017 roku, iż oferta odwołującego, gdyby nie została odrzucona byłaby oferta najkorzystniejszą w postepowaniu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego przedstawionym w piśmie z dnia 2017.07.24 podniósł, że *Odwołujący zaoferował nieprawidłową liczbę licencji Informix w oparciu o ogólnodostępne warunki licencyjne producenta oprogramowania Informix podane na stronie http://www-01.ibm.com/software/ pa ssportad va ntage/p vu_licensing_for_customers.html.* Według Zamawiającego dla Dużych Serwerów Logicznych, Odwołujący powinien zaoferować 19 200 PVU, co ma wynikać z założenia, że prawidłową wartością dla serwera ośmioprocesorowego jest 120 PVU per każdy aktywny rdzeń.

Podkreślił, że Odwołujący nie może zgodzić się z taką argumentacją Zamawiającego, gdyż po pierwsze, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ sprecyzował, że każdy duży serwer logiczny musi posiadać co najmniej 8 procesorów w technologii RISC lub CISC (x86, np. Intel Xeon), a w konsekwencji brak było możliwości zaoferowania serwerów o mniejszej ilości procesorów. SIWZ nie zawiera wymagania, aby ilość licencji PVU oprogramowania Informix dla Dużych Serwerów Logicznych była obliczona przy założeniu 120 PVU per każdy aktywny rdzeń dla serwerów w technologii CISC fx86, Intel Xeon). Co więcej Zamawiający w SIWZ nie zawarł żadnego wymagania, w zakresie wymaganej ilości PVU dla żadnego z typów serwerów logicznych i technologii procesorowej RISC lub CISC, stanowiących przedmiot dostawy. W związku z tym, to Wykonawcy mieli dobrać właściwa ilość PVU, w zależności od zastosowanego rozwiązania i jego konfiguracji. Odwołujący wskazuje, iż tak jak w przypadku ilości procesorów dla dużych serwerów, Zamawiający analogicznie mógł wskazać przy użyciu jakich wartości PVU należy dokonać

wyliczenia odpowiedniej ilości licencji Informix. Jednakże, taka informacja nie została określona przez Zamawiającego w SIWZ.

Zwrócił uwagę, iż Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego i jej odrzucenia pominął istotne informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty, w tym "Opisie oferowanego rozwiązania" dotyczące proponowanej konfiguracji rozwiązania, jak również informacje zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 2017.07.14 wskazujące na szczególne funkcjonalności zaoferowanego rozwiązania. Przeprowadzona z należytą starannością, całościowa analiza treści oferty w szczególności w zakresie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa zawartych w zastrzeżonej części oferty, w tym w dokumencie "Opis oferowanego rozwiązania" (str. 69-76 oferty), pozwoliłaby Zamawiającemu na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ilości PVU dla oprogramowania Informix dla Dużych Serwerów Logicznych w oparciu o ogólnodostępne warunki licencyjne producenta oprogramowania Informix podane na stronie http://www-01.ibm.com/software/passportadvantage/ pvu licensing for customers.html.

Informacje dotyczące proponowanego rozwiązania zawarte są na stronach 73-74 oferty w tabeli oraz w części opisowej na stronach 69- 75 oferty.

Jednocześnie, Zamawiający, z nieuzasadnionych przyczyn, zaniechał wszechstronnego wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego jej odrzucenia pomimo, iż treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ. Pismem z dnia 10 lipca 2017 r., Zamawiający zwrócił się co prawda do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, *jednak nie prosił o złożenie wyjaśnień w zakresie sposobu licencjonowania,* co jest niezrozumiałe w kontekście wskazanej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Niemniej jednak, dokumenty przekazane w odpowiedzi na wezwanie, potwierdzają prawidłowość zaoferowanego rozwiązania. Dla przykładu wskazać tu można pkt 2 wyjaśnień Odwołującego z dnia 2017.07.14. Dodał, że w odniesieniu do oferty Odwołującego nie zachodzi jakakolwiek z przesłanek skutkujących uznaniem, iż oferta mogłaby zostać uznana za niezgodną z SIWZ. Zakres zobowiązania ofertowego

Odwołującego odnoszący się do merytorycznych aspektów oferty w pełni odpowiada wymaganiom SIWZ. Odwołujący dokonał również opisu oferowanego świadczenia w sposób zgodny z SIWZ. Odwołujący zaoferował Zamawiającemu kompletne rozwiązanie, które uwzględnia wszystkie postanowienia SIWZ.

Odwołujący podniósł także szereg zarzutów wobec ofert pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty wskazując, że ich oferty są niezgodne z wymaganiami SIWZ i powinny podlegać odrzuceniu. Podniósł także zarzuty wobec zaniechania wykluczenia wykonawców CLOUDWARE , który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Podniósł także zarzut dotyczący nieudostępnienia odwołującemu dokumentacji postępowania w żądanym terminie.

