Sygn. akt: KIO 2649/17

Wyrok
z dnia 5 stycznia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach
Członkowie: Anna Packo
Aleksandra Patyk
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2017 roku przez wykonawcę: **ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie,**
przy udziale: wykonawcy - **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2649/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie,** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną

przez odwołującego: **ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** tytułem wpisu od odwołania;
2.2 zasądza od zamawiającego: **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** na rzecz wykonawcy: **ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……..

……...

Sygn. akt: KIO 2649/17

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie [zwana dalej: „zamawiającym"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Zakup serwerów na potrzeby systemów aplikacyjnych ARiMR* na podstawie przepisów ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.], [zwanej dalej: „ustawą Pzp”].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 września 2017 roku pod numerem 2017/S 187-382460. Wartość zamówienia kwoty określone w przepisach wydanych przekracza na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 4 grudnia 2017 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty – mailem oraz zamieścił ją na swojej stronie internetowej.

W dniu 14 grudnia 2017 roku wykonawca - ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie – w formie pisemnej - zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. oraz wykonawcy EIP Sp. z o.o., mimo, że zawarli oni porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
   względnie art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnień dotyczących podobieństw w ofertach w kontekście złożonego przez nich oświadczenia w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia odnośnie braku zawarcia porozumienia z innym wykonawcą,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Uznk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., mimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 3

---

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. oraz oferty wykonawcy EIP Sp. z o.o., mimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę oferty odwołującego polegającą na nieprzyznaniu punktów w kryterium oceny ofert pn. „kryterium techniczne nr 3", mimo, że z treści oferty wynika, że zamawiający winien był przyznać punkty w kryterium;
5. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę oferty wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. polegającą na przyznaniu punktów w kryterium oceny ofert pn. „kryterium techniczne nr 1", mimo, że oferowane serwery blade nr 1, 2 oraz 3 nie spełniają wszystkich postawionych w tym kryterium przez zamawiającego wymagań technicznych;
6. art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
7. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o.;
2. wykluczenia z postępowania wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o.; oraz - w przypadku złożenia odwołania przez Wykonawcę EIP i uwzględnienia odwołania, również wykluczenia wykonawcy EIP z postępowania;
3. odrzucenia oferty wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Sp. o.o.;
4. powtórzenie procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, z pominięciem oferty wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o.;
5. dokonania wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje:

1. Zarzut naruszenia **art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Galaxy, mimo, że zawarł on porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Uznk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik** przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Galaxy, mimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji

Odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Odwołujący stwierdził, iż biorąc pod uwagę okoliczności niniejszego postępowania a w szczególności:

a) całkowitą identyczność formularzy ofertowych złożonych przez wykonawców Galaxy i EIP w warstwie słownej, interpunkcyjnej i wizualnej;
b) tożsamość formularzy ofertowych wykonawców Galaxy i EIP w zakresie podanych adresów internetowych do materiałów źródłowych i odnośnych stron;
c) działania podejmowane przez wykonawcę EIP w trakcie postępowania, jedynie pozornie prowadzące do wyboru jego oferty a w rzeczywistości nacelowane na wyeliminowane go z postępowania, w tym przedstawienie zamawiającemu w JEDZ oraz w wykazie dostaw sprzecznych informacji na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej oraz przedłożenie niejasnych wyjaśnień, niepotwierdzających wprost, że wykonawca EIP spełnia warunek udziału w postępowaniu

- całkowicie uprawnione jest twierdzenie, że wykonawcy Galaxy i EIP zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Następnie odwołujący zauważył, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że podobieństwa między ofertami wykonawców oraz zachowania polegające na nakierowaniu działań zamawiającego na wykluczenie lub odrzucenie

oferty - czyli okoliczności, które wystąpiły w niniejszym postępowaniu - stanowią podstawę do uznania, że między wykonawcami doszło do zawarcia zmowy przetargowej, przy czym istnienie zmowy przetargowej może być wykazane na podstawie pośrednich środków dowodowych oraz każdorazowo pod uwagę należy brać całokształt okoliczności sprawy. Dla przykładu odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.05.2016 r., sygn. akt KIO 648/16 oraz na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.09.2010 r., sygn. akt KIO 1874/10. Odwołujący podkreślił, iż przepis ustawy stanowi o „stosownych środkach dowodowych", a więc nie chodzi wyłącznie o dowody, które są pojęciem węższym od środków dowodowych. W świetle przepisu ustawy dopuszczalne jest również zastąpienie dowodu domniemaniem faktycznym i pośrednie wykazanie, że w danym postępowaniu doszło do zmowy przetargowej. Zdaniem odwołującego, takie rozumienie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp jest zgodne z intencją ustawodawcy unijnego, albowiem został on oparty na art. 57 ust. 4 lit. dyrektywy 2014/24/UE, w którym wskazano, że wykluczenie z postępowania jest możliwe, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. W ocenie odwołującego zamawiający dysponował stosownymi środkami dowodowymi dla wykazania, że wykonawca Galaxy zawarł z wykonawcą EIP porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo wskazał, że bez znaczenia pozostaje w okolicznościach niniejszego postępowania fakt, że na skutek swoich działań wykonawca EIP utraci wadium w wysokości 100 000 zł. Jego zdaniem, korzyści płynące z takiej sytuacji rozpatrywać bowiem należy z punktu widzenia wspólnego interesu wykonawców Galaxy i EIP, a zamierzonym skutkiem działań obydwu podmiotów miał być wybór oferty wykonawcy

