

WYROK

z 6 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 3 grudnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 listopada 2021 r. przez odwołującego: B. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Dabacom B. R. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy IT Systems and Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego B. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Dabacom B. R. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Dostawa 2 sztuk serwerów typu RACK wraz z usługą wsparcia technicznego oraz oprogramowania Business Intelligence”, nr postępowania: BA.WZP.26.44.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 października 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00235313.

3 grudnia 2021 r. wykonawca B. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Dabacom B. R. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, kiedy to w rzeczywistości oferta Odwołującego spełniała wszystkie wymagania i parametry techniczne, a co więcej - zaoferowany przez Odwołującego sprzęt posiadał częściowo wyższe parametry, niż wymagane przez Zamawiającego, tj. dwa procesory, zamiast jednego;
2. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty wykonawcy IT Systems and Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący) jako najkorzystniejszej, podczas gdy najkorzystniejszą była oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

3 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, prosząc o wyjaśnienie: „czy w zaoferowanych serwerach (SuperMicro, typ/model 6019U-TRT1U) Wykonawca zamierza dostarczyć serwer z dwoma procesorami Intel Xeon Gold 5222 CPU. W związku z ograniczeniami licencyjnymi po stronie Zamawiającego czy jest możliwość, aby wyłączyć jeden z procesorów za pomocą BIOSu lub też zdemontować go fizycznie. Jeżeli tak, to czy taki serwer będzie działał prawidłowo i czy jego wszystkie funkcjonalności wskazane w OPZ będą realizowane?”

5 listopada 2021 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, podnosząc, że „Zamawiający w opisie serwera podał minimalne wymogi i nigdzie wcześniej nie wspominał o ograniczeniach licencyjnych po stronie Zamawiającego. W związku z tym, że Zamawiający wymagał z jednej strony płyty głównej umożliwiającej instalację do dwóch procesorów,

a z drugiej ilość aktywnych slotów PCIe, które mogą być tylko aktywne przy zastosowaniu wyłącznie dwóch procesorów, Wykonawca zaoferował platformę spełniającą minimalne wymagania”.

Na podstawie wyjaśnień Odwołującego, Zamawiający 15 listopada 2021 r. odrzucił jego ofertę pod zarzutem niezgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego niezgodność oferty polegała na zaoferowaniu przez Odwołującego serwerów z dwoma rdzeniami, zamiast jednego. Jak wynika z uzasadnienia faktycznego wskazanego w piśmie Zamawiającego z 15 listopada 2021 r. „Ze względów licencyjnych oraz przeznaczonego

na zakup licencji budżetu wymagany było, aby serwer przewidziany do instalacji oprogramowania Hurtowni Danych UAE (baza Oracle Standard Edition 2 oraz Oracle Data Integrator Enterprise Edition) był wyposażony w pojedynczy 4-ro rdzeniowy procesor Intel”. Odwołujący podniósł, że ww. twierdzenie nie uzasadniało zarzutu niezgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla

się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kc, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp musiałoby być możliwe wykazanie, na czym konkretnie taka niezgodność polegała, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie było zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Załącznik nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia wskazywał, że podane w nim parametry techniczne i cechy przedmiotu zamówienia były parametrami minimalnymi. Wykonawcy mogli zaproponować przedmiot o wyższych parametrach technicznych, lecz nie gorszych

od wymaganych przez Zamawiającego. W oparciu o powyższe należało uznać, że zaoferowanie serwerów z dwoma procesorami, zamiast jednego należało traktować jako całkowicie dopuszczalne zaoferowanie sprzętu o wyższych parametrach technicznych, niż oczekiwane przez Zamawiającego.

