

WYROK

z dnia 30 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „KONCEPT” Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Zakład Systemów

Komputerowych ZSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Chemii Bioorganicznej

Polskiej Akademii Nauk - Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe z siedzibą w Poznaniu

przy udziale wykonawcy Integrale IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po

stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutu bezzasadnego odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „KONCEPT” Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Integrale IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i nakazuje Zamawiającemu wyjaśnienie kwestii ceny zaoferowanej w kryterium KT(9),

3. kosztami postępowania obciąża w częściach równych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „KONCEPT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością oraz Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk - Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „KONCEPT” Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Zakład Systemów Komputerowych

ZSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Instytutu Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk - Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „KONCEPT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 71/20

Zamawiający - Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk - Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „sukcesywną dostawę do ośrodków komputerów dużej mocy i jednostek miejscowych sieci komputerowych systemu obliczeniowego i systemu składowania danych wraz z instalacją i integracją” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 października 2019 r. pod numerem 2019/S 196-475564. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### I Podstawy odrzucenia oferty Odwołującego

Zamawiający poinformował Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „KONCEPT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z następujących powodów:

1. Zamawiający w części IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia - specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 1 w tabeli 1. Parametry miejsc instalacji w centrach KDM wiersz „złącza energetyczne (3L+N+PE)” w kolumnie Cyfronet i WCSS określił wartości dla złączy energetycznych: dla Cyffonetu 4x3x32A oraz dla WCSS 2x3x32A, natomiast Odwołujący w załączniku nr 3 do oferty - Schemat systemu zasilania klastra dla zadania nr 1 dla Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica Akademickie Centrum Komputerowe Cyfronet (Cyfronet) oraz dla Politechniki Wrocławskiej (WCSS) zaoferował wtyczki 63A, a nie jak wymagał Zamawiający, 32A.

2. Zamawiający w części IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia - specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 w punkcie 3.1.1.2 ppkt 4 (str. 22) określił

parametr „co najmniej 4 porty 10 Gbit Ethernet z interfejsami/obsadzone wkładkami SFP\*

LC”, natomiast Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 1 Klaster obliczeniowy w poz. 1.2. Serwery usługowe HPC, wiersz Adaptery sieciowe (liczba i typ, producent i model) zaoferował „Liczba: 1, Typ: PCIe Adapter, Producent: Qlogic. Model: FastLinQ 41112 Dual Port 1 OGb/s SFP\* Adapter, co daje 2 porty 10 Gbit Ethernet, a nie, jak wymagał Zamawiający, liczbę 4. Dostępna na stronach internetowych producenta dokumentacja dla zaoferowanego serwera nie specyfikuje żadnych wbudowanych interfejsów 10 Gbit Ethernet optycznych, które mogłyby zapewniać wymaganą liczbę interfejsów sieciowych, ponad te dwa podane w ofercie.

3. Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 1 Klaster obliczeniowy w poz. 5.2. „Maksymalna temperatura chłodziwa w obiegu pierwotnym dla ciągłej i stabilnej pracy systemu” zaoferował wartość 32 °C, natomiast zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w kryteriach technicznych w KT(9) Zamawiający określił wymóg „Możliwość ciągłej i stabilnej pracy z zadeklarowaną wydajnością obliczeniową oraz efektywnością obliczeniową dla temperatur/chłodziwa w obiegu pierwotnym (budynkowym) co najmniej 35 °C oraz obiegu klastra (temperatura wejściowa chłodziwa dla wymienników na procesorach CPU)”

4. Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 2 - System składowania danych w poz. 6.1. Serwery dyskowe Ceph dla ośrodków RDM w wierszu „Dyski HDD 3,5 na dane (liczba, producent, model, pojemność katalogowa)” zaoferował wartość „Liczba: 12, Producent: WDC, Model: Ultrastar DC HC520, Pojemność: 12TB”. Zaoferowane wartości dają pojemność: 144TB (12x12 TB) per serwer oraz 576 TB, czyli 0,576 PB per komplet.

Minimalna pojemność kompletu serwerów Ceph określona została w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pierwotnie jako 560 TB (0.56PB), a w formularzu oferty (pkt 5.1) wymóg został określony jako min. 0.896 PB per komplet. Niejednoznaczność ta wyjaśniona i skorygowana została przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 5 listopada 2019 r.

Podany przez Odwołującego w punkcie 6.1 oferty model serwera Supermicro 6019P-ACR12L mieści maksimum 12 napędów 3,5”, nie jest tym samym możliwa nawet teoretycznie zmiana, zapewniająca poprawność złożonej oferty. Niemożliwe jest zastosowanie w serwerze większej liczby napędów 3.5” niż 12 sztuk, co uniemożliwia konfigurację wymaganej pojemności przy użyciu napędów HDD 3.5” dostępnych na dzień składania oferty.

5. Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 2 - System składowania danych w poz. 6.2. Serwery dyskowe Ceph dla ośrodków MAN w wierszu „Dyski HDD 3,5” na dane (liczba, producent, model, pojemność katalogowa)” zaoferował wartość „Liczba: 12. Producent: WDC, Model: 1TC520 12TB SATA Enterprise 7k2rpm,

Pojemność: 12TB”. Zaoferowana wartość daje pojemność: 144 TB per serwer oraz 576 TB, czyli 0,576 PB per komplet.

Minimalna pojemność kompletu serwerów Ceph określona została w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pierwotnie jako 560 TB (0.56PB), jednak w formularzu oferty (pkt 5.2) wymóg został określony jako min. 0.896 PB per komplet. Niejednoznaczność ta wyjaśniona

i skorygowana została przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 7 do specyfikacji

istotnych warunków zamówienia z 5 listopada 2019 r.

Podany przez Odwołującego w punkcie 6.2 oferty model serwera Supermicro 6019P-ACR12L mieści maksimum 12 napędów 3,5”, nie jest tym samym możliwa nawet teoretycznie zmiana, zapewniająca poprawność złożonej oferty. Niemożliwe jest zastosowanie w serwerze większej liczby napędów 3.5” niż 12 sztuk, co uniemożliwia konfigurację wymaganej pojemności przy użyciu napędów HDD 3.5” dostępnych na dzień składania oferty.

6. Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 2 System składowania danych w poz. 6.1: Serwery usługowe dla systemów przechowywania danych dla ośrodków KDM w wierszu „Pamięć RAM (liczba i typ modułów, producent i model)” zaoferował wartość „Liczba: 12, Typ: DDR4 DIMM, Producent: Dell, Model: 16GB RD1MM, 2933MT/S”. Zaoferowana wartość daje pojemność: 192 GB RAM i nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w części IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia - specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2, sekcja Serwery usługowe dla systemów przechowywania danych (str. 61), cyt. 1. Wymagania dla serwerów usługowych dla systemów przechowywania danych są identyczne jak wymagania dla

serwerów usługowych klastra obliczeniowego z wyłączeniem następujących punktów...”  
Wyłączenie to nie dotyczyło pamięci operacyjnej RAM, dla której wartość minimalną pojemności określono w punkcie 3.1.1.2 ppkt 2.7 „7. Serwer musi mieć zainstalowane co najmniej 384 GB pamięci”.

Pojemność pamięci w zaoferowanym serwerze wyliczono jako iloczyn liczby modułów pamięci RAM (12 szt.) oraz pojemności katalogowej modułu (16 GB): 12 (szt.) x 16 (GB/szt.) = 192 GB.

7. Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 2 w poz. 4.1. Węzeł dla danych systemu plików dla HPC zaoferował urządzenie Dell ME484 Storage Expansion Enclosure. Wymaganiem dla tego węzła danych był maksymalny pobór mocy nie przekraczający wartości 1400 W.

Wykonawca w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla Zadania nr 2 podał:  
„Pojedynczy podsystem dyskowy: Nazwa podsystemu dyskowego serwerów dla danych: Dell ME484 Storage Expansion Enclosure”. Według specyfikacji technicznej tego urządzenia, dostępnej na stronie firmy Dell to „Power/wattage: ME484: 2200W”.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zadanie 2 pkt A. Infrastruktura klastrowego systemu plików dużej wydajności, ppkt 1. Wymagania dla klastra wysoko wydajnego systemu plików dla HPC:, ppkt. 3. Wymagana minimalna konfiguracja dla pojedynczego zasobu dyskowego HDD:, ppkt 9. Zasilanie:, ppkt. a) „Chwilowe, maksymalne zużycie prądu pojedynczego urządzenia nie może przekraczać 1.4 kW”.

## II Zarzuty odwołania

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia „KONCEPT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jego oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty, zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania,
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawiania w treści oferty Odwołującego tzw. innych omyłek, zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Integrale IT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pomimo zaniżenia kosztu wykonania prawa opcji i równoczesnego przeniesienia kosztów tej części zamówienia do zakresu gwarantowanego, co miało na celu uzyskanie przewagi punktowej w kryterium cenowym oraz uzyskanie wynagrodzenia przed wykonaniem danego zakresu,
5. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Integrale IT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pomimo popełnienia przez tego wykonawcę błędu w obliczeniu ceny polegającego na zaniechaniu ujęcia kosztów wykonania zakresu opcjonalnego w dedykowanej za ten zakres cenie oferty, odrębnej od ceny za zakres podstawowy,
6. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Integrale IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do udzielenia wyjaśnień w sprawie wyceny istotnej części składowej, jaką jest cena za wykonanie zakresu opcjonalnego,
7. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Integrale IT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pomimo uwzględnienia kosztów wykonania zakresu opcjonalnego w cenie oferty za zadania 1-3, co stoi w sprzeczności z wymaganiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym odrębnej wyceny zakresu opcjonalnego od zakresu podstawowego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poprawienia oferty Odwołującego zgodnie z treścią uzasadnienia niniejszego odwołania, odrzucenia oferty złożonej przez Integrale IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej także „Integrale IT”).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, posiada interes w jego uzyskaniu, w tym interes w podniesieniu zarzutów w stosunku do oferty wykonawcy Integrale IT. Nie można bowiem wykluczyć, że w toku badania i oceny ofert jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co z kolei, w razie zaniechania jej odrzucenia, mogłoby pozbawić Odwołującego uzyskania zamówienia. Odwołujący odczytuje bowiem, przekazane na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pismo Zamawiającego jako zawierające informację, iż spośród złożonych ofert wyłącznie oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, co już obecnie uzasadnia sformułowanie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, statuuje zasadę równego traktowania wykonawców, nakazuje przyjęcie, że czynność badania i oceny ofert dokonywana jest jednocześnie.

Co do punktu 1. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego potwierdził, że w treści załącznika nr 3 do oferty zaproponował zastosowanie wtyczek 63A. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie sposobu przyłączenia odczytana została przez Odwołującego w ten sposób, iż nie narzuca ona „z góry” rodzaju wymaganego złącza energetycznego. Zamawiający informował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jedynie o aktualnej, posiadanej infrastrukturze, w tym o złączach 32A. Stosownie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiem nałożonym na wykonawców jest dążenie do opracowania koncepcji systemu zasilania dającego większe bezpieczeństwo działania całej struktury poprzez eliminowanie dodatkowych połączeń oraz dodatkowych szaf w celu skuteczniejszego nadzoru. Ograniczenie ilości przewodów zasilających oraz elementów łączeniowych prowadzi do zwiększenia przejrzystości sieci elektrycznej oraz zminimalizowania problemów eksploatacyjnych w okresie użytkowania instalacji. Każdy dodatkowy element, dodatkowe połączenie może w przyszłości negatywnie wpływać na pracę całego systemu. Przyjmując na siebie powyższe wymagania Odwołujący założył, że zobowiązany jest zasilić szalę z czterech szynoprzewodów, a sposób przyłączania jest zostawiony do jego decyzji, o ile potrafi zintegrować dostarczoną strukturę z infrastrukturą istniejącą. Ze względów serwisowych Odwołujący założył wymianę złącz energetycznych 3x32A na złącza 3x63A w instalacjach zlokalizowanych w Cyfronet i WCSS.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, iż nawet w razie uznania, że zastosowanie złączy 63A było sprzeczne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, to okoliczność ta nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Na wypadek takiego ustalenia Odwołujący zarzucił naruszenie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień oraz zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego w zakresie zastosowanych złączy 63A, zamiast 32A. Zmiana tego rodzaju byłaby nieistotna, o czym świadczy choćby odniesienie jej do całego zakresu zamówienia. Niezgodność ta, co najwyżej mogłaby zostać uznana za będącą wynikiem błędnego zrozumienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na skutek omyłki.