Galaxy, który zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 15 388 812,90 zł brutto, tymczasem - co wynika z pozostałych ofert złożonych w postępowaniu - realizacja przedmiotowej dostawy możliwa była już za cenę 11 980 200,00 zł brutto (oferta odwołującego). Odwołujący wskazywał, że oferta wykonawcy Galaxy i oferta odwołującego różnią się między sobą niewiele w aspektach technicznych. W kryteriach technicznych odmienność ta sprowadzona została do różnicy w liczbie punktów jakie uzyskały obie oferty, przy czym charakter tej różnicy nie tłumaczy w żaden sposób dysproporcji w cenie między ofertami wynoszącej 3 408 612,90 zł

brutto. Uzasadniona dysproporcja w cenie faktycznie wynosić może nie więcej niż kilka procent. Tym samym, w ocenie odwołującego, kwota 3 408 612,90 zł brutto, pomniejszona o kwotę uzasadnioną różnicami technicznymi, stanowić może nieuczciwy zysk wykonawców Galaxy i EIP. Zatem, zdaniem odwołującego, zaniechanie wykluczenia wykonawcy Galaxy z postępowania z uwagi na zawarcie z wykonawcą EIP porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty przez zamawiającego stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Ponadto, odwołujący podnosił, że oferta wykonawcy Galaxy winna zostać odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 153, poz. 1503), dalej jako „Uznk" oraz ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2017 r. poz. 229), dalej jako „Uokik". Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 Uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie z ust. 2 wynika, że katalog czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter otwarty. Z kolei w art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik wskazano, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zdaniem odwołującego, opisane przez niego okoliczności postępowania oraz powołane orzecznictwo KIO prowadzą do uznania, że między wykonawcami Galaxy i EIP doszło do zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik - w celu ograniczenia konkurencji - a zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy Galaxy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Natomiast, gdyby nawet uznać wykluczenie za przedwczesne, to w opinii odwołującego, zamawiający powinien był co najmniej podjąć czynności wyjaśniające kwestię oświadczeń złożonych w Jednolitych Europejskich Dokumentach Zamówienia

w zakresie braku porozumienia pomiędzy wykonawcami przy tworzeniu treści ofert, co stanowiło naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Galaxy i EIP, mimo, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według odwołującego, biorąc pod uwagę dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, postanowienia SIWZ oraz treść ofert wykonawców Galaxy i EIP - ich oferty powinny zostać odrzucone. Zauważył, iż treść ofert wykonawców Galaxy i EIP była identyczna, w związku z czym podniósł, że argumentacja dotyczyć będzie w takim samym stopniu ofert obydwu tych wykonawców.

a) Niezgodność dotycząca sposobu agregacji/wyprowadzeń sygnałów LAN w obudowie typu blade dla serwerów blade typu 1,2 i 3.

Odwołujący podał, iż w formularzu ofertowym tabela nr 1, sekcja „Obudowa typu blade dla serwerów blade typu 1, 2 i 3", wiersz nr 1, parametr: „Sposób agregacji/wyprowadzeń sygnałów LAN" - zamawiający postawił następujący wymóg: *„Każda obudowa blade musi być wyposażona w redundantne (min. 2 sztuki) switche ethernet 10Gb wyprowadzające połączenia sieci LAN na zewnątrz obudowy. Razem switche te muszą być wyposażone w min. 4 portów zewnętrznych 10Gb (wyposażonych we wkładki optyczne 10Gb SR SFP+) i mieć możliwość rozbudowy o kolejnych 12 analogicznych połączeń".*

W pozycji tej wykonawca Galaxy zaoferował rozwiązanie techniczne: Dwa (2) switche Ethernet 40Gb HPE Virtual Connect SE 40Gb F8, razem wyposażone w 4 konwertery (domyślnie QSFP+ to SFP+, jako jedyne dostępne w ofercie HPE oraz kompatybilne z zaoferowanymi przełącznikami) i wkładki optyczne 10Gb SR SFP+, co pozwala na wyprowadzenie w sumie 4 połączeń 10GbE wyposażonych we wkładki optyczne SFP+ SR na zewnątrz każdej zaoferowanej obudowy.

Odwołujący podniósł również, że jednocześnie zamawiający postawił w treści SIWZ wymóg, aby oferowane rozwiązanie miało możliwość rozbudowy o kolejnych 12 analogicznych połączeń. Stawiając wymóg „analogicznych" – zdaniem odwołującego - zamawiający jednoznacznie określił, iż połączenia te muszą być identyczne co zaoferowane i nie gorsze niż 10GbE wraz z wkładkami SR SFP+. Natomiast zaoferowane przez wykonawcę Galaxy rozwiązanie techniczne pozwala na rozbudowę o 8 analogicznych połączeń (po 4 dodatkowe połączenia wyposażone we wkładki 10Gb SFP+ SR per przełącznik), ponieważ zastosowane przez wykonawcę przełączniki posiadają 6 zewnętrznych portów QSFP+, z czego po dwa zostają wykorzystane na realizację funkcjonalności wyprowadzenia razem 4 połączeń 10GbE wyposażonych we wkładki optyczne SFP+ SR na zewnątrz każdej zaoferowanej obudowy. Tym samym w każdym przełączniku pozostają tylko i wyłącznie 4 wolne porty QSFP+. Z uwagi na to, iż nie istnieje w portfolio rozwiązań HP tzw. „rozgałęziacz" lub konwerter/adapter portu QSFP+ na więcej niż jeden port 10GbE wyposażony we wkładkę 10Gb SFP+ SR - nie jest możliwa rozbudowa o więcej niż 8 dodatkowych portów 10GbE wyposażonych we wkładki SFP+ SR.

Odwołujący podkreślił ponadto, iż z postawionego przez zamawiającego wymogu wyposażenia portów 10Gb we wkładki SFP+ SR jednoznacznie wynika konieczność zestawienia połączenia optycznego opartego o światłowód wielomodowy, w którym źródłem światła jest laser o długości fali 850 nm.

W ocenie odwołującego zastosowanie okablowania miedzianego QSFP+ to 4x10Gb SFP+ nie spełnia postawionego w SIWZ wymogu technicznego, a oferta wykonawcy Galaxy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

b) Niezgodność dotycząca sposobu agregacji/wyprowadzeń sygnałów FC w obudowie typu blade dla serwerów blade typu 1,2 i 3.