W SWZ Zamawiający nie sprecyzował, że oczekuje ofert na sprzęt wyposażony w wyłącznie jeden procesor z uwagi na ograniczenia licencyjne. W takiej sytuacji Odwołujący miał prawo zaoferować serwery z dwoma procesorami, które były zgodne z SWZ. Gdyby Zamawiający posiadał większą liczbę licencji na wykorzystywane oprogramowanie Oracle BI to mógłby w pełni korzystać z zaoferowanego przez Odwołującego sprzętu, który niewątpliwie był sprzętem o wyższych parametrach technicznych, niż określone w SWZ, co Zamawiający dopuścił w treści SWZ. O ograniczeniach licencyjnych Zamawiającego Odwołujący dowiedział się dopiero po złożeniu oferty. Brak informacji o ograniczeniach licencyjnych w SWZ oraz brak określenia w SWZ „na sztywno” parametru jednego procesora, bez możliwości oferowania serwerów z większą liczbą procesorów obciąża w całości Zamawiającego i nie mógł stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Gdyby Zamawiający dopuścił wyłącznie serwery z jednym procesorem to użyłby w Załączniku nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia określenia „wyłącznie 1 procesor”, lub „max. 1 procesor”, itp.

Odwołujący podniósł, że zaoferowana platforma Supermicro SuperMicro SYS-6019U-TRT w celu możliwości obsługi wszystkich gniazd PCIe musiała zostać wyposażona w dwa procesory. Jeżeli z jakiegoś powodu (np. licencji) należało ograniczyć ilość rdzeni, i nie stosowało się w tym celu maszyn wirtualnych, to można było uczynić to wprost z konfiguracji BIOS, gdzie była możliwość wyłączenia niepotrzebnych rdzeni w obu procesorach i tym samym osiągnięcie takiej samej ilości aktywnych rdzeni, jak w przypadku serwera z obsadzonym jednym procesorem, przy jednoczesnym zachowaniu możliwości pracy wszystkich złącz PCIe.

Na potwierdzenie swojego stanowiska, w tym na potwierdzenie spełniania przez ofertę Odwołującego wymogów określonych w OPZ Odwołujący przedstawił w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron:

1. oświadczenie Epsilon Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie - Autoryzowanego Partnera Handlowego Supermicro w Polsce (dowód nr 1),
2. oświadczenie Super Micro Computer B.V. (dowód nr 2).

2 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający wymagał w przedmiotowym postępowaniu dostarczenia serwerów z zamontowanym jednym procesorem.

Mając na uwadze wyjaśnienie czy oferowany przez Odwołującego przedmiot oferty będzie spełniał wymagania Zamawiającego przy użyciu jednego procesora, Zamawiający wystąpił o wyjaśnienia czy istnieje możliwość wyłączenia 1 procesora (fizycznie lub za pomocą oprogramowania).

W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że nie ma takiej możliwości gdyż wyłączenie fizyczne jednego procesora spowodowałoby brak działania części portów/złączy, a wyłączenie jednego procesora za pomocą oprogramowania nie byłoby możliwe.

Gdyby oferowany serwer spełniał wszystkie wymagania w konfiguracji z jednym procesorem, Zamawiający uznałby, że spełnił on wymagania, a wchodzący w jego skład drugi procesor był procesorem zastępczym na wypadek awarii pierwszego, co stanowiłoby podniesienie SLA i byłoby dodatkową korzyścią dla Zamawiającego.

Wymóg konfiguracji serwera w oparciu o jeden procesor był jasny co potwierdziły złożone trzy pozostałe oferty oraz brak pytań ze strony potencjalnych wykonawców po ogłoszeniu przetargu. Parametry techniczne procesora takie jak taktowanie, pamięci podręczne, liczba wątków, liczba rdzeni były określone jako minimalne wartości czyli wykonawca mógł zaproponować przedmiot o wyższych parametrach technicznych np. jeden procesor zgodnie z postanowieniami SWZ, który np. miał wyższą częstotliwość lub więcej wątków.

Informacja o licencjach na produkty Oracle u Zamawiającego służyła nie do tego, aby odrzucić ofertę Odwołującego, a jedynie do przedstawienia powodu wprowadzenia wymogu jednego procesora ze ściśle określoną konfiguracją. Zakup serwera z dwoma procesorami, z których każdy samodzielnie nie spełniał określonych parametrów technicznych, spowodowałby po stronie Zamawiającego znaczący wzrost kosztów związanych z licencjami na bazy danych (Zamawiający musiałby przeznaczyć dodatkowo na licencję produktów Oracle około 300 000 zł).