Co do punktu 2. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób dowolny ustalił, iż Odwołujący zaoferował wyłącznie dwa porty 10 Gbit Ethernet, a nie, jak było wymagane, cztery porty. Z treści złożonej oferty (załącznik nr 1, str. 10 oferty, poz. 1.2) wprost wynika, że Odwołujący zaoferował nie tylko zauważoną przez Zamawiającego kartę Qlogic FastLinQ 41112 Dual Port 10Gb/s SFP+ (posiadającą istotnie dwa wymagane interfejsy 10Gb/s SFP+), ale również kartę Qlogic 57800 2x10GbE DA/SFP+ & 2x1Gb BTNDC, która zawiera m.in. dwa dodatkowe porty 10Gb/s SFP+. Sumaryczna ilość złącz 10Gb/s SFP+ w oferowanych serwerach wynosi zatem 4 i jest zgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzasadniony.

Co do punktu 3. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób dowolny ustalił, iż wskazanie przez Odwołującego w punkcie 5.2 załącznika nr 1 do oferty (str. 15 oferty), jako maksymalnej temperatury chłodziwa w obiegu pierwotnym dla ciągłej i stabilnej pracy systemu wartości 32 °C stanowi podstawę do jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Istotnie, w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 4, pkt 2.1, IV Specyfikacja

Przedmiotu Zamówienia), Zamawiający określił jeden z parametrów instalacji tj. „maks/min temp chłodziwa (wyjściowa)” dla PCSS jako „20C/35C”. Wymóg ten został przez Odwołującego spełniony, co wynika ze str. 15 oferty (pkt 5.3), gdzie w poz. „maksymalna temperatura chłodziwa w obiegu pierwotnym” podano „40 deg C”. Z kolei, podana w pkt 5.2 oferty wartość „32 deg C” odnosi się do parametru „maksymalna temperatura chłodziwa w obiegu pierwotnym dla ciągłej i stabilnej pracy systemu”, który oceniany był w kryteriach oceny ofert „KT(9)” i który dla uzyskania punktów w tym kryterium musiał wynosić min. 35 deg C. Uwzględniając powyższe, podniesiona przez Zamawiającego okoliczność może skutkować co najwyżej nieuzyskaniem punktów w kryterium technicznym, ale nie może prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący jednocześnie wyjaśnił, iż we wskazanym przez Zamawiającego punkcie oferty omyłkowo podał wartość „32 deg C”, zamiast jak być powinno „35 deg C”. Zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie gwarantuje ciągłą i stabilną pracę z zadeklarowaną wydajnością obliczeniową dla temperatury chłodziwa w obiegu pierwotnym min. 35 deg C. Potwierdzeniem w tym zakresie jest m.in. oświadczenie złożone przez Odwołującego na stronie 9 oferty (parametr KT9), gdzie poprzez wpisanie wariantu punktacji „C” zadeklarował ciągłą i stabilną pracę z zadeklarowaną wydajnością obliczeniową dla temperatury chłodziwa w obiegu pierwotnym min. 35 deg C oraz obiegu klastra (temperatura wejściowa chłodziwa dla wymienników na procesorach CPU) w temperaturze min. 47 deg C. Zasadny jest zatem nie tylko zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale również naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia oferty w sposób wskazany powyżej (zamiast 32 °C winno być 35 °C). Niezgodność jest wynikiem co najwyżej omyłki wykonawcy, a zmiana w tym zakresie miałaby charakter nieistotny. Twierdzenia te są wynikiem prawidłowego odczytania całości złożonej oferty.

Co do punktu 4. i 5. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Odwołujący stwierdził, że również w zakresie tych, tożsamyh w stosunku do siebie, podstaw odrzucenia oferty Zamawiający w sposób dowolny ustalił on, iż oferta Odwołującego nie spełnia wymogu dotyczącego minimalnej pojemności łącznej serwerów wynoszącej 0,896 PB per komplet (4 serwery). Odwołujący zaoferował, zarówno dla ośrodków KDM, jak i MAN, serwery Supermicro 6019P-ACR12L (o wysokości 1U), które są wyposażone w dodatkowe półki dyskowe (również o wysokości 1U) mieszczące 7 dysków 12TB, co sumarycznie pozwala na osiągnięcie wymaganej pojemności dyskowej dla zestawu 4 serwerów  $4 \times 19 \times 12 \text{TB} = 912 \text{TB} = 0,912 \text{PB}$ . Odwołujący wyjaśnił, że w poz. 6.1 oraz 6.2 załącznika nr 1 oferty (str. 25 i 26) podał wyłącznie liczbę dysków HDD, jaka mieści się w serwerze, bez uwzględnienia dysków ujętych na półkach dyskowych (formularz oferty nie przewidywał miejsca na opisanie ewentualnej półki dyskowej oraz zainstalowanych na niej dysków). Z kolei sumaryczna wielkość oferowanej powierzchni dyskowej dla kompletów serwerów Ceph (0,896 PB) potwierdzona została w formularzu oferty (str. 3, poz. 5.1 i 5.2), której dotyczy zaoferowane wynagrodzenie. Stwierdzona przez Zamawiającego okoliczność winna zostać co najwyżej wyjaśniona w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ewentualnie poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zmianę ilości podanych w pkt 6.1 i 6.2 załącznika nr 1 oferty dysków HDD z 12 na 19 sztuk. Zmiana ta winna zostać dokonana w razie uznania, że w punkcie 6.1 i 6.2 załącznika nr 1 do oferty należało podać ilość dysków HDD nie tylko zainstalowanych bezpośrednio na serwerze, ale również na ewentualnych półkach. Zmiana ta, uwzględniając m.in. jej zakres i

charakter, jest zmianą nieistotną, niewymagającą dokonania zmiany wynagrodzenia. Jak wynika z treści formularza ofertowego od samego początku treścią oferty Odwołującego jest

zaoferowanie min. pojemności dyskowej wynoszącej 0,896 PB per komplet, co obejmuje w sobie m.in. 19 dysków HDD na każdy serwer łącznie z półkami dyskowymi.

Co do punktu 6. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Odwołujący podniósł, że w poz. 8.1 załącznika nr 1 do oferty (str. 28 oferty) omyłkowo określił rozmiar jednego modułu pamięci jako 16 GB, zamiast, jak być powinno, 32 GB. Treść otrzymanej od producenta oferty potwierdza, że skalkulowane zostały oraz faktycznie zaoferowane moduły

o pojemności 32 GB. W tych okolicznościach odrzucenie oferty odbyło się z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zmiana tego rodzaju jest nieistotna, o czym świadczy choćby odniesienie jej do całego zakresu zamówienia.

Co do punktu 7. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Odwołujący stwierdził, że

Zamawiający w sposób dowolny odrzucił jego ofertę z powołaniem się na niespełnienie przez

urządzenie Dell ME484 Storage Expansion Enclosure wymogu w zakresie poboru mocy. Zamawiający wymagania dla pojedynczego zasobu dyskowego HDD w klastrze wysokowydajnego systemu plików dla HPC określił w następujący sposób (tom IV, str. 42, ppkt 9a): „Chwilowe, maksymalne zużycie prądu pojedynczego urządzenia nie może przekraczać 1,4 kW”. Biorąc pod uwagę fakt, że zużycie prądu powinno być wyrażone w amperach, a nie kilowatogodzinach, Zamawiającemu chodziło zapewne o maksymalny chwilowy pobór energii elektrycznej odpowiadający mocy 1,4 kW. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał parametr oferowanego urządzenia: „Base System Power Power/wattage: 2200W”. Tymczasem podany w karcie katalogowej parametr określa maksymalną moc zasilacza zainstalowanego w urządzeniu i w żaden sposób nie określa rzeczywistego poboru mocy przez urządzenie w oferowanej konfiguracji. W każdym urządzeniu komputerowym zasilacz, dla zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa energetycznego i cieplnego, ma moc znacznie przekraczającą rzeczywisty jej pobór przez urządzenie. Tym samym nie można w żaden sposób uznać, że moc zasilacza określa maksymalny pobór mocy urządzenia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z informacjami potwierdzonymi przez producenta urządzeń (firmę Dell) rzeczywisty pobór mocy przez urządzenie w oferowanej konfiguracji nie przekracza 1,4 kW, a więc urządzenie spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wątpliwości dotyczące tej kwestii mogły zostać przez Zamawiającego wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co doprowadziłoby Zamawiającego do wniosku, że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Integrale IT Odwołujący wskazał, że wykonawca ten zaoferował cenę za zakres opcjonalny, tj. wydłużenie gwarancji na serwery obliczeniowe na 4 i 5 rok, wynoszącą 0,01 zł brutto. Stosownie do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakres przedmiotu zamówienia dotyczący wydłużenia gwarancji na serwery obliczeniowe na 4 i 5 rok nie jest objęty zamówieniem podstawowym, a tym samym koszt wykonania tego zakresu nie może być ujęty w cenie oferty za zadania 1-3 (zakres podstawowy). Nie ulega ponadto wątpliwości, iż podana przez wykonawcę Integrale IT cena za zakres opcjonalny, tj. 0,01 zł brutto, nie pokrywa kosztów wykonania tej usługi. Zakres przedmiotowy zamówienia opcjonalnego obejmuje m.in. logistykę dedykowanego serwisu gwarancyjnego, w tym: obsługę zgłoszeń serwisowych, dojazdy do siedziby Zamawiającego, dokonanie czynności diagnostycznych na miejscu. Dokonane przez wykonawcę Integrale IT przeniesienie kosztów zakresu opcjonalnego do ceny za gwarantowany zakres podstawowy, w sytuacji, w której koszt zakresu opcjonalnego stanowi samodzielne, cenowe kryterium oceny ofert, winno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Działanie takie skutkuje instrumentalnym wykorzystaniem kryteriów oceny ofert, dzięki czemu wykonawca oferujący nierealną cenę 0,01 zł uzyskuje maksymalną liczbę punktów w kryterium, a z kolei wykonawca oferujący realną cenę uzyskuje 0 punktów.