Zamawiający w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, a na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2017 podniósł dodatkowy zarzut potrzeby odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 5 i 4 Pzp. Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania podał, iż ostatni wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w wyniku uznania żądań Odwołującego z pierwszego odwołania. W trakcie posiedzenia przed KIO w dniu 01.08.2017 r. o sygn. KIO 1405/17. Odwołujący oświadczył, iż wnosi o ponowne badanie i ocenę ofert wykreślając część żądań; co do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oraz co do żądania wykluczenia pozostałych wykonawców i odrzucenia ich ofert, w tym m.in. oferty przystępującego. Zamawiający podkreślił, iż umorzenie postepowania zostało oparte na tym, że po modyfikacji żądań Odwołującego Zmawiający uznał zmodyfikowane odwołanie w całości. Na dowód tego Zamawiający zakomunikował Izbie i Odwołującemu, że w dacie 01.08.2017 r. ww. czynności zostały powtórzone co miało miejsce 24.07.2017 r. zatem odwołanie zakończyło się powagą rzeczy osadzonej, bowiem Zmawiający uznał żądania odwołania, a Odwołujący nie zgłosił w tym zakresie zastrzeżeń choć wiedział, że otrzymał informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzucenia jego oferty opartej o ta samą podstawę prawną. Zamawiający podał, iż istnieje także podstawa do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust 2 pkt 5, gdyż Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a Odwołujący w obecnie rozpatrywanym odwołaniu opiera swoje zarzuty na tych samych podstawach faktycznych i prawnych.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania podał:

- w zakresie zarzutu dotyczącego braku kolejnego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty przed jej kolejnym odrzuceniem podał, że Zamawiający dokonał w toku powtórzonych czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. Wyjaśnienia te początkowo nie zostały przedstawione, co wynika z pisma Odwołującego z dnia 13 lipca 2017 r., w którym Odwołujący twierdzi, że wezwanie do wyjaśnień są przedwczesne i niecelowe, z uwagi na wniesione odwołanie. Następnego dnia, Odwołujący zmienił zdanie i udzielił wyjaśnień w dniu 14 lipca 2017 r., które Zamawiający wziął pod uwagę oceniając ofertę Odwołującego. Tym niemniej, w świetle przedstawionych argumentów w tym piśmie to wyjaśnienia te w żaden sposób nie mogły wpłynąć na inną ocenę Zamawiającego, niż odrzucenie oferty Odwołującego. Podkreślił, że w przepisach Pzp Zamawiający nie znajduje podstawy prawnej nakazującej konsekwentne wyjaśnianie oferty, aż do uzyskania jej klarowności, a może nawet do ostatecznego sformułowania jej treści.

Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z przepisów prawa jest precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, wyznaczenie warunków udziału w postępowaniu na poziomie umożliwiającym uczciwą konkurencję i opisanie mierzalnych, obiektywnych kryteriów oceny ofert. Zamawiający z tego obowiązku wywiązał się należycie. Natomiast obowiązkiem Wykonawcy, wynikającym nie tylko z ustawy Pzp, ale również z k.c. jest

złożenie jednej, precyzyjnie sformułowanej oferty. Dokumentacja sprawy dowodzi, że Odwołujący złożył ofertę, ale niezwykle lakoniczną w treści (zdania z SIWZ zmieniono na zdania twierdzące). Co więcej, z niezrozumiałych przyczyn nie dowodził jej prawidłowości wprost, choć miał taką sposobność, a wskazywał Zamawiającemu na strony internetowe w oparciu o które Zamawiający winien był poszukiwać prawidłowości oferty Odwołującego. Odwołujący mógł przedstawić wyczerpujący dokument eliminujący wszelkie ewentualne wątpliwości Zamawiającego. Podkreślił, że Odwołujący zamiast podawać nr stron oferty,

gdzie rzekomo znajdują się niezbite dowody na jej poprawność, mógł wprost napisać, które linie tekstu i w jaki sposób dowodzą, że oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ.

Mimo otrzymania skąpych i lakonicznych informacji przekazanych przez ustalić, czy nie zachodzą Odwołującego, Zamawiający postanowił okoliczności uzasadniające szeroki kontekst zarzutu Odwołującego, tzn. czy w istocie obliczenia innych Wykonawców też mają wadę w zakresie liczby PVU. Zamawiający chciał w ten sposób ustalić czy są jakieś wyjątki, a jeśli tak, na tej podstawie sformułować konkretne pytania do poszczególnych Wykonawców, w tym do Odwołującego. Zatem w zakresie sposobu licencjonowania Informix Zamawiający zwrócił się w pierwszej kolejności do producenta przedmiotowego oprogramowania i uzyskał niebudzące wątpliwości potwierdzenie, że nie ma żadnych wyjątków w licencjonowaniu i każdy serwer 8-procesorowy z procesorem E7-8891v4 wymaga 120 PVU per rdzeń. Dalsze procedowanie, w tym kierowanie pytań dodatkowych do poszczególnych Wykonawców stało się więc bezprzedmiotowe.

- w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie licencji Informix, co było podstawą do odrzucenia oferty wskazał, że zarzut ten jest nieprawdziwy, gdyż Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ sprecyzował, że każdy serwer logiczny musi posiadać co najmniej 8 procesorów w technologii RISC lub CISC, a w konsekwencji nie było możliwości zaoferowania serwerów o mniejszej ilości procesorów." (cyt. pkt II ppkt 2 lit a odwołania).