Odwołujący podał, iż w formularzu ofertowym tabela nr 1, sekcja „Obudowa typu blade dla serwerów blade typ 1, 2 i 3", wiersz nr 2, parametr: Sposób agregacji/wyprowadzeń sygnałów FC - zamawiający postawił następujący wymóg: *„Każda obudowa blade musi być wyposażona w redundantne (parzysta liczba*

modułów, min. 4 sztuki) switche fibre-channel (FC) 16Gb/s/8Gb/s wyprowadzające wszystkie wymagane w serwerach połączenia SAN na zewnątrz obudowy, poprzez minimum 6 portów typu LC 16Gb/s/8Gb/s na każdy switch. Wszystkie porty w switchach muszą być aktywne (jeśli są wymagane licencje powinny być dostarczone) oraz wyposażone w wkładki LC 16Gb/s/8Gb/s".

W pozycji tej wykonawca Galaxy zaoferował rozwiązanie techniczne: w każdej obudowie 4 moduły HPE Virtual Connect SE 16Gb FC wyprowadzające

połączenia SAN na zewnątrz obudowy poprzez 8 portów typu LC 16/8 Gb na każdy switch, wyposażone we wkładki LC.

Odwołujący podniósł, że zaoferowane moduły posiadają 12 zewnętrznych portów (8 portów SFP+ oraz 4 porty QSFP), które pracują jako aktywne. Odwołujący wskazywał, że wykonawca Galaxy powinien był zaoferować moduły z aktywnymi 12 portami (zgodnie z wymogiem zamawiającego, że „wszystkie porty w switchach muszą być aktywne") oraz wszystkie 12 portów powinno być wyposażone we wkładki optyczne LC odpowiednio SFP+ oraz QSFP (a nie tylko 8 jak zaoferował wykonawca Galaxy).

W konsekwencji, zdaniem odwołującego, wymaganie postawione w SIWZ przez zamawiającego nie zostało spełnione, a oferta wykonawcy Galaxy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

c) Niezgodność dotycząca wymogu wyposażenia obudowy w określone „switche fibre-channel (FC)".

W dalszej kolejności odwołujący podnosił, że nie został również spełniony wymóg zamawiającego, że „każda obudowa blade musi być wyposażona w redundantne (parzysta liczba modułów, min. 4 sztuki) switche fibre-channel (FC) 16Gb/s/8Gb/s" - ponieważ zaoferowane przez wykonawcę Galaxy moduły nie są switchami (przełącznikami), a jedynie modułami mogącymi pracować jako bramki NPIV (tzw. rozgałęziacze portów bez funkcji przełączania).

Odwołujący wskazywał, iż producent rozwiązania oferowanego przez wykonawcę Galaxy jawnie przyznaje, że moduły te nie są przełącznikami

(switchami). Z dokumentacji producenta wynika, moduł ten do pracy wymaga połączenia z przełącznikiem SAN i samodzielnie nie może pracować jako urządzenie przełączające ruch (jest to rozgałęziacz portów).

Zdaniem odwołującego nie można uznać, że zaoferowane rozwiązanie jest zgodne z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w SIWZ, w szczególności jest switchem fibre-channel (FC).

Dodatkowo, odwołujący stwierdził, że wykonawca Galaxy miał możliwość zaoferowania przełączników zgodnych z wymaganiami zamawiającego, ponieważ zaoferowane obudowy pozwalają na instalację przełączników BROCADE 16GB/12 FIBRE CHANNEL SAN SWITCH FOR HPE SYNERGY oraz BROCADE 16GB/24 FIBRE CHANNEL SAN SWITCH FOR HPE SYNERGY, które są w pełni zgodne z wymaganiami SIWZ.

d) Niezgodność dotycząca wyposażenia dodatkowego szaf serwerowych.

Odwołujący podał, iż w formularzu ofertowym tabela nr 1, sekcja „Szafy serwerowe z wyposażeniem dodatkowym", wiersz nr 2, parametr: „Wyposażenie dodatkowe" - zamawiający postawił następujący wymóg:
„Dwa (2) moduły dystrybucji zasilania 32A na obudowę blade, zapewniające poprawną pracę zainstalowanych urządzeń wmaksymalnej konfiguracji oraz 2 moduły zasilania do obsługi serwerówrack i innych urządzeń poza obudowami blade zainstalowanymi wszafie. Ilość gniazd odbiorczych wszafie musi zabezpieczyć co najmniej możliwość zasilenia 2 obudówblade, 2 serwerówrack oraz 4 gniazd 2 P+Z. Ogółem na szafę minimum 6 modułówdystrybucji zasilania 32 A (podłączenia IEC-309 32A)".

W pozycji tej wykonawca Galaxy zaoferował rozwiązanie techniczne: szafę rack wyposażoną w moduły HPE G2 Basic Modular 7.3kVA/C19 32A oraz HPE G2 Basic Modular 7.3kVA/(12) C13.

W ocenie odwołującego, żadna z zaoferowanych list HPE nie udostępnia gniazd 2P+Z, a jedynie C19 oraz C13. Tym samym zaoferowane rozwiązanie jest niezgodne z wymaganiem wyposażenia szaf w 4 gniazda 2P+Z.

Odwołujący stwierdził, że w konsekwencji powyższego oferty wykonawców Galaxy i EIP powinny zostać odrzucone na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy, ponieważ ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. Zarzut naruszenia **art. 90 ust. 1 ustawy Pzp** przez błędną ocenę oferty odwołującego polegającą na nieprzyznaniu punktów w kryterium oceny ofert pn. „kryterium techniczne nr 3" oraz
zarzut naruszenia **art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez niewybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

W zakresie powyższych zarzutów Izba odstępuje od przedstawienia podstaw faktycznych powoływanych przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania wskazując, iż zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 stycznia 2018 roku uwzględnił zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (właść. 91 ust. 1 ustawy Pzp – przyp. Izby) polegający na nieprzyznaniu punktów ofercie odwołującego w kryterium oceny ofert pn. „kryterium techniczne nr 3", a wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tego zarzutu.