W przypadku oferty wykonawcy Integrale IT Zamawiający, wbrew wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet nie ma możliwości poznania realnej ceny za ww. zakres zamówienia i zmuszony jest do zapłacenia „z góry” za wykonanie zakresu opcjonalnego. W okolicznościach faktycznych nie jest nawet możliwe porównanie oferty wykonawcy Integrale IT z pozostałymi ofertami w obu kryteriach cenowych. Konieczność odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na opisane powyżej okoliczności znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok sygn. akt KIO 132/17, gdzie wskazano, że ukształtowanie sposobu przyznawania punktów w postępowaniu, gdzie zamawiający odrębnie przypisał wagi dla poszczególnych opłat transakcyjnych, skłania do twierdzenia, że każda z cen jednostkowych jako element wynagrodzenia wykonawcy winna być rozpatrywana oddzielnie i w konsekwencji każda z nich powinna uwzględniać realne koszty wykonania danej usługi. Skoro zamawiający będzie się rozliczał za konkretnie zrealizowane usługi, a wynagrodzenie nie ma charakteru ryczałtowego, to obowiązkiem wykonawcy było podanie realnych kosztów za poszczególne usługi świadczone na rzecz zamawiającego. Zamawiający miał podstawy do uznania, że oferta w zakresie proponowanych cen jednostkowych w wysokości 0,01 zł z tytułu opłat transakcyjnych jest przejawem działania w warunkach nieuczciwej konkurencji. Izba wielokrotnie podkreślała, że zachowaniem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami jest manipulowanie cenami polegające na celowym przyjmowaniu rażącej dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty. Izba oceniała jako naganne prowadzenie przez wykonawców tzw. „inżynierię cenowej”, mającej na celu jedynie zdobycie przewagi punktowej i prowadzącej w konsekwencji do wyboru oferty najkorzystniejszej, które jest jednocześnie ofertą najdroższą. Takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, a działanie utrudniło im dostęp do rynku mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przedmiotowa niezgodność oznacza konieczność odrzucenia oferty wykonawcy Integrale IT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązkiem wykonawcy było bowiem zastosowanie się do narzuconego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty. Skoro odrębną od ceny za zakres podstawowy jest cena za zakres opcjonalny, to konieczne było uwzględnienie w każdej z tych cen zakresów rzeczowych odnoszących się do każdej z nich. Nie sposób przyjąć, że cena 0,01 zł brutto obejmuje koszty wykonania zakresu opcjonalnego, co z kolei prowadzi do oczywistego wniosku, że koszty w tym zakresie zostały skalkulowane w innej pozycji. Brak zastosowania się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie sposobu ukształtowania ceny oferty za zakres opcjonalny oznacza ponadto niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i rodzi konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Cena za wykonanie przedmiotowego zakresu opcjonalnego odnosi się istotnej części składowej. Dodatkowo cena za ten zakres oceniana jest w dedykowanym kryterium oceny ofert. W tych okolicznościach, przy uwzględnieniu zaoferowanej przez wykonawcę ceny 0,01 zł brutto oraz okoliczności, że jest ona wielokrotnie niższa od ceny pozostałej oferty, wypełnione zostały przesłanki do wezwania wykonawcy Integrale IT do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Integrale IT Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia tej oferty jako przedwczesnych. Zamawiający nie zakończył jeszcze czynności badania oferty Integrale IT i nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, nie można zarzucić mu zaniechania dokonania określonej czynności związanej z badaniem oferty Przystępującego. Zatem nie

upłynął termin powodujący powstanie po stronie Zamawiającego zaniechanie określonych

czynności, stanowiących naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a wobec braku zakończenia czynności związanych z badaniem i oceną oferty Integrale IT, rozpoznawanie postawionych w tym zakresie zarzutów Odwołującego jest bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 1. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż nie dopuszczał w ramach realizacji zamówienia wymiany istniejących złączy energetycznych. Część IV Specyfikacji przedmiotu zamówienia w punkcie 2. (str. 4) określała „Charakterystykę miejsca instalacji - ograniczenia i dostępna infrastruktura”. Ze wstępu do punktu 2. wynika jednoznacznie, że wykonawca ma obowiązek przedstawienia rozwiązania, które jest zgodne z lokalną infrastrukturą. W tabeli „Parametry miejsc instalacji” w wierszu złącza energetyczne, dotyczącym istniejących złączy w WCSS wskazano „2x3x32A” i w Cyfronet odpowiednio „4x3x32A”. W żadnym miejscu opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wskazywał, iż wymiana istniejących złączy stanowi element przedmiotu zamówienia ani że Zamawiający dopuszczał wymianę złączy. Jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do opisu przedmiotu zamówienia lub chciał zaproponować ujęcie w nim alternatywnego sposobu realizacji, miał taką możliwość w drodze wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - termin składania ofert był wielokrotnie przesuwany w toku postępowania, a wykonawcy zadawali liczne pytania oraz wnosili odwołania wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym również proponując wprowadzenie innych rozwiązań niż opisane przez Zamawiającego. Skoro Odwołujący z takiej możliwości nie skorzystał, wiążąca była dla niego treść opisu przedmiotu zamówienia ustalona w postępowaniu i obowiązująca wszystkich innych uczestników postępowania. Nawet jeśli w subiektywnej ocenie Odwołującego korzystniejsze byłoby przyjęcie innej treści opisu przedmiotu zamówienia, postulaty w tym zakresie są już spóźnione, a dopuszczenie zmian prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności w zakresie dotyczącym równego traktowania wykonawców oraz nieporównywalności złożonych ofert.

W sytuacji, w której parametry wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są inne niż wskazane w ofercie, Zamawiający nie ma możliwości innej oceny niż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezgodność parametrów wskazanych w ofercie Odwołującego z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia była ewidentna i nie wymagała wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a oferta nie budziła wątpliwości co do jej treści i oświadczenia woli Odwołującego w zakresie przedmiotu oferty. Potwierdza to sama treść odwołania, w której Odwołujący przyznaje, iż jego intencją było zaoferowanie złączy 63A.

W związku z tym nie jest możliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż możliwość zmiany oferty przewidziana jest wyłącznie w przypadku omyłkowych, a nie intencjonalnych niezgodności pomiędzy ofertą a specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W tym przypadku od początku treść oferty Odwołującego (założony i wyceniony przez niego sposób realizacji zamówienia) były odmienne od wymagań przedstawionych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Omyłkowość, o której mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy wyrażenia woli wykonawcy w złożonej ofercie, nie zaś błędnego zrozumienia wymagań Zamawiającego, a tym bardziej - zamierzonego zrealizowania zamówienia niezgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 2. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający uznał argumentację Odwołującego za zasadną. Jednakże stwierdził, że wobec pozostałych podstaw odrzucenia oferty uwzględnienie tego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania ani postępowania odwoławczego, podtrzymał zatem wniosek o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 3. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdził, że argumentacja przedstawiona w odwołaniu jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wskazuje na jej nieznaną przez Odwołującego.

Wbrew twierdzeniom odwołania niezgodność w ofercie Odwołującego stanowiąca podstawę odrzucenia oferty nie dotyczyła parametru deklarowanego w ramach kryterium oceny ofert „KT(9)” - wybór przedziału temperatur (opcja A, B lub C deklarowana przez wykonawcę) i przyznawana punktacja dotyczyła temperatury chłodziwa umożliwiającej ciągłą i stabilną pracę systemu, ale w obiegu kłastry (temperatura wejściowa chłodziwa dla wymienników na procesorach CPU, nie zaś w obiegu pierwotnym (budynkowym)). Dla obiegu pierwotnego (budynkowego) w pkt 1.16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Tabela 1, pkt KT (9)) zdefiniowano wyraźnie, iż wymagane jest zapewnienie możliwości ciągłej i stabilnej pracy z zadeklarowaną wydajnością obliczeniową oraz efektywnością obliczeniową” przy temperaturze chłodziwa co najmniej 35°C. Był to wymóg bezwzględny. Podstawą odrzucenia była niezgodność oferty Odwołującego w zakresie parametru temperatury chłodziwa w obiegu pierwotnym (budynkowym), tj. niespełnienie wymaganego min. 35 °C, nie zaś parametru temperatury chłodziwa w obiegu kłastry, który stanowił kryterium oceny ofert i którego niespełnienie skutkowałoby w istocie jedynie nieprzyznaniem zadeklarowanej ilości punktów w ramach przedmiotowego kryterium. Odwołujący powinien mieć świadomość występowania dwóch obiegu chłodziwa (budynkowego i w kłastrze) oraz różnic między nimi.

Aspekty techniczne i faktyczny sposób funkcjonowania systemu chłodzenia, wymagał od Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem różnych progów temperatury chłodziwa, również w ramach obiegu pierwotnego, w zależności od oczekiwanej wydajności i niezawodności pracy systemu. Te wartości progowe są krytyczne dla pracy systemu, jego wydajności, stabilności pracy oraz efektywności chłodzenia, co przekłada się na czynnik ekonomiczny w postaci większego kosztu utrzymania systemu (roczne koszty energii elektrycznej sięgać będą wielu milionów złotych) oraz możliwość rzeczywistego korzystania z systemu (system pracujący niestabilnie nie może zostać wykorzystany dla świadczenia usług). Ponieważ czynniki te mają kluczowe znaczenie dla Zamawiającego i wpływają pośrednio na możliwość wywiązania się z celów projektowych, ich odpowiednie dobranie jest krytyczne dla Zamawiającego.

Różnica pomiędzy różnymi parametrami dotyczącymi temperatury chłodziwa widoczna jest wyraźnie m.in. w przygotowanym przez Zamawiającego wzorze załącznika nr 1 do oferty - Opis techniczny. W punkcie 1. zadanie nr 1 - Kłaster obliczeniowy, w poz. 5.2 wymagano podania „Maksymalnej temperatury chłodziwa w obiegu pierwotnym”, czyli takiej, przy której zaferowany system działa, choć być może z obniżoną wydajnością; natomiast w poz. 5.3. należało podać „Maksymalną temperaturę chłodziwa w obiegu pierwotnym dla ciągłej i stabilnej pracy systemu” - tj. przy jakiej maksymalnej temperaturze chłodziwa w obiegu pierwotnym oferowany system nie tylko będzie działał, ale również zachowa oczekiwaną wydajność. Wymaganie co do wartości parametru „temperatura chłodziwa w obiegu pierwotnym dla ciągłej i stabilnej pracy systemu” (poz. 5.3 Opisu technicznego; str. 15 w ofercie Odwołującego) zawarto w punkcie 16.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w punkcie KT(9) Zamawiający wskazał, iż możliwość ciągłej i stabilnej pracy z zadeklarowaną wydajnością obliczeniową oraz efektywnością obliczeniową musi zostać zapewniona dla temperatury chłodziwa w obiegu pierwotnym (budynkowym) wynoszącej co najmniej 35 °C. Podana przez Odwołującego w poz. 5.3 wartość maksymalna tego parametru jako „32 °C” w sposób oczywisty nie spełnia przedmiotowego wymagania.

Odwołujący nie kwestionuje, iż wpisanie w poz. 5.3 Opisu technicznego wartości niższej niż wymagane minimum 35 °C jest niezgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niemożliwe było poprawienie przedmiotowej niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący nie wykazał ani omyłkowego charakteru przedmiotowej niezgodności, ani nieistotności jej usunięcia dla treści oferty. Ponadto w ramach oferty Odwołującego nie dostarczono dokumentu, na podstawie którego Zamawiający mógłby wywieść, jaka jest konkretna maksymalna wartość tego parametru, którą należałoby wpisać w miejsce błędnie podanej wartości 32 °C. Poprawienie oferty w sposób wskazywany przez Odwołującego nie jest możliwe, gdyż wymagałoby przeprowadzenia niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych negocjacji treści oferty i jej uzupełnienia o nową wartość.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 4. i 5. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że w związku z udzieloną w toku postępowania odpowiedzią na pytanie nr 41 z 5 listopada 2019 r., nie mogła budzić wątpliwości wymagana pojemność dyskowa, a Zamawiający nie mógł zwrócić się o udzielenie wyjaśnień i poprawić oferty bez naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Załącznik nr 1 do oferty - Opis techniczny, zawierający opis oferowanego przez Odwołującego rozwiązania (treść jego oferty) powinien zatem odpowiadać wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia i prezentować informację w sposób umożliwiający Zamawiającemu zapoznanie się z treścią oferty, a zarazem weryfikację jej zgodności z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie może, działając zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, domyślać się, jakie elementy rozwiązania nie wskazane w treści oferty oferuje Odwołujący, ani też umożliwiać Odwołującemu uzupełniania treści oferty o dodatkowe elementy rozwiązania technicznego po upływie terminu na jej złożenie.