Zamawiający w sekcji II załącznika nr 1 do SIWZ podał informacyjnie, że obecnie są u niego eksploatowane serwery są 8-procesorowe. Ponadto Zamawiający wymagał by test potwierdzający żądaną wydajność był wykonany w konfiguracji co najmniej 8-procesorowej, przy czym podany był wzór umożliwiający -2 - przeliczenie wydajności konfiguracji testowanej na oferowaną (przykładowo można było dołączyć wyniki testu w konfiguracji 16-procesorowej a zaoferować 6 procesorów). W SIWZ konsekwentnie była mowa o liczbie aktywnych rdzeni, a nie procesorów, gdyż Informix jest licencjonowany na rdzenie, a nie na procesory. Liczba procesorów jest w oczywisty sposób pochodną liczby rdzeni. Dla procesora zaoferowanego przez Odwołującego (E7-8891v4) liczba PVU / per rdzeń, zależy od liczby gniazd procesorowych w serwerze; do dwóch włącznie - 70PVU, do czterech włącznie - 100PVU, powyżej czterech 120 PVU. Należy zauważyć, że dla tego typu

procesora E7-8891v4, serwery wyposażone są w 5,6,7,8,9,10 i więcej procesorów zawsze będą miały 120PVU. Natomiast Odwołujący zaoferował wielkość 70 PVU.

Podkreślił, że SIWZ nie zawierał wymagania, aby ilość licencji PVU oprogramowania Informix dla Dużych Serwerów Logicznych była obliczona przy założeniu 120 PVU per każdy aktywny rdzeń dla serwerów w technologii CISC (x86, Intel Xeon). Zamawiający w SIWZ nie zawarł żadnego wymagania w zakresie wymaganej ilości PVU dla żadnego z typów serwerów logicznych i technologii procesorowej RISC lub CISC, stanowiących przedmiot dostawy. W związku z tym to Wykonawcy mieli dobrać właściwą ilość PVU w zależności od zastosowanego rozwiązania i jego konfiguracji." (cyt. pkt II ppkt 2 lit a odwołania)
Podkreślił, że w odwołaniu Odwołujący napisał nieprawdę w tym zakresie, gdyż Zamawiający podał wymagania dot. liczby PVU w każdym przypadku, wskazując dokument (cytowane przez Odwołującego w odwołaniu), zgodnie z którym należy licencjonować oferowane serwery. Z dokumentu tego wynika jednoznacznie i bezdyskusyjnie, że serwery zaoferowane przez Tradex wymagają 120 PVU (by to bezspornie stwierdzić wystarczą dane z części jawnej/odtajnionej oraz wyjaśnienie IBM, że nie ma żadnych wyjątków od reguł zapisanych w cytowanym dokumencie).

Podkreślił także, że twierdzenie Odwołującego, że z informacji zawartych w ofercie wynika potwierdzenie poprawności przyjętego przez niego sposobu licencjonowania to nieprawda. Producent oprogramowania Informix potwierdził na piśmie, że nie ma żadnych wyjątków w licencjonowaniu (w tym wyjątków wynikających z funkcjonalności). Treść oferty potwierdza dane z formularza ofertowego, niezbędne do ustalenia właściwego poziomu licencyjnego i liczby PVU (liczba gniazd procesorowych w oferowanych serwerach, liczba aktywnych rdzeni i wynikająca stąd liczba zainstalowanych procesorów). Co więcej, w ofercie Wykonawca potwierdził, że będzie licencjonował Informix zgodnie z cytowanym dokumentem dla platform 4-procesorowych (małe serwery logiczne) i 8-procesorowych (duże serwery logiczne).

W wyniku dokonanych ustaleń, a w szczególności stanowiska IBM w zakresie sposobu licencjonowania Informix Zamawiający uzyskał niebudzące wątpliwości potwierdzenie, że nie ma żadnych wyjątków w licencjonowaniu i każdy serwer 8-procesorowy z procesorem E7-8891v4 wymaga 120 PVU per rdzeń.

- odnosząc się do kolejnego zarzutu dotyczącego nieodrzucenia ofert innych wykonawców z powodu rzekomej niezgodności ich ofert z ze względu na rzekome na błędne podanie sumaryczne wartości mocy znamionowej oferowanych produktów, co winno skutkować ich odrzuceniem na podstawie art. 89 ust 1. pkt 2 (niezgodność treści oferty z zapisami SIWZ), podał, że zarzut ten jest niezasadny. Podał, że co do ofert wykonawców Atos, Decsoft i Engave to wykonawcy ci nie przedłużyli terminu związania ofertą, ich oferty straciły ważność, więc nie mogły zostać odrzucone na podst. art. 89 ust 1. pkt 2

(niezgodność treści oferty z zapisami SIWZ). Natomiast co do ofert dwóch pozostałych wykonawców, to Zamawiający oczekiwał podania sumarycznej mocy oferowanych produktów i wpisania jej w pole 11.7 oferty, które było zatytułowane: „Oferujemy urządzenia o łącznej mocy znamionowej", a nie jak to próbuje wywieść Odwołujący - oferujemy urządzenia wyposażone w zasilacze o sumarycznej mocy znamionowej.

Zamawiającemu chodziło o moc znamionową urządzeń, odwołujący w odwołaniu przytacza definicję z encyklopedii Wikipedia (www.wikipedia.org) mocy znamionowej zasilacza!. Odwołujący przywołał definicję mocy znamionowej zasilacza, w cytowanej przez niego encyklopedii wikipedia.org. Pod hasłem moc znamionowa są cztery definicje (w kolejności takiej, w jakiej są tu wymienione): moc znamionowa (urządzenia), moc znamionowa rezystora, moc znamionowa zasilacza, moc znamionowa silnika.