Natomiast zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie został w jakikolwiek sposób uzasadniony w tej części odwołania.

4. Zarzut naruszenia **art. 90 ust. 1 ustawy Pzp** przez błędną ocenę oferty Galaxy polegającą na bezpodstawnym przyznaniu punktów w kryterium oceny ofert pn. „kryterium techniczne nr 1".

W pierwszej kolejności odwołujący zaprezentował – przedstawiając fragment tabeli znajdującej się w treści SIWZ, a dotyczącej parametrów technicznych sprzętu IT (serwerów blade 1,2,3) i ilości punktów za zaoferowanie sprzętu spełniającego te parametry - sposób opisu przez zamawiającego kryterium oceny ofert pn. „kryterium techniczne nr 1" z wagą 10%.

W ocenie odwołującego to serwery blade typ 1, 2 oraz 3 (a nie inny sprzęt IT) muszą spełniać wszystkie wymagane parametry techniczne opisane w kryterium numer 1.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Galaxy zadeklarował spełnienie wymaganych parametrów poprzez oprogramowanie HP OneView 3.0 (dot.: LP1, LP2, LP4, LP7, LP8) oraz HP OneView 3.1 (LP3, LP5, LP6, LP7). Natomiast z dokumentacji, na którą powołał się wykonawca Galaxy, wynika, że wymagane parametry techniczne spełnione są przez oprogramowanie HPE OneView, które jest częścią obudów HPE Synergy 12000, a nie zaoferowanych przez wykonawcę serwerów blade typ 1, 2 oraz 3. Żaden fragment dokumentacji, na którą powołuje się wykonawca Galaxy nie potwierdza, że zaoferowane oprogramowanie jest elementem zaoferowanych serwerów. Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający niesłusznie przyznał dodatkowe punkty wykonawcy Galaxy.

Dodatkowo, odwołujący podnosił, że w żadnym miejscu dokumentacji nie ma wskazania, iż oferowane rozwiązanie pozwala na równoczesne uruchomienie oprogramowania HPE OneView 3.0 oraz HPE OneView 3.1, które zgodnie z ofertą wykonawcy muszą być uruchomione jednocześnie, aby spełnić wszystkie wymagania zamawiającego (zgodnie z treścią oferty wykonawcy Galaxy HP OneView 3.0 wymagane jest do spełnienia parametrów LP1, LP2, LP4, LP7, LP8, natomiast HP OneView 3.1 do spełnienia parametrów LP3, LP5, LP6, LP7). Odwołujący podał również, że nie ma możliwości technicznych, aby jedno urządzenie miało zainstalowane dwie różne wersje systemu.

W ocenie odwołującego, oznacza to, iż zamawiający błędnie ocenił ofertę wykonawcy Galaxy i niesłusznie przyznał jej 10 pkt w kryterium oceny ofert pn. „kryterium techniczne nr 1", przez co naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu zamawiający bezkrytycznie przyjął dwie oferty stworzone w sposób identyczny, pomimo, że formularze ofertowe w części technicznej należało wypełnić samodzielnie (każdy z wykonawców miał indywidualnie przedstawić proponowane rozwiązanie).

Następnie, nie ocenił właściwie zachowania wykonawcy, który złożył znacznie tańszą ofertę. Ponadto, nie uwzględnił konieczności odrzucenia ofert z uwagi na niezgodności

13

z SIWZ. Niesłusznie nie przyznał punktów odwołującemu, a jednocześnie bezpodstawnie przyznał punkty wykonawcy Galaxy. W konsekwencji, w ocenie odwołującego, doszło do wielokrotnych naruszeń ustawy Pzp związanych z rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wniesionym odwołaniu wraz z jego kopią mailem w dniu 15 grudnia 2017 roku, a ponadto przesłał za pośrednictwem operatora pocztowego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp: *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego wterminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes wuzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby wpostaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

W dniu 16 grudnia 2017 roku wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze [zwany dalej: „przystępującym"] doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej – w formie elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym - zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz przedstawił dowody przesłania stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Izba ustaliła, że wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikiem tego postępowania.

W dniu 3 stycznia 2018 roku, w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie, z tym, że zamawiający uznał zasadność zarzutu 4, polegającego na nieprzyznaniu punktów ofercie odwołującego w kryterium

14

pn. *„kryterium techniczne nr 3".* Jednocześnie zamawiający zauważył, że w jego ocenie pozostałe zarzuty są bezzasadne, wobec czego uwzględnienie zarzutu 4, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, w związku z czym odwołanie powinno podlegać oddaleniu w zw. z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Także w dniu 3 stycznia 2018 roku, w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego przystępujący złożył pismo w sprawie, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, w tym szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez przystępującego i wykonawcę EIP Sp. z o.o., informacji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również dowody z dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego w toku rozprawy w dniu 3 stycznia 2018 roku.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, piśmie złożonym przez przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 stycznia 2018 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Z uwagi na potwierdzenie się części zarzutów podniesionych w odwołaniu, jak również z uwagi na okoliczność, iż naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania, Izba – w oparciu o przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - uwzględniła odwołanie.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania: *Zakup serwerówna potrzeby systemówaplikacyjnych ARiMR.* Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostarczenie (dostawa do wskazanych lokalizacji łącznie i instalacją) fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego używania, wraz z niezbędną infrastrukturą i oprogramowaniem niezbędnym do zachowania funkcjonalności serwerów określonego typu, obudów do serwerów określonego typu i szaf serwerowych.