Treść oferty Odwołującego w żaden sposób nie wskazuje, aby w ramach oferowanego rozwiązania, Odwołujący dostarczał jakiegokolwiek dyski ponad liczbę wyraźnie wskazaną w ofercie. Jednocześnie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, format załącznika nr 1, który podlegał wypełnieniu przez wykonawców, nie uniemożliwiał Odwołującemu doprecyzowania informacji o oferowanej liczbie dysków w dodatkowych półkach dyskowych, szczególnie gdy przesądzało to o istotnym parametrze, jakim jest wymagana pojemność dyskowa.

Odwołujący podał w pozycjach 6.1 oraz 6.2 załącznika nr 1 oferty, opisujących konfigurację serwerów Ceph wyłącznie liczbę 12 dysków (12 sztuk) oraz producenta i model dysków (WDC UltraStar DC HC520), a także pojemność dysków HDD (12 TB per napęd). Taka konfiguracja serwerów Ceph nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla ośrodków KDM i MAN, w szczególności nie umożliwia uzyskania dla kompletu 4 serwerów wymaganej pojemności (0,896 PB).

Odwołujący podał w ofercie nie tylko liczbę dysków, ale także model serwera: Supermicro 6019P-ACR12L, którego specyfikacja jednoznacznie wskazuje możliwość instalacji maksymalnie 12 dysków HDD 3.5" w serwerze. Odwołujący nie wykorzystał dostępnych w formularzu pól, by opisać potencjalne dodatkowe elementy zaoferowanych serwerów w tym półkę dyskową, która miałaby zawierać dodatkowe 7 dysków (ponad zainstalowane w serwerze), określić sposób podłączania półki i dysków do serwera, np. wskazując kontroler dyskowy, przez który podłączona miałaby zostać zewnętrzna półka dyskowa. Formularz zawierał m.in. pole: „Kontrolery dyskowe (liczba, producent, model)” pozwalające na wpisanie liczby, producenta i nazwy modelu kontrolerów dyskowych. Odwołujący umieścił w tym polu wyłącznie informację o kontrolerze AOM-S3108M-H8L, pełna nazwa: „Supermicro Low Profile 12Gb/s 8-Port SAS Internal RAID Adapter”, zawierającym układ „Broadcom 3108”, którego specyfikacja wskazuje, że kontroler ten zapewnia 8 wewnętrznych portów do podłączania dysków znajdujących się w serwerze („8-port (8 internal) 12Gb/s per port”), co stanowi rozszerzenie dla kontrolera dyskowego wbudowanego na płycie głównej serwera, umożliwiające podłączenie wyłącznie dysków wewnętrznych (do 12 sztuk), nie umożliwiające jednak podłączania dysków zewnętrznych).

Wykonawca powinien mieć świadomość, jak podanie liczby dysków „12” (wskazującej na niższą pojemność dyskową niż wymagana) zostanie odczytane przez Zamawiającego badającego ofertę.

Zamawiający nie ma jednocześnie możliwości poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż oznaczałoby to konieczność zmiany treści oferty - dopisania do opisu technicznego treści (oznaczenie półek dyskowych, dysków i ich pojemności, sposobu i elementów łączących półki i dyski z serwerami) nie wynikających ani ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani z treści oferty. Rozbudowa konfiguracji o takie elementy, jakie przytacza w treści odwołania Odwołujący,

musiałaby się przełożyć na podwyższenie ceny ofertowej. Zastosowane rozwiązanie nie stanowi prostego powtórzenia wymagań specyfikacji ani nie jest rozwiązaniem o oczywistej, standardowej konfiguracji. Zamawiający musiałby polegać tutaj na złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach wskazujących, jakie dodatkowe elementy należało ująć w ofercie, co stanowiłoby niedozwolone negocjacje treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Okolicznością potwierdzającą prawidłowość oferty nie może być wycena pozycji 5.1 i 5.2 formularza oferty, gdzie wpisano sumaryczną wielkość oferowanej powierzchni dyskowej, gdyż wartość ta została wpisana w formularzu przygotowanym przez Zamawiającego, a nie zadeklarowana przez Odwołującego, zaś wycenie podlegał pełen komplet serwerów Ceph dla ośrodków KDM oraz ośrodków MAN, nie jest zatem możliwe stwierdzenie, czy dodatkowe półki wraz z dyskami o wymaganej pojemności zostały ujęte w tej wycenie (brak również wskazania, że wchodzi one w zakres oferowanego kompletu serwerów). Zamawiający nie może opierać się tylko na deklaracji Odwołującego wyrażonej w takiej formie, w sytuacji, gdy w opisie oferowanego rozwiązania brak elementów zapewniających realne osiągnięcie takiej pojemności zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 6. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego

Zamawiający wskazał, że argumentacja przedstawiona w odwołaniu nie wykazuje spełnienia wszystkich przesłanek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść oferty Odwołującego nie budziła wątpliwości i nie wskazywała na zasadność jej wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera ustawowy zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty, rozumianych jako ustalanie właściwości oferowanego świadczenia w sposób odmienny od zobowiązania wykonawcy wyrażonego w pisemnej ofercie, co niewątpliwie naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Wszczytanie procedury wyjaśnień należy wykluczyć również w sytuacji, w której treść oferty pozbawiona jest wewnętrznych sprzeczności, a wskazuje po prostu na niespełnianie wymagań zamawiającego. Nie każda niezgodność treści oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały.

W ofercie Odwołującego niezgodność jej treści z wymaganiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia była jednoznaczna; okoliczność ta zresztą nie jest podważana przez Odwołującego - powoływanie się przez niego na naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oznacza, iż niezgodność oferty z treścią specyfikacji jest

okolicznością bezsporną.

Zamawiający nie dysponował możliwością samodzielnego poprawienia treści oferty

i ustalenia wartości podlegającej wpisaniu w ofercie Odwołującego.

Odwołujący nie wykazał ani omyłkowego charakteru wskazanej nieprawidłowości (w jaki sposób doszło do błędnego wpisania wartości modułu pamięci mimo deklarowanej innej intencji wykonawcy) ani też, iż poprawka ta nie spowoduje istotnych zmian treści oferty.

Pamięci 32 GB są znacząco droższe od modułów pamięci 16 GB, a dwukrotne zmniejszenie pamięci operacyjnej w serwerze w sposób istotny zmniejsza cenę złożonej oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 7. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego

Zamawiający podtrzymał ocenę niezgodności treści oferty Odwołującego z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący słusznie zinterpretował, że

formułując wymóg „chwilowe, maksymalne zużycie prądu pojedynczego urządzenia nie może przekraczać 1,4 kW” Zamawiający miał na myśli pobór prądu odpowiadający mocy 1,4 kW. Jednakże nie zmienia to faktu, iż oferta Odwołującego nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Informacje zawarte w specyfikacji urządzenia Dell ME484 Storage Expansion Enclosure nie pozwalają na stwierdzenie zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ani przyjęcie twierdzeń Odwołującego. Specyfikacja produktu ME484 określa moc

urządzenia jako 2200 W, czyli przewyższającą dozwoloną maksymalną wartość 1,4 kW. Specyfikacja ta oraz specyfikacja rodziny produktów Dell EMC PowerVault ME484 Dense JBOD określają zakres napięcia pozwalającego na pracę urządzenia jako 200-240 V, a także określają pobór prądu urządzenia na min. 9.23 A (dla napięcia 240 V) oraz maks. 11.07 A (dla napięcia 200 V), co odpowiada mocy odpowiednio 2215.4 W (dla napięcia 240 V) oraz 2214 W (dla napięcia 200 V). Dokumentacja urządzenia określa więc moc elektryczną urządzenia ME484 jako ponad 2100 W, co jest mocą ponad 700 W wyższą niż ograniczenie zdefiniowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższych wyliczeń nie było dopuszczalne samo opieranie się na deklaracjach i zapewnieniach Odwołującego lub podmiotów trzecich. Zatem kierowanie do Odwołującego wezwania do udzielenia wyjaśnień było bezprzedmiotowe, nie można byłoby bowiem uwzględnić żadnych wyjaśnień dopuszczających zmianę oferowanego urządzenia, a wyliczenia Zamawiającego wykazujące przekroczenie wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametrów mają charakter obiektywny. Z oferty Odwołującego nie wynikało, że oferuje urządzenie o właściwościach innych niż opisane w oficjalnej dokumentacji, a po to właśnie żądano szczegółowego opisu technicznego, żeby móc zweryfikować spełnianie kluczowych parametrów.

Odwołujący argumentuje, że parametr podany w karcie katalogowej określa maksymalną moc zasilacza zainstalowanego w urządzeniu, nie zaś rzeczywisty pobór mocy urządzenia w oferowanej konfiguracji oraz że zasilacze komputerowe typowo mają moc znacznie przekraczającą rzeczywisty jej pobór przez urządzenie. Zamawiający określił w specyfikacji chwilowe, maksymalne zużycie prądu pojedynczego urządzenia, a nie wartość średniego zużycia prądu, o którym Odwołujący pisze w odwołaniu. Chwilowe, maksymalne zużycie prądu pojedynczego urządzenia jest limitowane w praktyce możliwościami jego zasilacza, a zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i Zamawiający w sposób prawidłowy zbadał jego ofertę.

#### IV Stanowisko przystępującego po stronie Zamawiającego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Integrale IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosując odpowiednio art. 1184 § 2 ustawy Kodeks postępowania cywilnego w związku z art. 185 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania czynności odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zaniechania czynności zwrócenia się na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie wyjaśnień w sprawie wyceny istotnej części składowej, jaką jest cena za wykonanie zakresu opcjonalnego.

Jak wskazała Izba w postanowieniu sygn. KIO 2531/15 „Izba nie może merytorycznie orzekać, jeżeli odwołanie dotyczy hipotetycznych czynności, czy też takich <<zaniechań>> zamawiającego, co do których podjęcia czynności termin jeszcze nie upłynął. Izba bowiem nie podejmuje czynności za zamawiającego, ale jedynie weryfikuje prawidłowość ich dokonania. (...) Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 189 ust. 2 tej ustawy oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (...) nie regulują kwestii postępowania z przedwcześnie wniesionym odwołaniem, zatem poprzez art. 1184 § 2 ustawy K.p.c. upoważniają Izbę do zastosowania przez analogię przepisów art. 189 ust. 2 w związku z art. 189 ust. 3 tej ustawy i odrzucenia na posiedzeniu odwołania, którego przedwczesne zarzuty, nie mogły być merytorycznie rozpatrzone na rozprawie”.

Mając na względzie, że Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny oferty Przystępującego, a więc nie jest znany rezultat przyszłych czynności Zamawiającego, nie sposób zarzucać Zamawiającemu zaniechania czynności w tym zakresie. Czynności te mogą być w przyszłości podjęte przez Zamawiającego. Stąd też Izba nie może rozpatrywać odwołania, które zostało wniesione przedwcześnie i nie dotyczy czynności lub zaniechania czynności przez Zamawiającego, ale stanu hipotetycznych czynności Zamawiającego. Alternatywnie, gdyby Izba nie odrzuciła odwołania w powyższym zakresie, Przystępujący wskazał, że z uwagi na przedwczesność zarzutów sformułowanych w tym zakresie przez Odwołującego wniesione przez niego odwołanie winno być oddalone.

Zamawiający wezwał Przystępującego, jako wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak przyznanie danej ofercie statusu oferty najwyżej ocenionej nie jest tożsame z wyborem oferty najkorzystniejszej ani z udzieleniem zamówienia. Zamawiający

nadal może dokonać odrzucenia oferty, którą uprzednio ocenił najwyżej. Postępowanie o udzielenie zamówienia znajduje się na etapie, w którym Zamawiający dokona badania dokumentów i próbki, które Przystępujący złożył na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający nadal ma potencjalną możliwość odrzucenia oferty Przystępującego, w tym w oparciu o podstawy wskazane w odwołaniu.