Moc znamionowa (ang. nominał power) - wartość znamionowa mocy, przy której urządzenie pracuje prawidłowo i zgodnie z normami lub zaleceniami producenta, przy czym wartość znamionowa jest w Wikipedii definiowana następująco:

Wartość znamionowa (nominalna, normalna, typowa) - wartość, przy której urządzenie pracuje zgodnie z normami lub zaleceniami producenta. Przekroczenie tej wartości powoduje nieprawidłową pracę urządzenia, zmianę parametrów lub jego uszkodzenie. Wynika stąd niezbicie, że odwołujący pomylił pojęcia mocy znamionowej urządzenia i mocy znamionowej zasilacza. Wartości te muszą się znacznie różnić gdyż 1) każdy zasilacz ma „zapas mocy", 2) urządzenia wyposażone są w nadmiarowe zasilacze, tak by mogły pracować również podczas awarii jednego z zasilaczy. Podczas powtórzonego badania ofert Zamawiający uzyskał potwierdzenie od Qmak i Cloudware, że sumaryczną moc znamionową oferowanych urządzeń obliczyli zgodnie z cytowana wyżej definicją, tj: podali sumaryczną wartość przy której urządzenie prawidłowo i zgodnie z zaleceniami producenta. Co więcej wartość ta została wyliczona w oparciu o narzędzia producenta oferowanych urządzeń. W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że podane wartości są nieprawdziwe.

- odnosząc się do kolejnego zarzutu odwołania dotyczącego rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 c ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego i Atos do uzupełnienia dokumentów i zaniechanie wykluczenia ww. wykonawców pomimo, iż nie wykazali spełnienia postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej podał, iż zarzuty te są niezasadne.

Podkreślił, że na rozprawie przed KIO w dniu 1 sierpnia 2017 roku Zamawiający i Przystępujący jednoznacznie oświadczyli, iż dokumenty w tym zakresie zostały uzupełnione, a Odwołujący nie zapoznając się z nimi wywiódł niczym nie poparty wniosek iż wykonawcy ci winni byli zostać wykluczeni z postepowania.

Zamawiający odnosząc się do kwestii, będącej zarzutem odwołania, że Zamawiający zaniechał udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania, tj. korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcami i innymi podmiotami po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia ofert, tj. po dniu 10 lipca 2017 r., co w konsekwencji prowadzi do istotnego utrudnienia Odwołującemu korzystania ze środków ochrony prawnej, podał, że zarzut ten wynika z braku elementarnej staranności

Odwołującego. Odwołujący został powiadomiony o wyniku powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 25 lipca 2017 r. (pocztą elektroniczną), a o udostępnienie dokumentów wystąpił dopiero w dniu 1 sierpnia 2017 podczas rozprawy w KIO. Z oczywistych względów Zamawiający odmówił udostępnienia dokumentów na korytarzu KIO i poprosił do złożenia wniosku na adres biura Zamawiającego. Wniosek taki wpłynął tego samego dnia. We wniosku Odwołujący wskazał datę graniczną do jakiej oczekuje na wykonanie przez Zamawiającego przekazania dokumentów, tj do 3 sierpnia do godziny 14,00. Zamawiający przekazał żądane dokument w dniu 3 sierpnia o godz.16,00. Termin na wniesienie odwołania upływał 04.08.2017 r. tak więc wykonawca miał więc dokumenty udostępnione w terminie zgodnym z wnioskiem i dostatecznie dużo czasu do ich analizy.

Przystępujący do postępowania wykonawca Cloudware Polska Sp. z o.o., ul. Pory 59, 02-757 Warszawa, dalej „przystępujący" na wstępie podniósł zarzut braku interesu odwołującego we wniesieniu odwołania, a także poparł w całości stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego wyrażone na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie jest zasadne i zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W tej kwestii odniesienia Izby wymaga wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania / jego nierozpatrywanie , gdyż dokonane przez Zamawiającego i Odwołującego czynności przed KIO w dniu 01.08.2017 r. miały miejsce kiedy Odwołujący miał wiedzę i świadomość tego, że Zamawiający w dniu 24.07.2017 r. dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i ofertę odwołującego ponownie odrzucił, a mimo tego Odwołujący cofnął wniesione odwołanie w którym podnosił zarzuty oparte na podobnej podstawie prawnej i faktycznej.

Izba nie uwzględnia wniosku o odrzucenie odwołania bowiem czynność z 24.07.2017 r. była nową czynnością Zamawiającego. Należy zauważyć, że Zamawiający pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania z dnia 7 lipca 2017 r. oraz w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 1 sierpnia 2017 roku, gdzie Zamawiający dokonał uwzględnienia zarzutów odwołania, to w wyniku ponownego badania ofert nadal odrzucił ofertę odwołującego z powodu zaoferowania niewłaściwej liczby licencji Informix. Tym samym, gdyby Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania, to pozbawiłaby Odwołującego prawa do merytorycznego rozpoznania podniesionych zarzutów- czy faktycznie oferta odwołującego winna podlegać odrzuceniu. Ponadto cofnięcie odwołania w dniu 1 sierpnia 2017 roku należy uznać za zasadne, gdyż w wyniku unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przestał istnieć substrat zaskarżenia.