W Rozdziale I specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ"], zatytułowanym: *Przedmiot zamówienia,* w pkt I.1 – *Opis przedmiotu zamówienia* ppkt 2 zamawiający określił wymagania dla serwerów określonego typu, obudów określonego typu i szaf serwerowych. I tak m.in. określając minimalne wymagane parametry techniczne dla pojedynczej obudowy typu blade dla serwerów blade typu 1, 2 i 3 w stosunku do poszczególnych parametrów wskazał:

1) Parametr – „Sposób *agregacji/wyprowadzeń sygnałówLAN":*

Minimalne wymagane parametry techniczne obudowy - „Każda *obudowa blade musi być wyposażona wredundantne (min. 2 sztuki) switche ethernet 10Gb wyprowadzające połączenia sieci LAN na zewnątrz obudowy. Razem switche te muszą być wyposażone wmin. 4 portówzewnętrznych 10Gb (wyposażonych we wkładki optyczne 10Gb SR SFP+) i mieć możliwość rozbudowy o kolejnych 12 analogicznych połączeń. Sprzedawca dostarczy do każdej obudowy blade min. 4 sztuk wkładek optycznych (ilość odpowiednia do podłączenia wyżej wyspecyfikowanych wkładek) SFP+ JD092B HPE X130 10G SFP+ LC SR Transceiver służących do połączenia z przełącznikami HP FlexFabric 12910".*

Analogiczne postanowienie zawarte jest w Załączniku nr 1 do SIWZ – wzór Formularza Ofertowego – w tabeli nr 1, sekcja: *„Obudowa typu blade dla serwerówblade typu 1,2,3"* wiersz (pozycja) 1.

2) Parametr – „Sposób *agregacji/wyprowadzeń sygnałówFC":*

Minimalne wymagane parametry techniczne obudowy - *„Każda obudowa blade musi być wyposażona wredundantne (parzysta liczba modułów, min. 4 sztuki) switche fibre-channel (FC) 16Gb/s/8Gb/s wyprowadzające wszystkie wymagane wserwerach połączenia SAN na zewnątrz obudowy, poprzez minimum 6 portówtypu LC 16Gb/s/8Gb/s na każdy switch. Wszystkie porty wswitchach muszą być aktywne (jeśli są wymagane licencje powinny być dostarczone) oraz wyposażone wwkładki LC 16Gb/s/8Gb/s".*

Analogiczne postanowienie zawarte jest w Załączniku nr 1 do SIWZ – wzór Formularza Ofertowego – w tabeli nr 1, sekcja: *„Obudowa typu blade dla serwerówblade typu 1,2,3"* wiersz (pozycja) 2.

Natomiast opisując minimalne wymagania dla szaf serwerowych zamawiający w stosunku do parametru – *Wyposażenie dodatkowe* wskazał:

„min 2 moduły dystrybucji zasilania 32A na obudowę blade, zapewniające poprawną pracę zainstalowanych urządzeń wmaksymalnej konfiguracji oraz 2 moduły zasilania do obsługi serwerówrack i innych urządzeń poza obudowami blade zainstalowanymi

wszafie. Ilość gniazd odbiorczych wszafie musi zabezpieczyć co najmniej możliwość zasilenia 2 obudówblade, 2 serwerówrack oraz 4 gniazd 2 P+Z. Ogółem na szafę minimum 6 modułówdystrybucji zasilania 32 A (podłączenia IEC-309 32A)".
Analogiczne postanowienie zawarte jest w Załączniku nr 1 do SIWZ – wzór Formularza Ofertowego – w tabeli nr 1, sekcja: *„Szafy serwerowe z wyposażeniem dodatkowym"* wiersz (pozycja) 2.

Z kolei w Rozdziale XI SIWZ zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty będzie się kierował:

1) kryterium „ceny" – 60%,
2) kryterium „techniczne nr 1" – 10%;
3) kryterium „techniczne nr 2" – 10%;
4) kryterium „techniczne nr 3" – 20%.

Zamawiający wskazał, że kryterium „techniczne nr 1" – 10% będzie oceniał wg poniższej zasady:

techniczne Sprzętu IT (serwer blade typ 1, 2 i 3)	**Ilość punktów** - w przypadku zaoferowania Sprzętu IT (serwer blade typ 1, 2 i 3) spełniającego wszystkie parametry techniczne opisane w danej pozycji **Lp. Parametry**
Oferowany produkt: 10 pkt 1. umożliwia konfiguracje środowiska serwerów blade w oparciu o logiczne profile serwerowe obejmujące konfigurację serwera w zakresie sieci LAN i SAN (zonning, wolumeny) wraz z możliwością migracji pomiędzy wieloma obudowami lub serwerami; 2. w zakres logicznego profilu serwerowego wchodzą następujące parametry: adres MAC, adres WWN, sekwencja bootowania systemu, sposób konfiguracji kart LAN i SAN, ustawienia BIOS, wersja oprogramowania układowego i sterowników (dla Windows, VMware i Red Hat); 3. Ustawienia BIOS pozwalające na minimum: - włączenie/wyłączenie funkcji hyper threading w procesorach Intel. - włączenie/wyłączenie rdzeni procesora. - włączenie/wyłącznie funkcji wirtualizacyjnych. - zmiana ustawień poziomu poboru prądu. - ustawienia trybu turbo boost w procesorach Intel. - ustawienia trybu zabezpieczenia pamięci RAM. 4. zdalna aktualizacja oprogramowania układowego serwerów blade, obudów, modułów LAN zainstalowanych w obudowie kasetowej.	

5. monitorowanie utylizacji serwera: procesorów, zasilania, temperatury. 6. prezentacja w postaci graficznej logicznych i fizycznych połączeń pomiędzy serwerami blade, obudowami blade, profilami serwerów i modułami w obudowie blade. 7. wbudowane raporty dotyczące użycia zasobów jak również zarejestrowanych zdarzeń z możliwością eksportu do plików w formacie xls, lub csv lub PDF. 8. wbudowany system automatycznego wysyłania zgłoszeń	

do serwisu producenta w razie wystąpienia awarii dowolnego komponentu sprzętowego serwerów i obudów zarządzanych przez aplikację.
9. aplikacja musi posiadać interfejs REST API, przez który możliwa jest integracja z narzędziami firm trzecich.