Odwołujący nie ma wiedzy, czy Zamawiający badał już podstawy odrzucenia oferty Przystępującego wskazane w odwołaniu. Odwołujący nie może narzucać Zamawiającemu czasu, w którym Zamawiający takiego badania dokona, jak również nie może wymuszać na

Zamawiającym dokonania takiego badania na określonym etapie postępowania. Z ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, w którym momencie Zamawiający powinien dokonać badania występowania przesłanek odrzucenia oferty, na które powołuje się Odwołujący, zatem Zamawiający może dokonać tego w dowolnym momencie postępowania przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Skoro więc Zamawiający nadal ma potencjalną możliwość odrzucenia oferty Przystępującego, to nie można uznać odwołania co do zaniechania tej czynności za zasadne. Ostatnim momentem, w którym Zamawiający mógłby dokonać odrzucenia oferty Przystępującego, jest chwila poprzedzająca wybór najkorzystniejszej oferty. Zatem dopiero w sytuacji, gdyby Zamawiający dokonał wyboru danej oferty jako najkorzystniejszej i nie odrzucił danej oferty, można by w ogóle rozważać działanie Zamawiającego jako zaniechanie czynności odrzucenia oferty.

Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i trafnie uznał, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie niezgodności wyspecyfikowanych w treści informacji o odrzuceniu oferty. Odwołujący w treści odwołania przyznaje, iż w jego ofercie występują niezgodności jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W ocenie Odwołującego niezgodności w treści oferty podlegają wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stanowisko Odwołującego jest błędne. Charakter niezgodności oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przesądza o tym, że błędy te nie podlegają wyjaśnieniu ani poprawieniu. Przywołana przez Odwołującego procedura wyjaśnień wynikająca z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może prowadzić do zmiany treści oferty. Poza tym charakter popełnionych przez Odwołującego błędów nie pozwala na sprostowanie ich w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku w sprawie C-387/14 (Esaprojekt) stwierdził, że „z orzecznictwa wynika już, że zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”.

Odwołujący przyznał, że zaofiarowanie wtyczek 63A było rezultatem świadomego działania Odwołującego i błędnej interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Odwołującego, a nie efektem jego omyłki. Taki błąd w treści oferty nie podlega sprostowaniu. Jak zauważa się w doktrynie prawa, podobnie jak w przypadku

omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych,

niezamierzonych błędów - w żadnym wypadku za inną omyłkę nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy. Przy czym za omyłkę nie można uznać świadomego i zamierzonego działania wykonawcy, ale wynikającego z błędnego zrozumienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak zaś argumentuje Odwołujący w zakresie podstaw odrzucenia jego oferty wskazanych przez Zamawiającego w punkcie 1., 3., 5. i 6. informacji o odrzuceniu oferty. Skoro więc Odwołujący błędnie odczytał treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i następnie w sposób zamierzony złożył ofertę o treści niezgodnej ze specyfikacją - nawet jeżeli wówczas nie zdawał sobie z tego sprawy - to działanie Odwołującego nie może być zakwalifikowane jako omyłkowe.

W potocznym słownikowym rozumieniu „omyłka” to „spostreżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, niewłaściwe postępowanie, posunięcie; błąd, pomyłka”; „popełnienie błędu, błąd, pomyłka”; „pomyłka, zwykle drobna”. Uznać należy, że omyłka w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych to błąd, pomyłka wykonawcy, której skutkiem jest niezgodność jego oferty z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W kategoriach omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mieści się świadome wprowadzenie do treści oferty elementów

niezgodnych ze specyfikacją, gdyż świadomość działania wyklucza uznanie rezultatu za omyłkę. W konsekwencji nie sposób również umożliwić wykonawcy skorzystanie z dobrodziejstwa art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i dokonać poprawienia jego oferty w sytuacji, gdy celowo i świadomie złożył on ofertę nieodpowiadającą specyfikacji. Z istoty omyłki zakresem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych mogą zostać objęte tylko takie nieprawidłowości w ofertach wykonawców, które nie wynikają ze świadomego i celowego działania. Oczywiście jest, że ustalenie charakteru działania wykonawcy nie jest zadaniem łatwym, jednakże niejednokrotnie analiza okoliczności faktycznych związanych ze złożeniem oferty, jak i procesem wyjaśnienia ofert, może stanowić wystarczającą podstawę do ustalenia, czy złożenie oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wynika z nieświadomego działania wykonawcy mającego swoje źródło w braku należytej staranności, pośpiechu, czy też niewłaściwego rozumienia zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podobnie, jeżeli chodzi o podanie przez Odwołującego w ofercie parametrów, o których mowa w punkcie 7. informacji o odrzuceniu oferty - Odwołujący również nie popełnił omyłki, lecz świadomie zaoferował urządzenie o parametrach nie spełniających wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie kwestionuje parametrów technicznych tego urządzenia stwierdzonych przez Zamawiającego, a jedynie w nieuzasadniony sposób dokonuje korzystnej dla siebie interpretacji obiektywnego parametru technicznego, jakim jest chwilowe, maksymalne zużycie prądu.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi o poprawieniu oferty w przypadku jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale o poprawieniu omyłki i to rozróżnienie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, ma zasadnicze znaczenie. Omyłka musi być wykazana przez stronę, która się na nią powołuje, samo zaś wskazanie na niezgodność oferty ze specyfikacją nie stanowi wykazania omyłki. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał ani nie powołał się w ramach sformułowanych zarzutów na jakiegokolwiek okoliczności przemawiające za uznaniem, iż działanie Odwołującego przy przygotowaniu oferty było omyłkowe.

Niezrozumiały i nieuzasadniony jest zarzut Odwołującego naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w sprawie wyceny istotnej części składowej, jaką jest cena za wykonanie zakresu opcjonalnego.

Z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, uruchomienie procedury udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zatem postępowania nie wszczyna się, gdy zamawiający nie ma wątpliwości, że oferta nie zawiera ceny „rażąco niskiej”. Zamawiający nie powziął wątpliwości, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, tym samym nie miał obowiązku wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sam Odwołujący nie stawia zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Przystępującego, co powinno tym bardziej skutkować uznaniem zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych za bezzasadny.

Odwołujący pismem z 19 grudnia 2019 r., skierowanym do Zamawiającego, zgłosił zarzuty dotyczące oferty Przystępującego, podobne jak w treści odwołania. Z tego względu Zamawiający, pismem z 23 grudnia 2019 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, a Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia pismem z 7 stycznia 2020 r.

Zarzut sformułowany przez Odwołującego w kontekście rzekomego zaoferowania przez Przystępującego opcjonalnego zakresu zamówienia poniżej kosztów nie wskazuje jakichkolwiek okoliczności faktycznych mających przemawiać za jego prawidłowością i już z tego tylko powodu nie zasługuje na uwzględnienie. Przekonując, że Przystępujący zaoferował opcjonalny zakres przedmiotu zamówienia poniżej kosztów, Odwołujący ogranicza się do gołosłownego twierdzenia. Odwołujący nie wskazał żadnych sprecyzowanych faktów, nie odniósł do żadnych konkretnych informacji. Stanowisko Odwołującego nie pozwala również na polemikę z jego twierdzeniami. Dążąc do wykazania zasadności swojego zarzutu Odwołujący powinien szczegółowo uzasadnić, dlaczego uznaje, że wycena opcjonalnego zakresu zamówienia została zaoferowana przez Przystępującego

poniżej kosztów. Nieudowodniony pozostaje więc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, iż Przystępujący dokonał inżynierii cenowej polegającej na przeniesieniu kosztów wydłużenia gwarancji do zakresu gwarantowanego. Przystępujący zaprzecza, że zaniżał koszty wykonania prawa opcji i zaprzecza, że przenosił koszty wykonania opcji do zakresu gwarantowanego. Zarzuty Odwołującego pozostają gołosłowne. Wbrew zarzutom Odwołującego Przystępujący nie ujmował żadnych kosztów wykonania przedłużonej gwarancji w kosztach wykonania zakresu podstawowego. Odwołujący nie wykazał takiego faktu, a zatem zarzut naruszenia przepisów w tym zakresie jest bezpodstawny.

Nadto Odwołujący nie wskazał, jaki rzekomo przepis prawa łamie zachowanie Przystępującego ani jakie konkretne dobre obyczaje narusza. Nie wskazał i nie podał okoliczności, z jakich powodów należałoby uznać, że zachowanie Przystępującego zagraża interesom innego przedsiębiorcy.

Z kolei wystąpienie deliktu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji następuje w razie kumulatywnego wystąpienia następujących przesłanek: utrudnienia dostępu do rynku, które jest realizowane przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Tych okoliczności także nie skonkretyzował nie wykazał i nie udowodnił Odwołujący, co powoduje, że odwołanie jest w tym zakresie niezasadne i winno być oddalone.

Na gruncie specyfiki rynku sprzętu informatycznego nie sposób uznać, że 5-letnia gwarancja oferowana bez dodatkowych kosztów w stosunku do sprzętu zaoferowanego z 3-letnią gwarancją odbiega od standardów i realiów rynkowych. Na rynku sprzętu informatycznego często producenci/dystrybutorzy oferują standardowo 5-letnią gwarancję na dostarczany sprzęt.

## V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Katalog podstaw odrzucenia odwołania został zawarty w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i obejmuje następujące okoliczności:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych);
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;
- 6) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w ustawie Prawo zamówień publicznych;
- 7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Jest to katalog zamknięty i nie może być rozszerzany.

Przystępujący powołał się na art. 192 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 1184 § 2 ustawy Kodeks postępowania cywilnego w związku z art. 185 ust. 7 ustawy Prawo

zamówień publicznych oraz, podczas posiedzenia, na art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy te stanowią odpowiednio:

„O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych

przypadkach Izba wydaje postanowienie." (art. 192 ust. 1),

„W braku odmiennego uzgodnienia stron, sąd polubowny może, z zastrzeżeniem przepisów ustawy, prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy. Sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem." (art. 1184 § 2),

„Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sędzi polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej." (art. 185 ust. 7).

„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie" (art. 189 ust. 2 pkt 3).

Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z art. 1184 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego strony mogą uzgodnić zasady i sposób postępowania przed sądem polubownym, ale jeżeli przepis ustawy nie stanowi inaczej. Natomiast przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych określiły sposób postępowania w zakresie odrzucenia odwołania. Poza tym Odwołujący nie wykazywał chęci ustalenia dodatkowych przesłanek odrzucenia części odwołania - nawet jeśli te nie zostałyby już w sposób obligatoryjny ustalone w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rzeczywiście, obecne brzmienie art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie określa ani konkretnej chwili powiadomienia wykonawców o poszczególnych czynnościach, ani nie nakłada obowiązku równoczesnego informowania o wszystkich czynnościach.

Niewątpliwie dlatego, że nie wszystkie z tych czynności następują jednocześnie. Jednak nie

oznacza to, że zamawiający nie jest zobowiązany do zachowania zarówno uczciwej konkurencji, jak i przejrzystości postępowania - jest to bowiem ogólny wymóg prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie może też poprzez swoje działanie pozbawiać wykonawców przysługujących im praw, w tym do korzystania ze środków ochrony prawnej. Tym samym te same czynności wobec ofert powinien dokonywać równocześnie. Nie jest też proceduralnie prawidłowe, by uznać daną ofertę za najwyższej ocenioną bez dokonania jej poprzedniego badania pod względem podstaw odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy. Słusznie zatem Odwołujący uważa, że jeśli jego oferta została odrzucona, a oferta Przystępującego nie - a przy tym Przystępujący został wezwany do przedstawienia dokumentów i próbki w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - to Zamawiający uznał, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu. Tym bardziej, że wskazywana potencjalna podstawa odrzucenia została już wcześniej ujawniona.