W zakresie czynności unieważnienia poprzedniego wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym stanie faktycznym, zadaniem Izby, czynność to nie powinna zostać dokonana, gdyż miało to miejsce po wniesieniu odwołania do KIO i przed jego rozpoznaniem. Nadto taka czynność uniemożliwiła rozpoznanie zarzutów odwołania, które mogło zakończyć spór pomiędzy stronami. Niewątpliwym jest, że Pzp nie zawiera przepisu, który wprost zabraniałby takiej czynności Zamawiającemu, jednakże zwrócić uwagę należy na fakt, iż czynność badania i oceny ofert winna być dokonana w trakcie biegu terminu związania ofertą wykonawcy. Natomiast po wniesieniu odwołania zgodnie z przepisem art. 182 ust.6 Pzp bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu. Zdaniem Izby, Zamawiający może dokonywać unieważnienia swoich czynności wobec ofert wykonawców, natomiast wydaje się niezasadnym dokonywanie badania (często tylko) oferty wykonawcy, który wniósł odwołanie, co może w zakresie skutków upływu terminu związania ofertą, naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Izba uznała nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej o którym mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Na wstępie wskazać należy także, iż część treści oferty Odwołującego, a także jego pism zarówno z dnia 14 lipca 2017 roku; z 1 września 2017 roku oraz pisma złożonego na zakończenie rozprawy w dniu 7 września 2017 zostało objęte przez Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa. Co do pism składanych na rozprawie Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania ich w całości, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po pierwsze Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił potrzeby objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, który to obowiązek wynika jednoznacznie z przepisu art. 8 ust. 3 Pzp. Obowiązek ten mimo, że wprost dotyczy ofert, to niewątpliwym jest, że znajduje także zastosowanie wobec pism składanych Izbie w trakcie postepowania odwoławczego. Niewątpliwym jest, żeby Odwołujący składając ofertę wskazał przyczyny uzasadniające objecie jej treści tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednakże

wykonawca składając pisma Izbie, nie tylko nie złożył takich informacji, ale nawet nie powołał się na wcześniejsze uzasadnienie w zakresie tajemnicy. Na niezasadność objecie ww. pism tajemnicą przedsiębiorstwa wskazuje chociażby fakt, że Odwołujący po postanowieniu Izby o braku podstaw do uznania treści pisma z dnia 1 września 2017 roku za tajemnicę przedsiębiorstwa ograniczył pierwotny wniosek o objecie tajemnicą tego pisma, tylko do dwóch akapitów z 5 zastrzeżonych stron tego pisma. Również Izba uznała brak podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załącznika do protokołu rozprawy. W zakresie tego załącznika wskazać należy chociażby na stronę 10 objętą wnioskiem o zastrzeżenie tajemnicy w sytuacji gdzie Odwołujący odnosi się w całości do pisma IBM z 30 sierpnia 2017 roku, które to pismo było jawne.

W tym zakresie Izba wskazuje na ugruntowana linię orzeczniczą zarówno sądów jak i KIO, że możliwość zastrzegania treści oferty, czy też innych pism w postepowaniu jest wyjątkiem od zasady jawności postepowania i winna być stosowana w wyjątkowych sytuacjach, kiedy ujawnienie tajemnicy może naruszać uzasadnione interesy wykonawcy. Ponadto wykonawca składając ofertę na przedmiot zamówienia finansowany ze środków publicznych musi liczyć się z niekwestionowanym wymaganiem, aby środki te były wydatkowane w sposób transparentny, co niewątpliwie ogranicza możliwość zastrzegania treści oferty, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Potrzeba objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, czy to części oferty, czy treści konkretnego pisma, to potrzeba taka winna być wykazana Zamawiającemu, a na etapie odwoławczym Izbie, poprzez przedstawienie konkretnych informacji, że zastrzeżone treści spełniają wymagania ustawowe . Ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, jako na podmiocie, który z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ponadto podkreślić należy, że zastrzeżone informacje winny dotyczyć tylko niezbędnych konkretnych treści, a nie całości pisma, gdzie te treści są zawarte. Wskazać należy, że Izba ocenia treść zastrzeżonych dokumentów przez pryzmat złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, mających wykazać zasadność zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przy ocenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy ma znaczenie wyłącznie treść danego dokumentu i podane odnośnie niej uzasadnienie – wykazanie konieczności dochowania tajemnicy, przedstawione na odpowiednim etapie przez wykonawcę. Izba nie jest uprawniona do analizy treści pism celem ustalenia zastrzeżonych treści pod kątem występowania w nich tajemnicy przedsiębiorstwa i w zależności od dokonanych ustaleń podjąć określone postanowienie. Izba ocenia treść pisma jako całość. Podkreślić należy, że powodem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno w ofercie, jak i w składanych dalszych dokumentach, czy wyjaśnieniach winna być ochrona uzasadnionych i wykazanych interesów wykonawcy, a nie może to być zamiar uniemożliwienia innym wykonawcom zapoznania się z ich treścią, celem utrudnienia

zakwestionowanie jej poprawności. W tym zakresie wskazać należy przykładowo na wyrok ETS z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06 *Varec SA* v. Etatbelge, Zb. Orz. 2008, s. I-581, gdzie Trybunał rozstrzygał o konieczności zachowania równowagi pomiędzy ochroną tajemnic handlowych, a potrzebą zachowania przejrzystości w zakresie udzielania zamówień publicznych. Trybunał uznał, iż *Kontradyktoryjność postępowania wiąże się bezpośrednio z prawem dostępu stron zarówno do materiału dowodowego, jak i uwag przedstawionych przed sądem.*

Przed przystąpieniem do rozstrzygania podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazać należy, iż na etapie rozprawy Odwołujący ograniczył zakres podniesionych zarzutów. Wycofane zostały zarzuty(według numeracji z odwołania) 3 i 6, oraz nastąpiło ograniczenie zarzutu czwartego tylko do wykonawcy Qumak, a w zarzucie 5 nastąpiło wycofanie go wobec wykonawcy Atos.