Dodatkowo, w uwagach zamawiający zawarł pouczenie, iż:
„I. W ramach danego kryterium technicznego muszą zostać zaoferowane wszystkie parametry techniczne Sprzętu IT. W przypadku niewypełnienia, przekreślenia lub częściowego wskazania przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym parametrów technicznych Sprzętu IT podlegających ocenie przez Zamawiającego w danym kryterium technicznym, Zamawiający uzna że zaoferowany Sprzęt IT nie spełnia parametrów technicznych opisanych i wymaganych w danym kryterium technicznym i takiego Wykonawcy otrzyma w tym kryterium technicznym 0 pkt.”.
II. Wykonawca może zaoferować Sprzęt IT spełniający wymagania opisane przez zamawiającego we wszystkich kryteriach technicznych albo kryterium technicznym lub kryteriach technicznych dowolnie wybranych przez Wykonawcę. Zamawiający będzie oceniał oferowane parametry techniczne Sprzętu IT odrębnie dla każdego z kryteriów technicznych, punkty będą przyznawane adekwatnie do dokonanej oceny oferty.”.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców.
Jako najkorzystniejszą wybrano ofertę wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., albowiem oferta ta uzyskała najwyższą ilość punktów, tj. łącznie 86,71 pkt (w tym: kryterium „cena” – 46,71 pkt, kryterium „techniczne nr 1” – 10 pkt, kryterium „techniczne nr 2” – 10 pkt, kryterium „techniczne nr 3” – 20 pkt).
Na drugim miejscu uplasowała się oferta wykonawcy ADT Group Sp. z o.o. z łączną ilością punktów – 60 (w tym: kryterium „cena” – 60 pkt, kryterium „techniczne nr 1” – 0 pkt, kryterium „techniczne nr 2” – 0 pkt, kryterium „techniczne nr 3” – 0 pkt).
Na trzecim miejscu oferta wykonawcy Computex Sp. z o.o. Sp.k. z łączną ilością punktów 59,98 (w tym: kryterium „cena” –59,98 pkt, kryterium „techniczne nr 1” – 0 pkt, kryterium „techniczne nr 2” – 0 pkt, kryterium „techniczne nr 3” – 0 pkt).
Wykonawcę EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykluczono na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, natomiast ofertę wykonawcy Maxto Sp. z o.o. S.K.A. odrzucono na postawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnośnie poszczególnych zarzutów odwołania **Izba zważyła, co następuje:**

I. Zarzut naruszenia **art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy GALAXY, mimo, że zawarł on porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Uznk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik** przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GALAXY, mimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji

- Izba uznała, że ww. zarzuty nie potwierdziły się w okolicznościach niniejszej sprawy.

Izba odniesie się do nich łącznie, gdyż oparte zostały na tych samych okolicznościach faktycznych.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami*

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Z przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wynika, iż: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia wsposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawcóworaz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości* oraz *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wrozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Stosownie do powołanego przez odwołującego art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, ze zm.]: *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.* Z kolei art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów [t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 229, ze zm.] stanowi, że: *Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie winny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające wszczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorcówprzystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorcówi przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunkówskładanych ofert, wszczególności zakresu prac lub ceny.*

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. oraz wykonawca EIP Sp. z o.o. zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż istnienie zmowy przetargowej może być wykazane na podstawie pośrednich środków dowodowych oraz, że należy brać pod uwagę całokształt okoliczności towarzyszących danej sprawie, niemniej jednak w przedmiotowym postępowaniu nie było podstaw do uznania, że wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. i EIP Sp. z o.o. zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Izba dokonała porównania formularzy ofertowych obu wykonawców i stwierdziła, że, tak jak podnosił to odwołujący, są one identyczne – w zakresie wypełnienia tabeli nr 1 odnoszącej się do określenia parametrów serwerów rack typu 1, 2, 3, serwerów blade typu 1, 2, 3, obudów typu blade dla serwerów blade typu 1, 2, 3 oraz szaf serwerowych z wyposażeniem dodatkowym - pod względem treściowym i interpunkcyjnym, jak i wskazują na identyczne adresy internetowe do materiałów źródłowych z odesłaniem do takich samym stron, czy też zakresów stron. Prawdą jest również to co podnosił zamawiający, iż różnice występują w zakresie użytej czcionki i formatowania.

Sposób wypełnienia formularzy ofertowych przez obu wykonawców nie stanowi jednak sam w sobie okoliczności, która mogłaby wskazywać na zawarcie zmowy przetargowej.

Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia przystępującego, iż w związku z prowadzonym postępowaniem zwrócił się: *„jako Partner handlowy do spółki HP Enterprice Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością o wsparcie techniczne wzakresie przygotowania oferty, tj. wskazanie sprzętu odpowiadającego parametrom określonym wSIWZ wraz ze wskazaniem dokumentacji potwierdzającej ich spełnienie oraz przedłożenie oferty cenowej dla Naszej spółki na potrzeby ww. postępowania. Wsparcie techniczne udzielone przez HP Enterprice Polska sp. z o.o. polegało na zaproponowaniu konfiguracji sprzętu, a wpraktyce na wypełnieniu przez pracownikówHPE wzakresie (…) formularza technicznego pełnym Pragniemy podkreślić, iż nie mieliśmy żadnej wiedzy, co do tego że wsparcie techniczne udzielane jest równolegle kilku podmiotom, wtaki sam sposób tj. poprzez wypełnienie formularza technicznego (…) Nasza firma nie kontaktowała się również z żadnym innym podmiotem funkcjonującym na rynku, wcelu czynienia jakichkolwiek ustaleń, co do złożenia ofert wtoku prowadzonego postępowania. Zbieżność formularzy technicznych wynika, wNaszym przypadku z zastosowania*

formularza technicznego udostępnionego nam przez spółkę HP Enterprice Polska sp. z o.o. wraz z prośbą o zaniechanie wprowadzania jakichkolwiek zmian ze względu na skomplikowany technicznie charakter zamówienia oraz wagę poszczególnych wskazań technicznych. Podkreślamy również, że Nasza spółka nie ma żadnych powiązań osobowych, kapitałowych ze spółką EIP sp. z o.o. (…)".