Rację ma Zamawiający, że decyzję o odrzuceniu oferty może podjąć również w chwili późniejszej - przed dokonaniem jej oficjalnego wyboru jako oferty najkorzystniejszej (a nawet po dokonaniu takiego wyboru, a przed zawarciem umowy), ale co do zasady powinno dotyczyć to okoliczności, które wcześniej nie ujawniły się, a nie wynikać ze zwłoki w podjęciu konkretnej decyzji. Przy tym - co słusznie podniósł Odwołujący - w sytuacji, w której jego oferta została odrzucona, zobowiązany był on wobec tego faktu wnieść odwołanie już na obecnym etapie. Zatem jeżeli Izba uznałaby odrzucenie jego oferty za prawidłowe, na późniejszym etapie - wyboru oferty najkorzystniejszej - z dużym prawdopodobieństwem odmówiono by mu prawa do wniesienia odwołania wobec tej decyzji jako podmiotowi, który nie bierze już udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że wniesione odwołanie powinno podlegać rozpoznaniu również w zakresie dotyczącym Przystępującego.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami oraz treść oferty Odwołującego i Przystępującego) w zakresie postawionych zarzutów nie jest sporny między Stronami i Przystępującym. Jakkolwiek Strony i Przystępujący przedstawiali odmienne stanowiska, żaden z nich nie kwestionował ani prawdziwości przedkładanych dokumentów ani faktów, na które się powoływali.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie przedstawionych dokumentów oraz stanowisk Stron i Przystępującego Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jego oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty, zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania,

3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia w treści oferty Odwołującego tzw. innych omyłek,

Wskazane przepisy brzmią następująco:

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem.

Art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych: „1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.”

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 1. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na postanowienie części IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia - specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1, tabela 1. Parametry miejsc instalacji w centrach KDM, wiersz „złącza energetyczne (3L+N+PE)”, kolumny dotyczące Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica Akademickie Centrum Komputerowe Cyfronet (Cyfronet) oraz dla Politechniki Wrocławskiej (WCSS), w których określił wartości dla złącz energetycznych: dla Cyfronetu 4x3x32A oraz dla WCSS 2x3x32A, zaś Odwołujący w załączniku nr 3 do oferty - Schemat systemu zasilania klastra dla zadania nr 1 zaoferował wtyczki 63A, co Zamawiający uznał za niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. podstawę odrzucenia wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo Zamawiający uznał to rozwiązanie za niekorzystne dla siebie.

Odwołujący nie kwestionował tego, że zaoferował wtyczki 63A, jednak oświadczył, że jego celem nie było zachowanie niezgodne z wymaganiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz, w jego ocenie, z jej treści wynikało, że opisuje ona stan obecny, a nie było w niej zakazu zmiany rodzaju wtyczek - przy tym zadaniem wykonawców było opracowanie koncepcji instalacji przedmiotu zamówienia, czemu służył m.in. wymagany przez Zamawiającego załącznik nr 3 do oferty - Schemat systemu zasilania klastra. Tym samym jest to z jego strony omyłka i zostały spełnione przesłanki poprawienia jego oferty w tym zakresie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że w tym przypadku możliwe jest poprawienie oferty Odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może i powinien poprawić w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W przeciwieństwie do punktu 1. i 2. ustawodawca nie określił, że omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia mają być oczywiste, nie określi też, na czym mogą, a na czym nie mogą polegać. Przy tym każdą stwierdzoną niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, aby zakwalifikować ją jako omyłkę lub nie, ocenia się indywidualnie - zarówno pod względem jej rodzaju, jak i powodu wystąpienia. Oraz - następnie - pod względem istotności dla treści oferty.

Omyłka, o której mowa w ww. przepisie nie musi być więc jedynie omyłką w wyrażeniu woli wynikającą de facto z błędu analogicznego do błędu pisarskiego, czy wynikać z braku świadomości wykonawcy. W niektórych wypadkach może dotyczyć również interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezgodnej z założeniem zamawiającego. Przy tym - jak wskazano - ocenie podlega również istotność tej rozbieżności i potencjalnej zmiany oferty.

W przedmiotowym przypadku Odwołujący oświadczył, że jego celem było polepszenie jakości połączeń w planowanej instalacji, jednak nie zamierzał zmieniać wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym jego omyłka polegała na błędnym zrozumieniu założeń Zamawiającego. Przy tym nie podnoszono, że zmiana rodzaju wtyczki z zakładanych w ofercie 63A na 32A, jak wskazano w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest trudna czy istotna.

Tym samym, w ocenie Izby, możliwe jest dokonanie powyższej zmiany.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 2. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując na niezgodność oferty z częścią IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia - specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 w punkcie 3.1.1.2 ppkt 4, w którym określił parametr „co najmniej 4 porty 10 Gbit Ethernet z interfejsami/obsadzone wkładkami SFP\* LC”, zaś Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 1 Klaster obliczeniowy w poz. 1.2. Serwery usługowe HPC, wiersz Adaptery sieciowe (liczba i typ, producent i model) zaoferował: Liczba: 1, Typ: PCIe Adapter, Producent: Qlogic. Model:

FastLinQ 41112 Dual Port 1 OGb/s SFP\* Adapter, co daje 2 porty 10 Gbit Ethernet, a nie, jak wymagał Zamawiający - 4.

Zamawiający uznał zarzut odwołania odnoszący się do punktu 2. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego za słuszny. Przystępujący nie wniósł w tym zakresie sprzeciwu.

Tym samym Izba uznała ten zarzut za zasługujący na uwzględnienie - jednak, wobec innych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, nie ma to wpływu na sytuację Odwołującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 3. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując na niezgodność oferty z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w kryteriach technicznych - kryterium KT(9), w którym Zamawiający określił wymóg „Możliwość ciągłej i stabilnej pracy z zadeklarowaną wydajnością obliczeniową oraz efektywnością obliczeniową dla temperatur/chłodziwa w obiegu pierwotnym (budynkowym) co najmniej 35°C oraz obiegu klastra (temperatura wejściowa chłodziwa dla wymienników na procesorach CPU)”, zaś Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 1 Klaster obliczeniowy w poz. 5.2. „Maksymalna temperatura chłodziwa w obiegu pierwotnym dla ciągłej i stabilnej pracy systemu” zaoferował wartość 32°C.

Odwołujący wskazywał na brak jasności wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie, zwłaszcza fakt, że Zamawiający wymóg dotyczący temperatury chłodziwa zawarł nie w opisie przedmiotu zamówienia, lecz jedynie w kryterium KT(9), które ze swojej istoty - jako kryterium oceny ofert - dotyczy wymogów fakultatywnych, a nie obligatoryjnych, zatem podniesiona przez Zamawiającego okoliczność może skutkować nieuzyskaniem punktów w kryterium technicznym, lecz nie odrzuceniem. Odwołujący jednocześnie wyjaśnił, iż we wskazanym przez Zamawiającego punkcie oferty omyłkowo podał wartość 32°C zamiast 35°C, która to wartość wynika z faktu, że w ofercie zadeklarował również spełnienie wymogu z kryterium KT(9).

Zamawiający podkreślał, że podstawa odrzucenia oferty Odwołującego nie dotyczyła parametru deklarowanego w ramach kryterium oceny ofert KT(9), w którym przyznawana punktacja dotyczyła temperatury chłodziwa umożliwiającej ciągłą i stabilną pracę systemu w obiegu kłastr (temperatura wejściowa chłodziwa dla wymienników na procesorach CPU), a nie w obiegu pierwotnym (budynkowym), co do którego w punkcie 1.16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tabela 1, pkt KT(9), zdefiniowano wyraźnie, iż wymagane jest zapewnienie możliwości ciągłej i stabilnej pracy z zadeklarowaną wydajnością obliczeniową oraz efektywnością obliczeniową przy temperaturze chłodziwa co najmniej 35°C, co było wymogiem bezwzględnym.

Zdaniem Izby stanowisko Odwołującego w zakresie niejednoznaczności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia potwierdza już sam fakt, że Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz podczas rozprawy jako podstawę wymogu rzeczywiście wskazywał opis kryterium KT(9), a nie opis przedmiotu zamówienia.

Ma też rację Zamawiający, że opis kryterium KT(9) składał się z dwóch części, co prawda dotyczących temperatury chłodziwa, lecz nie do końca ze sobą powiązanych - przy czym część dotycząca „możliwości ciągłej i stabilnej pracy z zadeklarowaną wydajnością obliczeniową oraz efektywnością obliczeniową dla temperatur chłodziwa w obiegu pierwotnym (budynkowym) co najmniej 35°C” została przez Zamawiającego wpisana jako stwierdzenie, co do którego wykonawca nie musiał ze swojej strony deklarować żadnych parametrów. Zakres temperatur, który podlegał deklaracji i był punktowany, dotyczył wyłącznie drugiej części, tj. obiegu chłodziwa w klastrze (temperatura wejściowa chłodziwa dla wymienników na procesorach CPU).

W opisie tego kryterium Zamawiający wskazał jedynie, że przyzna odpowiednią liczbę punktów, gdy temperatura wejściowa chłodziwa dla wymienników na procesorach CPU będzie mieściła się w podanych zakresach, w tym 0 punktów, gdy będzie niższa od wymaganej przez niego.

Tym samym Zamawiający nie wprowadził żadnej sankcji za niespełnienie części pierwszej wymogu, tj. możliwości ciągłej i stabilnej pracy z zadeklarowaną wydajnością obliczeniową oraz efektywnością obliczeniową dla temperatur chłodziwa w obiegu pierwotnym (budynkowym) innym niż co najmniej 35°C.

Taka konstrukcja specyfikacji istotnych warunków zamówienia prawdopodobnie była błędem Zamawiającego, jednak przy istniejącej treści nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 4. i 5. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Izba stwierdziła, co następuje.

Obie przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego są analogiczne.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując w punkcie 4. na jej niezgodność

z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - we wzorze formularza oferty (pkt 5.1) oraz w odpowiedzi na pytanie nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 5 listopada 2019 r. w zakresie minimalnej pojemności kompletu serwerów Ceph, tj. min. 0.896 PB per komplet. Odwołujący zaś w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 2 - System składowania danych w poz. 6.1. Serwery dyskowe Ceph dla ośrodków RDM w wierszu „Dyski HDD 3,5 na dane (liczba, producent, model, pojemność katalogowa)” zaoferował wartość „Liczba: 12, Producent: WDC, Model: Ultrastar DC HC520, Pojemność: 12TB”. Zaoferowane wartości dają pojemność 144 TB per serwer oraz 576 TB, tj. 0,576 PB per komplet. Także wskazany przez Odwołującego w punkcie 6.1 oferty model serwera Supermicro 6019P-ACR12L mieści maksimum 12 napędów 3,5” i niemożliwe jest zastosowanie w serwerze większej liczby napędów 3,5” niż 12 sztuk, co uniemożliwia konfigurację wymaganej pojemności przy użyciu napędów HDD 3,5, nie jest tym samym możliwa nawet teoretycznie zmiana zapewniająca poprawność

złożonej oferty.

Podobnie w punkcie 5. informacji o odrzuceniu Zamawiający wskazał, że Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 2 - System składowania danych w poz. 6.2. Serwery dyskowe Ceph dla ośrodków MAN w wierszu „Dyski HDD 3,5” na dane (liczba, producent, model, pojemność katalogowa)” zaoferował wartość „Liczba: 12. Producent: WDC, Model: 1TC520 12TB SATA Enterprise 7k2rpm, Pojemność: 12TB”, co daje pojemność 144 TB per serwer oraz 576 TB, tj. 0,576 PB per komplet. Tymczasem minimalna pojemność kompletu serwerów Ceph określona została w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - we wzorze formularza oferty (pkt 5.2) oraz w odpowiedzi na pytanie nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 5 listopada 2019 r. jako min. 0,896 PB per komplet. Podany przez Odwołującego w punkcie 6.2 oferty model serwera Supermicro 6019P-ACR12L mieści maksimum 12 napędów 3,5” i niemożliwe jest zastosowanie w serwerze większej liczby napędów 3,5” niż 12 sztuk, co uniemożliwia konfigurację wymaganej pojemności przy użyciu napędów HDD 3,5”, zatem nie jest możliwa zmiana zapewniająca poprawność złożonej oferty.