Przechodząc do merytorycznej oceny pozostałych do rozstrzygnięcia zarzutów, Izba w zakresie zarzutu braku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, wskazuje, że podkreślić należy za SO w Poznaniu który uznał w wyroku X Ga 652/13, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp. *Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zdaniem Sądu Okręgowego "stan rzeczy" jaki został ustalony w postępowaniu nie jest tożsamy z określeniem "stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy", o którym mowa w treści art. 316 § 1 k.p.c. Stan rzeczy określony w Pzp. jest węższym pojęciem i dotyczy jedynie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

Izba uznała, że przy ocenie czy doszło w toku postępowania o udzielenie zamówienia do naruszenia przepisów ustawy Pzp, powinna brać pod uwagę stan rzeczy z chwili dokonania określonej czynności przez zamawiającego. Za wyrokiem KIO z dnia 24 lutego 2017 roku sygn. KIO 265/17 podkreślić należy, że zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty na podstawie treści tej oferty oraz informacji i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. Izba natomiast, rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie zamawiającego), co ocenia zasadność czynności odrzucenia oferty, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował w chwili dokonywania tej czynności miał podstawy stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Tak więc ocenianym przez Izbę stanem rzeczy ustalonym w toku postępowania, jest zasób treści oferty jako całości (wraz z zgromadzonymi pismami i dokumentami pomiędzy datą otwarcia ofert, a kwestionowaną czynnością) w oparciu o który to zamawiający podejmował kwestionowaną zarzutami odwołania czynność wobec oferty wykonawcy.

W powyższym przedmiotowym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak wezwania go do złożenia wyjaśnień podnosząc, iż, *zamawiający nie prosił o złożenie wyjaśnień w zakresie sposobu licencjonowania,* z powodu którego odrzucił ofertę.

Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, złożone wyjaśnienia zostały uznane przez Zamawiającego za lakoniczne. Z dokonanych na rozprawach ustaleń Izby, należy wywieść wniosek, że Odwołujący za brak złożenia wyjaśnień co do treści oferty obciążył Zamawiającego, stwierdzając iż *Odwołujący wskazał zamawiającemu w wyjaśnianiach, na str. 2 (przyp. pismo z 14.07.2017) iż wskazana technologia jest szczególna i zamawiający winien był przy kolejnej ocenie ofert dopytać się odwołującego na czym ta technologia polega oraz jakie ona ma przełożenie na zgodności treści oferty z SIWZ.*

W tym zakresie Izba uznała, iż wezwanie skierowane przez zamawiającego do wykonawcy do złożenia wyjaśnień należy traktować jednoznacznie, jako zobowiązanie do zgłoszenia wszelkich wniosków dowodowych mających i mogących wykazać zgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ. Wezwanie takie wymusza pełną aktywność dowodową wezwanego wykonawcy w wyznaczonym terminie I nie uprawnia go do składania wniosków dowodowych w późniejszym okresie. Dlatego też wezwany wykonawca ma obowiązek przedłożenia wyjaśnień i dowodów w określonym czasie pod rygorem negatywnych dla niego konsekwencji procesowych, chyba, że wykaże, iż nie miał możliwości wcześniejszego ich złożenia.

Przy ocenie wyjaśnień przyjąć należy, że wezwany wykonawca to profesjonalny wykonawca w branży danego zamówienia i to on powinien wiedzieć jakie przedstawić wyjaśnienia i dowody, aby ponad wszelką wątpliwość wykazać zamawiającemu, że złożona oferta jest zgodną z treścią SIWZ. Z treści złożonych wyjaśnień – które wskazano powyżej jednoznacznie wynikało, że Odwołujący wiedział o braku doinformowania Zamawiającego w tym zakresie, ale celowo tych szczegółowych informacji nie podał.

Wobec takiej treści oferty i wyjaśnień, Zamawiający nie miał dowodów przemawiających za uznaniem, że oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ w zakresie wymogów licencjonowania Informix. Z treści oferty nie wynikało, jaką technologie Odwołujący

zastosuje, aby wykonać to zamówienie. Zarys tej koncepcji został przedstawiony dopiero na etapie rozprawy w dniu 25 sierpnia 2017 roku. Wskazuje na to stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie iż „Zamawiający *powinien domyślić się co zostało mu zaoferowane…".* W tym miejscu za zasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego podane w piśmie z dnia 1 września 2017 roku str. 4 gdzie Zamawiający podał, że „Odwołujący *składając niejednoznaczną ofertę pozbawił Zamawiającego możliwości jej rzetelnej oceny, następnie udzielając zdawkowych wyjaśnień w dniu 14.07.2017 r., z których nie wynikała wirtualizacja ani podstawa do zastosowania współczynnika 70 PVU, tym samym uniemożliwił Zamawiającemu podjęcie innej decyzji niż odrzucenie oferty. Ponadto w*

złożonych wyjaśnieniach z 14.07.2017 r. Odwołujący używał pojęcia „partycjonowanie", a podczas rozprawy 25.08.2017 r. twierdził, iż miał na myśli „wirtualizację". Nie są to synonimy, a jedna funkcjonalność nie zależy od drugiej. Może być zastosowana wirtualizacja bez partycjonowania i partycjonowanie bez wirtualizacji".