Powyższe wyjaśnienia znajdują oparcie w złożonych przez przystępującego dowodach, tj. w oświadczeniu producenta sprzętu - HP Enterprice Polska Sp. z o.o. z dnia 29 grudnia 2017 roku oraz w korespondencji mailowej prowadzonej przez pracowników HPE z przedstawicielami przystępującego. W oświadczeniu HP Enterprice Polska Sp. z o.o. z dnia 29 grudnia 2017 roku wyjaśniono m.in., że: *„Kierując się szczegółowymi wymaganiami Zamawiającego w zakresie bardzo drobiazgowego wypełnienia formularza ofertowego w jego części technicznej, aby zminimalizować ryzyko powstania pomyłki, inżynierowie HPE wypełnili formularz w części technicznej wskazując nazwę oficjalnej dokumentacji technicznej HPE oferowanych urządzeń, link do dokumentu oraz numery stron w dokumentacji technicznej, które potwierdzają spełnienie danego wymagania przez oferowany sprzęt HPE. Tak przygotowany dokument został przekazany wszystkim zainteresowanym Partnerom, którzy zwrócili się do HPE z zapytaniem ofertowym. Powyższe wynika z daleko idącej staranności cechującej HPE w przedstawianiu informacji dotyczących urządzeń marki HPE oraz zasady jednakowego traktowania wszystkich partnerów(…) Zauważamy, iż partnerzy którzy zwrócili się do HPE o wsparcie techniczne i ofertę cenową nie byli przez nas informowani ilu oraz jakim Partnerom są one udzielane. Nie otrzymywali również informacji o szczegółach ofert złożonych innym partnerom przez HPE".*

Tym samym Izba uznała, że formularze ofertowe wykonawców GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. i EIP Sp. z o.o. i sposób ich wypełnienia, nie tylko nie stanowią dowodu zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale w najmniejszym nawet stopniu nie uprawdopodobniają tego faktu. Zresztą sam odwołujący w toku rozprawy zaczął podnosić, że z dowodów przedstawionych w toku rozprawy wynika całkiem inna okoliczność, a mianowicie możliwość zawarcia zmowy o charakterze wertykalnym, której stroną miałby być producent sprzętu, która to okoliczność nie stanowiła jednak podstawy podniesionych zarzutów.

Okoliczności nawet pośrednio wskazującej na fakt zawarcia zmowy przetargowej nie mogą stanowić również działania wykonawcy EIP Sp. z o.o. podejmowane w trakcie prowadzonego postępowania, które w ocenie odwołującego, miały doprowadzić do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego

oferty, po to, aby jako najkorzystniejszą wybrano ofertę wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., z tego względu, iż nie ma nawet pośredniego dowodu na zawarcie między tymi wykonawcami jakiegokolwiek porozumienia, nie wskazano, iż występują pomiędzy nimi jakiekolwiek powiązania, tym samym nie sposób obarczać przystępującego negatywnymi skutkami działań wykonawcy EIP Sp. z o.o. podejmowanymi w postępowaniu, niezależnie od tego czy wydają się one „podejrzane", że są przez jako, podejmowane profesjonalnego uczestnika postępowania, czy też nie.

Istotnym argumentem w odniesieniu do tej kwestii jest również to, że działania wykonawcy EIP Sp. z o.o. rzekomo nakierowane na wykluczenie go z udziału w postępowaniu, po to, aby droższa oferta wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. została wybrana w sytuacji, gdy cena oferty wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (ponad 15 mln zł) przekraczała w znaczącym stopniu kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ponad 10 mln zł), pozbawione byłyby sensu bez wiedzy czy zamawiający zwiększy środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia. Różnica zaś pomiędzy tymi kwotami była znacząca.

W oparciu o powyżej opisane okoliczności Izba uznała, że nie ma nawet pośredniego dowodu na istnienie zmowy przetargowej wykonawców, a zatem podniesione w tym zakresie zarzuty są bezzasadne.

2. Zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GALAXY oraz wykonawcy EIP, mimo, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Na wstępie należy poczynić uwagę ogólną tej treści, że Izba odniesie się do postawionego zarzutu wyłącznie w stosunku do oferty wykonawcy GALAXY, albowiem wykonawca EIP Sp. z o.o. został wykluczony z udziału w postępowaniu i nie wniósł odwołania od tej czynności, a zatem uwzględnienie zarzutu względem jego oferty nie miałoby wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

a) Niezgodność dotycząca sposobu agregacji/wyprowadzeń sygnałów LAN w obudowie typu blade dla serwerów blade typu 1, 2 i 3.

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, mimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie niezgodności dotyczącej sposobu agregacji/wyprowadzeń sygnałów LAN w obudowie typu blade dla serwerów blade typu 1, 2 i 3 podnosił, że zamawiający postawił w treści SIWZ wymóg, aby oferowane switche wyposażone były w minimum 4 porty zewnętrzne posiadające możliwość rozbudowy o kolejnych 12 analogicznych połączeń. Odwołujący stwierdził, iż zamawiający stawiając wymóg „analogicznych połączeń" jednoznacznie określił, iż połączenia te muszą być identyczne co zaoferowane i nie gorsze niż 10GbE wraz z wkładkami SR SFP+. Natomiast zaoferowane przez wykonawcę Galaxy rozwiązanie techniczne pozwala na rozbudowę o 8 analogicznych połączeń

Zgodnie z postanowieniami SIWZ przytoczonymi powyżej zamawiający wymagał: „ *Każda obudowa blade musi być wyposażona w redundantne (min. 2 sztuki) switche ethernet 10Gb wyprowadzające połączenia sieci LAN na zewnątrz obudowy. Razem switche te muszą być wyposażone w min. 4 portów zewnętrznych 10Gb (wyposażonych we wkładki optyczne 10Gb SR SFP+) i mieć możliwość rozbudowy o kolejnych 12 analogicznych połączeń. Sprzedawca dostarczy do każdej obudowy blade min. 4 sztuk wkładek optycznych (ilość odpowiednia do podłączenia wyżej wyspecyfikowanych wkładek) SFP+ JD092B HPE X130 10G SFP+ LC SR Transceiver służących do połączenia z przełącznikami HP FlexFabric 12910.".*