Odwołujący nie kwestionował możliwości technicznych umieszczenia w oferowanym serwerze 12 dysków 3,5”, lecz powołał się na niekompletność zawartego w ofercie opisu, w którym nie ujął informacji, że zostaną zainstalowane dodatkowe dyski na dodatkowych półkach. Wskazał jednocześnie, że powinno to zostać przez Zamawiającego wyjaśnione i poprawione w trybie art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał także, że w części oferty zawierającej wycenę opis pozycji dotyczy prawidłowej pojemności dysków.

W ocenie Izby proponowana przez Odwołującego zmiana oferty wykracza poza możliwości określone art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Ust. 1a dotyczy trybu dialogu konkurencyjnego i nie ma zastosowania w niniejszej sprawie. Natomiast z dyspozycji ust. 2 wynika, że zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający mógłby zatem poprosić Odwołującego o wyjaśnienie oferty, lecz nie mogłoby to skutkować dokonaniem zmiany w treści oferty. W tym bowiem wypadku, niezależnie od tego, czy zaistniała sytuacja wynikała z omyłki lub niedokładności oferenta, byłoby to nie jedynie poprawienie omyłki, lecz ustalenie jej treści - odmiennej od istniejącej, co wkraczałoby w zakres zakazu prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Ingerencja Zamawiającego nie dotyczyłaby bowiem jedynie poprawienia omyłkowo podanej liczby dysków, tj. zmiany liczby dysków z 12 na 17 (lub więcej), czyli poprawienia liczby „12” na inną, co mogłoby ewentualnie zrobić, gdyby takie były bezpośrednie możliwości techniczne oferowanych serwerów. Nie polegałaby także na wyjaśnieniu, w jaki sposób Odwołujący zamierza rozwiązać kwestię techniczną oferując 17 dysków przy wskazaniu przez producenta maksymalnej liczby 12 dysków - gdyby wykonawca podał w ofercie liczbę 17 (lub wyższą).

W istniejącej sytuacji Zamawiający musiałby najpierw poprosić Odwołującego o wyjaśnienie zaoferowanego rozwiązania, a następnie na jego podstawie opisać w ofercie de facto nowe rozwiązanie techniczne, tj. wskazać nową liczbę dysków oraz fakt instalacji ich na dodatkowych półkach (czy to bezpośrednio wpisać informację o półkach w formularzu, czy też milcząco - bez wpisywania - przyjąć w ramach wyjaśnień).

Zdaniem Izby jest to klasyczny przykład negocjowania oferty po jej złożeniu, zakazany art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszający obowiązek równego traktowania wykonawców i przejrzystości prowadzenia postępowania przetargowego, wykraczający poza zakres art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby w tym przypadku przygotowany przez Zamawiającego formularz nie uniemożliwiał Odwołującemu prawidłowego przygotowania oferty, a w szczególności wskazania liczby dysków innej niż 12 (Odwołujący mógł wpisać dowolną liczbę, nawet bez podania informacji o dodatkowych półkach).

Przy tym, wobec nieprawidłowego określenia zakresu oferty i niemożności jego poprawienia, nawet jeśli Odwołujący rzeczywiście prawidłowo wycenił liczbę dysków, nie ma to przesądzającego znaczenia.

Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 „gdy zostanie dokonana selekcja kandydatów i złożone zostaną ich oferty, zasadniczo nie mogą one zostać zmienione ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy kandydata. Zasada równego traktowania kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości sprzeciwiają się bowiem wszelkim negocjacjom pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatami. Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. Ponadto z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci. (...) Jednakże wskazany art. 2 nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Wskazany artykuł nie sprzeciwia się zatem również temu, by w ustawodawstwie krajowym istniał taki przepis (.) wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.”

Tym samym, w ocenie Izby, w tym zakresie Zamawiający prawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uznając, że oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 6. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na postanowienie części IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia - specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2, sekcja Serwery usługowe dla systemów przechowywania danych: „Wymagania dla serwerów usługowych dla systemów przechowywania danych są identyczne jak wymagania dla serwerów usługowych klastra obliczeniowego z wyłączeniem następujących punktów.”, przy czym minimalną pojemność pamięci operacyjnej RAM określono w punkcie 3.1.1.2 pkt 2.7, zgodnie z którym serwer musi mieć zainstalowane co najmniej 384 GB pamięci. Tymczasem Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 2 System składowania danych w poz. 6.1 Serwery usługowe dla systemów przechowywania danych dla ośrodków KDM w wierszu „Pamięć RAM (liczba i typ modułów, producent i model)” zaoferował wartość „Liczba: 12, Typ: DDR4 DIMM, Producent: Dell, Model: 16GB RD1MM, 2933MT/S”, co daje pojemność 192 GB RAM. Przy tym pojemność pamięci w zaoferowanym serwerze wyliczono jako iloczyn liczby modułów pamięci RAM (12 szt) oraz pojemności katalogowej modułu (16 GB).

Odwołujący oświadczył, że omyłkowo określił rozmiar jednego modułu pamięci jako 16 GB, zamiast 32 GB, jednak treść otrzymanej od producenta oferty potwierdza, że skalkulowane zostały oraz faktycznie zaoferowane moduły o pojemności 32 GB, zaś Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zmiana tego rodzaju jest nieistotna, o czym świadczy choćby odniesienie jej do całego zakresu zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego niezgodność oferty z wymaganiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia była jednoznaczna, a Zamawiający nie dysponował możliwością samodzielnego

jej poprawienia i ustalenia wartości podlegającej wpisaniu w ofercie Odwołującego. Sam zaś Odwołujący nie wykazał ani omyłkowego charakteru wskazanej nieprawidłowości (w jaki sposób doszło do błędnego wpisania wartości) ani też, iż poprawka ta nie spowoduje istotnych zmian treści oferty. Pamięci 32 GB są znacząco droższe od modułów pamięci 16 GB, a dwukrotne zmniejszenie pamięci operacyjnej w serwerze w sposób istotny zmniejsza cenę złożonej oferty.

W ocenie Izby Zamawiający - znając wartość wpisaną i oczekiwaną - w tym wypadku mógł dokonać samodzielnego poprawienia przedmiotowej niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bez wzywania Odwołującego do jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie, zastępując liczbę „16” liczbą „32” - jeśli jego czynność miałaby polegać wyłącznie na samej takiej korekcie. Przy tym bez dokonania zmiany ceny oferty.

Jak wynika bezpośrednio z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający dokonuje poprawienia stwierdzonej omyłki, po czym informuje o tym wykonawcę. Wykonawca ze swojej strony albo taką korektę akceptuje, albo nie - o czym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym, jeśli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, jego oferta podlega odrzuceniu. Zatem zamawiający nie musi przejmować się potencjalnym wpływem dokonanej poprawki na cenę oferty - jeśli wykonawca rzeczywiście nie ujął wymaganych elementów w cenie oferty, a są one znaczące kosztowo, wykonawca ma prawo uznać zmianę za nieakceptowalną i nie wyrazić zgody na zmianę oferty.

Przy tym Odwołujący stał na stanowisku, że w cenie oferty ujęta została prawidłowa pojemność pamięci operacyjnej RAM.

Co zaś do omyłkowego charakteru przedmiotowej nieprawidłowości - nie wskazano żadnych konkretnych podstaw, które pozwalałyby przyjąć, że Odwołujący celowo zaoferował mniejszą pojemność pamięci operacyjnej RAM niż minimalna wymagana przez Zamawiającego. Takie jego zachowanie z założenia byłoby nieracjonalne, ponieważ w oczywisty sposób musiałoby prowadzić do odrzucenia oferty, a zatem samo jej składanie byłoby pozbawione sensu, co przeczyłoby istocie działań biznesowych podmiotów prowadzących działalność w celu osiągnięcia zysku.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 7. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia: zadanie 2. pkt A Infrastruktura klastrowego systemu plików dużej wydajności, ppkt 1. Wymagania dla klastra wysoko wydajnego systemu plików dla HPC:, ppkt 3. Wymagana minimalna konfiguracja dla pojedynczego zasobu dyskowego HDD:, ppkt 9. Zasilanie:, ppkt a) „Chwilowe, maksymalne zużycie prądu pojedynczego urządzenia nie może przekraczać 1,4 kW”. Tymczasem Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty - Opis techniczny dla zadania nr 2 w poz. 4.1. Węzeł dla danych systemu plików dla HPC zaoferował urządzenie Dell ME484 Storage Expansion Enclosure, zaś według specyfikacji technicznej tego urządzenia, dostępnej na stronie firmy Dell „Power/wattage” urządzenia wynosi 2200 W.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób dowolny odrzucił jego ofertę z powołaniem się na niespełnienie przez urządzenie Dell ME484 Storage Expansion Enclosure wymogu w zakresie poboru mocy. Zamawiający określił chwilowe, maksymalne zużycie prądu pojedynczego urządzenia jako nieprzekraczające 1,4 kW (przy czym nie było sporne między Stronami, że Zamawiającemu chodziło o maksymalny chwilowy pobór energii elektrycznej odpowiadający mocy 1,4 kW). Odrzucając ofertę Zamawiający wskazał parametr oferowanego urządzenia: „Base System Power/wattage: 2200W”, podany w karcie katalogowej, który określa maksymalną moc zasilacza zainstalowanego w urządzeniu, a nie rzeczywisty pobór mocy przez urządzenie w oferowanej konfiguracji. Sam zasilacz ma moc znacznie przekraczającą rzeczywisty jej pobór przez urządzenie, więc nie można uznać, że moc zasilacza określa maksymalny pobór mocy urządzenia.

Odwołujący przedstawił też oświadczenie złożone w imieniu producenta urządzeń, firmy Dell, z którego wynika, że rzeczywisty pobór mocy przez urządzenie w oferowanej konfiguracji nie przekracza 1,4 kW.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, że informacje zawarte w specyfikacji urządzenia Dell ME484 Storage Expansion Enclosure nie pozwalają na stwierdzenie zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ani przyjęcie twierdzeń Odwołującego. Specyfikacja produktu ME484 określa moc urządzenia jako 2200 W, czyli przewyższającą

dozwołoną maksymalną wartość 1,4 kW. Wobec tego nie było dopuszczalne samo opieranie się na deklaracjach i zapewnieniach Odwołującego lub podmiotów trzecich, a wzywianie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień było bezprzedmiotowe, nie można byłoby bowiem uwzględnić wyjaśnień dopuszczających zmianę oferowanego urządzenia, a z oferty Odwołującego nie wynikało, że oferuje urządzenie o właściwościach innych niż opisane w oficjalnej dokumentacji. Zamawiający określił w specyfikacji chwilowe, maksymalne zużycie prądu pojedynczego urządzenia, a nie wartość średniego zużycia prądu, o którym Odwołujący pisze w odwołaniu. Chwilowe, maksymalne zużycie prądu pojedynczego urządzenia jest limitowane w praktyce możliwościami jego zasilacza.

W przedstawionym przez Odwołującego podczas rozprawy oświadczeniu z 24 stycznia 2020 r., złożonym w imieniu producenta zasilaczy, firmę Dell Sp. z o.o., oświadczone, że „zaoferowany podsystem dyskowy na potrzeby węzła danych systemu plików dla HPC - Dell ME 484 Storage Expansion Enclosure charakteryzuje się dla zaoferowanej konfiguracji chwilową, maksymalną mocą nie przekraczającą 1,4 kW”.

Zamawiający nie przedstawił dowodów podważających oświadczenie producenta.