W świetle powyższego zasadnym jest przywołanie po raz kolejny treści z uzasadnienia wyroku KIO 265/17 gdzie Izba uznała, że podkreślenia wymaga kwestia, iż „z *oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ".*
W podobnej sprawie SO w Warszawie w wyroku sygn. akt IV Ca 1299/09 stwierdził ,że składanie przez skarżącego na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień, jak i przedstawianie przed KIO nowych argumentów i dowodów w celu wykazania prawidłowości złożonej oferty jest bezskuteczne i spóźnione, gdyż postępowanie przed Izba ma na celu ocenę prawidłowości czynności zamawiającego, a nie prowadzenie postepowania dowodowego i oceny czynności zamawiającego w oparciu o nowe dowody, nieznane zamawiającemu na etapie oceny oferty wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie sprostał obowiązkowi po pierwsze, złożenia pełnej i poprawnej oferty zgodnie w wymaganiami SIWZ, a po drugie poniechał rzetelnego wyjaśnienia treści oferty, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust.1 Pzp nie znalazł w ocenie Izby potwierdzenia.

W zakresie kolejnego, wielowątkowego zarzutu odwołania, dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności z SIWZ w zakresie zaoferowania nieprawidłowej liczby licencji Informix, Izba po szczegółowej analizie dokumentacji postepowania, pism Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego uznała czynność odrzucenia oferty Odwołującego za uzasadnioną. W tym zakresie Izba uznała za prawidłowe stanowisko Zamawiającego wyrażone w pismach z dnia 24 sierpnia 2017 roku oraz z dnia 1

września 2017 roku. Przedstawione tam stanowisko Izba uznaje za własne, bez potrzeby jego ponownego powielania.

Dodatkowo Izba wskazuje, że należy podkreślić iż niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ nie dotyczy niezgodności zaoferowanych urządzeń. Podstawą odrzucenia oferty jest niezgodność z SIWZ w zakresie niespełnienia wymagań licencyjnych, gdyż Tradex nie ustalił prawidłowo wymaganej liczby licencji, jak również nie zaoferował w dodatkowych, brakujących licencji Informix.

Poza sporem pomiędzy stronami jest kwestia, że Odwołujący zaoferował procesor (E7-8891v4) posiadający więcej niż 4 gniazd procesorowych. Na podstawie oferty Odwołującego

Zamawiający ustalił, że jeden duży serwer Logiczny posiada 8 procesorów fizycznych i 80 rdzeni. Odwołujący podczas rozprawy 25.08.2017 r. powołał się na możliwość liczenia PVU w opcji sub-capacity, która pozwala licencjonować wyłącznie używane rdzenie. Powyższe Odwołujący dowodził między innymi przedstawiając dokumenty licencyjne wg. stanu na dzień 1 lipca 2008 roku, gdzie ten współczynnik licencyjny wynosił jeszcze 50 PVU na rdzeń, a więc dotyczący urządzeń dużo niższej wydajności niż urządzenia oferowane w tym postepowaniu. W sytuacji zaoferowania urządzeń w tym postepowaniu Odwołujący przyjął współczynnik licencji 70 PVU na rdzeń. Podkreślić należy za Zamawiającym, że Informix jest licencjonowany na rdzenie, a nie na procesory, w SIWZ Zamawiający jednoznacznie wskazywał na liczbę aktywnych rdzeni, a nie procesorów. Wszystkie aktywne rdzenie fizyczne dużych serwerów logicznych winny być objęte licencjonowaniem IBM Informix, co wynika z zał. nr 1 do SIWZ. Jak powyżej wskazano, z zaoferowanego przez Odwołującego procesora jednoznacznie wynikało, że jest tam 8 aktywnych procesorów i 80 aktywnych rdzeni fizycznych. Z powyższego wynika także, że Odwołujący zaoferował urządzenie wysokiej wydajności mające powyżej czterech gniazd procesorowych (jeśli jest 8 aktywnych procesorów to muszą one tkwić w gniazdach procesorowych) i tym samym należało wywieść, że zaoferowano serwer powyżej czterech gniazd procesorowych), który od tej ilości wymaga określonego licencjonowania PVU. Odwołujący oferuje 8 gniazd procesorowych i tym samym wielkość ta jest większa od 4 i opłata winna wynosić 120 PVU.

Niewątpliwym jest, że Zamawiający podał wymagania dot. liczby PVU w każdym przypadku, wskazując dokument zgodnie z którym należy licencjonować oferowane serwery. Niewątpliwym zarówno zdaniem Izby jak i Zamawiającego jest również fakt, że Odwołujący złożył ofertę, ale lakoniczną w swojej treści. Co więcej, z niezrozumiałych przyczyn Odwołujący nie dowodził jej prawidłowości wprost, ciągle bazując na oświadczeniu, że oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ. Jednakże na żadnym etapie postępowania w tym i odwoławczego nie wykazał jednoznacznie, iż przyjęte rozwiązanie umożliwia mu licencjonowanie Informix na zakładanym poziomie 70 PVU. Odwołujący nie wskazał miejsca

w ofercie ani nie przedstawił innego pewnego dowodu z którego można by wywieść, iż właściwą wielkością jest kwota PVU przez niego wskazana.