Ograniczenie procesora w BIOSie co do ilości rdzeni / wątków spowodowałoby z kolei, że procesor byłby niezgodny z minimalnymi wymaganiami technicznymi czyli „minimum czterordzeniowy, ośmiowątkowy” oraz w serwerze nadal byłyby dwa aktywne procesory.

Przystępujący IT Systems and Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie złożył pisemnego stanowiska wobec zarzutów odwołania, ale w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oraz rozprawy poparł stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:

- a) SWZ wraz z załącznikami,
- b) oferty Odwołującego,
- c) korespondencji Zamawiającego z Odwołującym w zakresie dotyczącym wyjaśnienia treści oferty Odwołującego,
- d) dowodu nr 1 i 2 złożonego przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1 do SWZ. Zamawiający wskazał w nim m. in.: „Przedmiotem zamówienia jest dostawa 2 sztuk serwerów typu RACK wraz z usługą wsparcia technicznego na potrzeby Hurtowni Danych oraz oprogramowania klasy Business Intelligence.

Podane poniżej parametry techniczne i cechy przedmiotu zamówienia są parametrami minimalnymi. Wykonawcy mogą zaproponować przedmiot o wyższych parametrach technicznych, lecz nie gorszych od wymaganych przez Zamawiającego”.

W zakresie dotyczącym zarzutów odwołania Zamawiający określił następujące wymagania dotyczące zamawianych serwerów:

1. Płyta główna: „Płyta główna z możliwością zainstalowania dwóch procesorów. Płyta główna musi być zaprojektowana przez producenta serwera i oznaczona jego znakiem firmowym”.
2. Chipset: „Dedykowany przez producenta procesora do pracy w serwerach dwuprocessorowych”.
3. Procesor: „Procesor w architekturze x86, 64-bit, minimum czterordzeniowy, ośmiowątkowy, taktowany zegarem minimum 3.8 GHz, minimum 16,5 MB pamięci podręcznej, HT”.

Odwołujący zaoferował Zamawiającemu dostawę serwerów wyposażonych w dwa procesory: „2 x Intel Xeon Gold 5222 CPU (4-core, 3.8GHz, 16,5 MB L3 cache, 105 W)”.

3 listopada 2021 r. Zamawiający skierował do Odwołującego następujące wezwanie: „Zamawiający (...) wzywa do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty - tj. o wyjaśnienie czy w zaoferowanych serwerach (SuperMicro, typ/model 6019U-TRT1U) Wykonawca zamierza dostarczyć serwer z dwoma procesorami Intel Xeon Gold 5222 CPU. W związku z ograniczeniami licencyjnymi po stronie Zamawiającego czy jest możliwość, aby wyłączyć jeden z procesorów za pomocą BIOSu lub też zdemontować go fizycznie. Jeżeli tak, to czy taki serwer będzie działał prawidłowo i czy jego wszystkie funkcjonalności wskazane w OPZ będą realizowane?”.

W odpowiedzi, 5 listopada 2021 r. Odwołujący wyjaśnił m. in.: „Zdemontowanie procesora spowoduje, że trzy zewnętrzne złącza PCIe nie będą działały (czyli karta 2 x 1Gb oraz karta FC) (...).

- Tylko 1 slot byłby dostępny przy 1 procesorze obsadzonym.
- Oba procesory muszą być zainstalowane jeżeli Zamawiający chce uzyskać odpowiednią liczbę slotów PCIe.
- Nie wiem jaka licencja (oprócz licencji SQL per core) mogłaby mieć takie ograniczenia, ale informujemy, że w BIOS można ograniczyć liczbę rdzeni na każdy procesor - czyli obcinając każdy z procesorów do 2 rdzeni”.