Tym samym Izba uznała je za przesądzające przedmiotową kwestię, a ofertę w tym zakresie za zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Ze względu jednak na to, że potwierdziły się podstawy odrzucenia oferty wskazane w punkcie 4. i 5. informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Izba finalnie uznała treść oferty Odwołującego za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo

zaniżenia kosztu wykonania prawa opcji i równoczesnego przeniesienia kosztów tej części zamówienia do zakresu gwarantowanego, co miało na celu uzyskanie przewagi punktowej

w kryterium cenowym oraz uzyskanie wynagrodzenia przed wykonaniem danego zakresu,

2. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo popełnienia przez tego wykonawcę błędu w obliczeniu ceny polegającego na zaniechaniu ujęcia kosztów wykonania zakresu opcjonalnego w dedykowanej za ten zakres cenie oferty, odrębnej od ceny za zakres podstawowy,

3. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w sprawie wyceny istotnej części składowej, jaką jest cena za wykonanie zakresu opcjonalnego,

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo uwzględnienia kosztów wykonania zakresu opcjonalnego w cenie oferty za zadania 1-3, co stoi w sprzeczności z wymaganiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym odrębnej wyceny zakresu opcjonalnego od zakresu podstawowego.

Wskazane przepisy stanowią:

Art. 89 ust. 1: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (.)

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; (.)

6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”.

Art. 90 ust. 1: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r.;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.”

art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010): „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”

Przywołane przepisy odnoszą się do jednej okoliczności, tj. zaoferowania przez Przystępującego ceny za zakres opcjonalny wydłużenia gwarancji na serwery obliczeniowe na 4. i 5. rok, wynoszącej 0,01 zł brutto, podczas gdy zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zakres zamówienia dotyczący wydłużenia gwarancji na 4. i 5. rok nie jest objęty zamówieniem podstawowym, zatem koszt nie może być ujęty w cenie oferty za zadania 1-3 (zakres podstawowy). Poza tym podana przez Przystępującego cena 0,01 zł brutto nie pokrywa kosztów wykonania usługi.

Przy tym przeniesienie kosztów zakresu opcjonalnego do ceny za gwarantowany zakres podstawowy, w sytuacji, w której koszt zakresu opcjonalnego stanowi samodzielne, cenowe kryterium oceny ofert, powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem poprzez instrumentalne wykorzystanie kryteriów oceny ofert i zaoferowanie nierealnej ceny 0,01 zł wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów w kryterium, a wykonawca oferujący cenę realną - 0 punktów. Przy tym Zamawiający, wbrew wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmuszony jest do zapłacenia „z góry” za wykonanie zakresu opcjonalnego.

Takie działanie zagraża interesom wykonawcy, który prawidłowo i zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego skalkulował ceny za poszczególne usługi, i znalazł się w gorszej sytuacji, co utrudniło mu dostęp do rynku.

Nie sposób przyjąć, że cena 0,01 zł brutto obejmuje koszty wykonania zakresu opcjonalnego, co z kolei prowadzi do wniosku, że koszty w tym zakresie zostały skalkulowane w innej pozycji. Brak zastosowania się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie sposobu ukształtowania ceny oferty za zakres opcjonalny oznacza ponadto niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i rodzi konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Cena za wykonanie zakresu opcjonalnego odnosi się do istotnej części składowej oferty. Dodatkowo oceniana jest w dedykowanym kryterium oceny ofert. W tych okolicznościach, wypełnione zostały przesłanki do wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący wyjaśnił, że producent oferowanego sprzętu, firma Huawei, zaoferował 5-letnią gwarancję jako gwarancję standardową, zatem stanowi ona integralny koszt kupowanego sprzętu. Sam zaś Przystępujący nie ponosi żadnych kosztów związanych z gwarancją - wszystko pokrywa firma Huawei - stąd też wycena w wysokości 0,01 zł. Zdaniem Przystępującego 5-letnia gwarancja oferowana bez dodatkowych kosztów w stosunku do sprzętu zaoferowanego z 3-letnią gwarancją nie odbiega od standardów i realiów rynkowych, gdyż na rynku sprzętu informatycznego często producenci/dystrybutorzy oferują standardowo 5-letnią gwarancję na dostarczany sprzęt.

Odnosząc się ogólnie do powyższych kwestii jako zagadnienia prawnego, Izba stwierdziła, co następuje.

Nie było sporne pomiędzy Stronami oraz Przystępującym, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia przewidywała konstrukcję wyceny oferowanego sprzętu - odrębnie zakup serwerów obliczeniowych i ich 3-letnią gwarancję oraz wydłużenie gwarancji na serwery obliczeniowe na 4. i 5. rok, co stanowiło jedno z kryteriów oceny ofert.

W związku z powyższym odmienna wycena stanowi niewątpliwie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy tym nie podlegającą ewentualnemu poprawieniu (ani Zamawiający, ani wykonawca nie mógłby dokonać ponownej, odmiennej wyceny żadnego z tych zakresów czy relokacji części ceny). Przy tym ewentualnego działania wykonawcy polegającego na takiej wycenie nie można uznać za działanie omyłkowe. Tym samym oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, zdaniem Izby, wystąpienie przesłanki niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia konsumuje wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłankę błędu w obliczeniu ceny polegającego na obliczeniu ceny niezgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (jest to po prostu niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Ze względu zaś na konstrukcję kryteriów oceny ofert, w którym cena za opcjonalne wydłużenie gwarancji na serwery obliczeniowe na 4. i 5. rok jest punktowana osobno od kryterium ceny oferty, działanie polegające na niezgodnej z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wycenie oferty stanowi naruszenie uczciwej konkurencji i podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, na co Izba już wielokrotnie wskazywała w swoich orzeczeniach. W ten sposób bowiem wykonawca niesłusznie może uzyskać dodatkowe punkty, pomimo że jego oferta nie tylko nie jest korzystniejsza od ofert innych wykonawców, ale też wręcz może być mniej korzystna, gdyż zamawiający musiałby opłacić koszt dodatkowej gwarancji już w momencie zakupu serwerów, co nie było jego intencją ani nie jest dla niego korzystne. Jest to zatem ewidentne działanie na niekorzyść klienta, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy tym niezgodne zarówno z przepisami, jak i dobrymi obyczajami, które wymagają od przedsiębiorców działania w warunkach uczciwej konkurencji - a od zamawiającego dbałości, by tak się działo (uczciwa konkurencja, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dotyczy jedynie własnych działań zamawiającego, ale też dbałości o całokształt postępowania - wyrazem tego jest m.in. sankcja przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Jednocześnie jest to też działanie na niekorzyść konkurentów, którzy - jak wskazał Odwołujący w odwołaniu - w przypadku zaakceptowania przez zamawiającego takiego działania, znajdują się w gorszej sytuacji przez to, że sporządzili ofertę zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy jeden z wykonawców nie.

Przy tym nie ma znaczenia, czy tak działający wykonawca dzięki swoim zabiegom finalnie uzyskałby w ten sposób przewagę punktową - jest to bowiem tylko dzieło przypadku, w jaki sposób w danej sytuacji ułoży się punktacja pomiędzy ofertami lub też które oferty zostaną odrzucone.

Jednocześnie w tym stanie faktycznym - sugerowane przez Odwołującego działanie Przystępującego, tj. ujęcie kosztów 2-letniej gwarancji w innej pozycji - nie świadczy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny, nawet w stosunku do „istotnej części składowej” oferty (zwłaszcza wobec globalnej ceny oferty), budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego za wskazaną cenę. Zwłaszcza że Odwołujący sam nie podnosi wątpliwości, iż zamówienia nie da się zaaoferowaną cenę wykonać, ale wręcz wskazuje, że przez taki sposób wyceny Zamawiający zapłaci w pierwszym etapie realizacji zamówienia (zamówieniu podstawowym) więcej niż powinien - w czym zresztą upatruje działania na niekorzyść Zamawiającego.

Co do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy też zwrócić uwagę, że podnoszony zarzut należy sformułować, włącznie z przedstawieniem jego uzasadnienia, nie zaś jedynie go mimochodem „rzucić” w odwołaniu.

Odnosząc się zaś do zaistniałej w postępowaniu sytuacji Izba stwierdziła, co następuje. Zamawiający przed wniesieniem odwołania poprosił Przystępującego o wyjaśnienie przedmiotowej kwestii, jednak wyłącznie poprzez ustosunkowanie się do pisma

Odwolującego, w którym podnosił on analogiczne wątpliwości co do wyceny oferty. Zamawiający - jak twierdził podczas posiedzenia - nie dokonał też analizy ani oceny udzielonych wyjaśnień.

Ze względu na brak konkretnego i zdecydowanego działania Zamawiającego w tym zakresie, w szczególności brak z jego strony wskazania konkretnych zagadnień do wyjaśnienia oraz kierunek wyjaśnień udzielonych podczas rozprawy przez Przystępującego, Izba nakazała jak w sentencji - wezwanie Przystępującego do wyjaśnień.

Jednocześnie Izba wskazuje, że - wobec tak sformułowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków wyceny opcjonalnego wydłużenia gwarancji na serwery obliczeniowe na 4. i 5. rok - akceptacja ceny 0,01 złotych za dwa lata gwarancji może nastąpić wyłącznie przy jednoczesnym wykazaniu przez Przystępującego, że, po pierwsze, nie jest to sposób rozłożenia kosztów gwarancji (czyli de facto wliczenia ich w cenę zakupu) przewidziany dla tego konkretnego zamówienia, lecz standardowy sposób udzielania gwarancji przez Huawei - co najmniej dla porównywalnie dużych klientów (wiadomo, że mali klienci indywidualni mogą być traktowani odmiennie). W związku z powyższym taka sama cena zakupu odnosiłaby się zarówno do sprzętu z 5-letnią, jak i 3-letnią gwarancją.

Po drugie, że Przystępujący wykaże - jak twierdził - iż cały ciężar gwarancji w 4. i 5. roku przejmie Huawei, a Przystępujący nie poniesie w tego tytułu żadnych kosztów (wyższych niż zaoferowany 1 grosz).

W obu przypadkach mowa jest o zakresie gwarancji nie mniejszym niż wymagał Zamawiający.

Co zaś do przedstawionych podczas rozprawy dowodów. Odwołujący przedstawił opracowanie, z którego wynika, że Huawei udziela rocznej gwarancji, lecz w ocenie Izby nie jest ono na tyle miarodajne, by samodzielnie uznać je za przesądzające, że rzeczywiście tak jest. Zwłaszcza, że na gruncie praktyki udzielania gwarancji w krajach Unii Europejskiej jest to dość krótki okres.

Izba nie uznała również za miarodajne warunków gwarancji firmy Huawei przedstawionych przez Przystępującego w wyjaśnieniach - również z nich nie wynika bowiem, że są to standardowe warunki dla wszystkich klientów (przynajmniej porównywalnych do Zamawiającego) i w cenie zakupu nie ujęto przedłużonego okresu gwarancji. Co więcej - pomijając fakt, czy mają one w ogóle cechy tajemnicy przedsiębiorstwa - samo stwierdzenie w tym dokumencie, że warunki gwarancji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przeczy założeniu, że są one standardowe - w takim przypadku byłyby bowiem publicznie dostępne jako powszechnie oferowane, a nie objęte tajemnicą.

Izba nie uznała także za miarodajne wydruków przedstawionych przez Przystępującego jako dowody na potwierdzenie zwyczaju oferowania na rynku informatycznym 5-letniej gwarancji na poszczególne urządzenia i podzespoły jako złożonych przez Przystępującego z zastrzeżeniem, że nie dotyczą elementów zaoferowanych Zamawiającemu - skoro nie dotyczą elementów zaoferowanych przez Przystępującego w tym postępowaniu przetargowym.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając - po połowie - poniesione przez Odwołującego koszty wpisu w wysokości 15.000 złotych i koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący: .....