Rozpatrując powyższy zarzut dowodowo, wskazać należy iż Odwołujący uzasadniał swoje stanowisko poprzez odsyłanie do stron internetowych. Złożył również dowody, które są wydrukami ze stron internetowych. Złożył także opinie prywatną co do sposobu licencjonowania Informix, ale z analizy jej treści nie sposób wywieść na czym oparł się sporządzający opinię, aby przyjąć możliwość ustalenia wielkości PVU w wysokości 70 licencji. Natomiast elementem przesądzającym dla przyjęcia przez Izbę stanowiska Zamawiającego jako prawidłowego był złożony dowód w postaci pisma IBM Polska z dnia 19.07.2017 z którego jednoznacznie wynikało, że nie ma żadnych wyjątków w licencjonowaniu serwerów 8-procesorowych z procesorem E7-8891v4, który wymaga 120 PVU per rdzeń. To stanowisko znalazło także potwierdzenie w kolejnym stanowisku IBM z 28.07.2017 r. złożonym jako dowód przez Zamawiającego i Przystępującego. Zastanawiającą jest kwestia, dlaczego Odwołujący dla rozwiania wątpliwości Zamawiającego i Izby nie wystąpił do IBM (przecież oferował rozwiązania IBM) i nie przedstawił konkretnego dowodu potwierdzającego, że zaoferowany przez niego sposób wirtualizacji rozwiązań umożliwia mu przyjęcie liczby licencji Informix 70 PVU na rdzeń. Na marginesie powyższego wskazać należy, że wyliczenie odpowiedniej ilości licencji PVU, (której wg. pisma zamawiającego koszt wynosi netto 426 euro za 1 PVU), ma istotne znaczenie dla Zamawiającego, gdyż w przypadku zaoferowania niewłaściwej liczby licencji Informix to po włączeniu sprzętu może okazać się, że jest potrzeba zapłacenia dodatkowej kwoty, a nawet zapłaty kar licencyjnych.

Wobec powyższego Izba uznała czynność Zamawiającego o odrzuceniu oferty z powodu niezaoferowania wystarczającej liczby licencji Informix za w pełni uzasadnioną.

Odnosząc się do kwestii zarzutów dotyczących nieodrzucenia oferty wykonawcy Coludware sp. z o.o. i Qumak S.A., z powodu ich niezgodności z treścią SIWZ, a także niewykluczenia wykonawcy Coludware sp. z o.o. z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej na wstępie należy podkreślić, że gdyby oferta Odwołującego(co wykazano powyżej) nie została odrzucona to byłaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu. W takiej sytuacji należy przyjąć, że

wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie posiada interesu w kwestionowaniu ofert niżej sklasyfikowanych. Odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, dającym możliwość uzyskania w danym postępowaniu zamówienia (wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu) i nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem (por. wyrok KIO z 2 listopada 2012 r. sygn. 2396/12, 2416/12. Nadto wskazać należy, że Środki *ochrony prawnej przysługują tylko takiemu wykonawcy,*

17

---

uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia (wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11,podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11).

Tym samym brak jest po stronie Odwołującego spełnienia przesłanki interesu z art. 179 ust.1 Pzp, co skutkuje oddaleniem podnoszonych zarzutów.

Jednakże mimo powyższego ustalenia Izba dokonała również merytorycznej oceny zasadności podniesionych zarzutów. W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści ofert Coludware sp. z o.o. i Qumak S.A., Izba uznaje, że wykonawcy ci obliczyli prawidłowo sumaryczną moc oferowanych produktów, która to była wymagana przez Zamawiającego dla ustalenia wielkości zapotrzebowania na energię elektryczną w związku z przedmiotowym zamówieniem. Natomiast Odwołujący wbrew opisanym wymaganiom, oczekiwaną wartość mocy odnosi do mocy zasilaczy, a nie do wielkości poboru energii elektrycznej. Odwołujący pomylił pojęcia mocy znamionowej urządzenia i mocy znamionowej zasilacza.

Natomiast co do zarzutu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę Coludware sp. z o.o. to zarzut ten jest oczywiście bezzasadny i nie wiadomo dlaczego został postawiony. Otóż już w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 1 sierpnia 2017 roku Odwołujący uzyskał informacje, że wykonawca ten uzupełnił treść oferty i jednoznacznie wykazał spełnienie warunku udziału w postepowaniu.
Również w tym postepowaniu wykonawca Coludware sp. z o.o. przedstawił ponownie te dokumenty z których jednoznacznie wynikało, że na wymagany okres przed złożeniem oferty wielkość środków zgromadzonych na koncie bankowym, (po pomniejszeniu tej kwoty o kwotę kredytu) była wyższa niż wymagana wielkość dla spełnienia warunku udziału w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

Izba postanowiła, dopuścić do oceny dowody przedłożone przez strony i przystępującego, przy czym odmówiła zaliczenia w poczet dowodów załącznika do protokołu złożonego przez Odwołującego, gdyż Odwołujący złożył go Izbie po zakończeniu prezentowania swojego stanowiska. Zawarte w nim informacje nie zostały przedstawione na rozprawie i tym samym Zamawiający i Przystępujący nie mieli możliwości zapoznania się z jego treścią. Ponadto, były zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co zdaniem Izby jest niezasadne. Izba uznała również, że brak jest podstaw do utrzymania jako tajemnicy przedsiębiorstwa części protokołu z rozprawy z dnia 25 sierpnia 2017 roku, gdyż treści tam zawarte zostały przedstawione na rozprawie w dniu 7 września 2017 roku jako informacje jawne.

18

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 1 i 7; 191 ust. 2 oraz 192 ust.1 ustawy Pzp, Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia iż w postepowaniu doszło do naruszenia przepisów wskazanych w *petitum* odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……