16 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty

Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał: „Zamawiający, w Opisie przedmiotu umowy (Załącznik nr 1 do Umowy) zawarł wymagania techniczne dla 2 szt. serwerów typu Rack. W zakresie procesorów wymagał, aby każdy

z serwerów wyposażony był w 1 procesor w architekturze x86, 64-bit, minimum czterordzeniowy, ośmiowątkowy, taktowany zegarem minimum 3.8 GHz, minimum 16,5 MB pamięci podręcznej, HT. W związku z tym, iż Wykonawca złożył ofertę na serwer SuperMicro, typ/model 6019U-TRT1U z 2 CPU, mając na uwadze ograniczenia licencyjne po stronie Zamawiającego, Zamawiający wysłał do ww. Wykonawcy pismo z prośbą o wyjaśnienie -

czy jest możliwość, aby wyłączyć jeden z procesorów za pomocą BIOSu lub też czy można zdemontować go fizycznie, a jeżeli tak, to czy taki serwer będzie działał prawidłowo i czy

jego wszystkie funkcjonalności wskazane w OPZ będą realizowane. Wykonawca udzielił wyjaśnienia, iż serwer nie może pracować prawidłowo z 1 CPU oraz nie ma możliwości wyłączenia całego procesora za pomocą BIOSu.

Ponadto, Zamawiający informuje, iż ew. wdrożenie sprzętu SuperMicro, typ/model 6019U-TRT1U z 2 CPU wymusiłoby na Zamawiającym poniesienie dodatkowych opłat licencyjnych związanych z wykorzystywanym oprogramowaniem Oracle BI. W związku z powyższym zaoferowany sprzęt nie może być wykorzystywany pod infrastrukturę BI. Ze względów licencyjnych oraz przeznaczonego na zakup licencji budżetu wymagano było, aby serwer przewidziany do instalacji oprogramowania Hurtowni Danych UAE (baza Oracle Standard Edition 2 oraz Oracle Data Integrator Enterprise Edition) był wyposażony w pojedynczy 4-rdzeniowy procesor Intel. Przy spełnieniu ww. wymagania, zgodnie z przeprowadzonym szacowaniem, zakup wymaganych licencji wraz z usługą wsparcia (ATiK) wyniesie 335 274 zł ().

W ocenie Izby powyższa czynność Zamawiającego była prawidłowa i uzasadniona. Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny nie budzi wątpliwości, że Zamawiający jednoznacznie wskazał, że oczekuje zaoferowania mu serwerów wyposażonych w jeden czterordzeniowy procesor. Wymóg, by płyta główna umożliwiała instalację drugiego procesora oraz zastosowania chipsetu dla serwerów dwuprocesorowych nie stoi przy tym w sprzeczności z wymaganiem dotyczącym ilości procesorów. Zamawiający miał prawo zamówić serwer z możliwością zamontowania w przyszłości dodatkowego procesora - stąd wymóg dotyczący chipsetu. Niezasadne było twierdzenie Odwołującego, że skoro Zamawiający dopuścił zaoferowanie serwerów o parametrach i cechach lepszych niż opisane, to możliwe było zaoferowanie serwera z dwoma procesorami. Biorąc pod uwagę treść OPZ, w ocenie Izby brak było podstaw do uznania, że możliwość zaoferowania serwera o cechach lepszych niż wyspecyfikowane dotyczyła ilości procesorów - przeczy temu wskazanie, że płyta główna ma umożliwiać zainstalowanie dwóch procesorów. Możliwość zainstalowania dwóch procesorów nie oznacza, że Zamawiający dopuścił serwer z płytą główną z dwoma procesorami, a jedynie chciał mieć sposobność do przyszłej rozbudowy i modernizacji serwera.

Wskazana przez Odwołującego możliwość ograniczenia w BIOS serwera ilości aktywnych rdzeni z czterech do dwóch dla każdego z procesorów nie czyni oferty Odwołującego zgodnej z OPZ. Zamawiający oczekiwał serwera z jednym, czterordzeniowym procesorem - zaoferowanie mu serwera czterema aktywnymi rdzeniami w dwóch procesorach łącznie nie

jest zgodne z wymogami OPZ.

W konsekwencji oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1

pkt 5 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....