Na podstawie przedłożonych dokumentów (w szczególności rysunków oferowanego urządzenia, dokumentacji producenta i oświadczenia producenta HPE z dnia 29 grudnia 2017 roku) oraz wyjaśnień stron i przystępującego Izba uznała, że oferowane przez przystępującego switche mają możliwość rozbudowy o kolejne 12 analogicznych połączeń. Na wstępie należy poczynić uwagę, iż „analogicznych",

to nie znaczy to samo co „tożsamych" jak wywodził odwołujący. Słusznie podnosił też przystępujący, że oferowane urządzenie posiada po 8 portów zewnętrznych 40Gb, z czego po 2 porty są wyposażone w konwertery i wkładki optyczne 10 Gb SR SFP+. Co oznacza, że do rozbudowy połączeń mogą zostać wykorzystane pozostałe 6 porty zewnętrzne przypadające na każdy moduł Virtual Connect, co faktycznie umożliwia rozbudowę o 12 analogicznych połączeń. Odwołujący w ogóle nie wziął pod uwagę portów Cluster ICM, które zgodnie z oświadczeniem producenta są również portami 40Gb i można w nich stosować takie same wkładki i konwertery LAN, co w pozostałych portach. Za wiarygodne (poparte przedłożonymi dowodami) Izba uznała również, iż możliwość rozbudowy jest zapewniona dzięki wykorzystaniu aktywnych optycznych kabli (konwerterów i wkładek optycznych).

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w powyższym zakresie się nie potwierdził.

b) Niezgodność dotycząca sposobu agregacji/wyprowadzeń sygnałów FC w obudowie typu blade dla serwerów blade typu 1, 2 i 3.

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, mimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie niezgodności dotyczącej sposobu agregacji/wyprowadzeń sygnałów FC w obudowie typu blade dla serwerów blade typu 1, 2 i 3 podnosił, że wykonawca Galaxy powinien był zaoferować moduły z aktywnymi 12 portami (zgodnie z wymogiem zamawiającego, że „wszystkie porty w switchach muszą być aktywne") oraz wszystkie 12 portów powinno być wyposażone we wkładki optyczne LC odpowiednio SFP+ oraz QSFP (a nie tylko 8 jak zaoferował wykonawca Galaxy).

Zgodnie z postanowieniami SIWZ przytoczonymi powyżej zamawiający wymagał: *„Każda obudowa blade musi być wyposażona wredundantne (parzysta liczba modułów, min. 4 sztuki) switche fibre-channel (FC) 16Gb/s/8Gb/s wyprowadzające wszystkie wymagane wserwerach połączenia SAN na zewnątrz obudowy, poprzez minimum 6 portówtypu LC 16Gb/s/8Gb/s na każdy switch. Wszystkie porty wswitchach muszą być aktywne (jeśli są wymagane licencje powinny być dostarczone) oraz wyposażone wwkładki LC 16Gb/s/8Gb/s.".*

Odnośnie powyższego zarzutu Izba stwierdziła, że wymóg aktywnych portów w switchach i wyposażenia ich we wkładki LC 16Gb/s/8Gb/s należy odnosić do tych konkretnych portów typu LC 16Gb/s/8Gb/s, których minimum zamawiający określił w zdaniu poprzedzającym w ilości 6. Przystępujący zaoferował 8 portów typu LC 16Gb/s/8Gb/s na każdy switch i wszystkie zaoferowane porty w switchach są aktywne i wyposażone we wkładki LC 16Gb/s/8Gb/s, co wynika z przedstawionych dokumentów.

Tym samym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w powyższym zakresie się nie potwierdził.

c) Niezgodność dotycząca wymogu wyposażenia obudowy w określone „switche fibre-channel (FC)".

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, mimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie niezgodności dotyczącej wymogu wyposażenia obudowy w określone „switche fibre-channel (FC) podnosił, że nie został również spełniony wymóg zamawiającego, że „każda *obudowa blade musi być wyposażona wredundantne (parzysta liczba modułów, min. 4 sztuki) switche fibre-channel (FC) 16Gb/s/8Gb/s",* ponieważ zaoferowane przez wykonawcę GALAXY moduły nie są switchami (przełącznikami), a jedynie modułami mogącymi pracować jako bramki NPIV (tzw. rozgałęziacze portów bez funkcji przełączania).

Zgodnie z postanowieniami SIWZ przytoczonymi powyżej zamawiający wymagał: „Każda *obudowa blade musi być wyposażona wredundantne (parzysta liczba modułów, min. 4 sztuki) switche fibre-channel (FC) 16Gb/s/8Gb/s wyprowadzające wszystkie wymagane wserwerach połączenia SAN na zewnątrz obudowy, poprzez minimum 6 portówtypu LC 16Gb/s/8Gb/s na każdy switch.".*

Na podstawie zgromadzonych dowodów w sprawie Izba uznała, że nie został spełniony ww. wymóg zamawiającego.

Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga wyposażenia obudów typu blade w switche fibre-channel (FC). A zatem, wymagał konkretnego rozwiązania, tj. switcha fibre-channel (FC). Natomiast rozwiązanie zaoferowane przez przystępującego, tj. moduł HPE Virtual Connect SE 16 Gb FC nie jest switchem fibre-channel (FC). Wynika to również z oświadczenia producenta HPE z dnia 29 grudnia 2017 roku złożonego przez przystępującego, w którym producent sprzętu HPE potwierdził,

że moduł HPE Virtual Connect SE 16 Gb FC jest przełącznikiem, zapewnia bowiem przełączanie ruchu FC z 12 wewnętrznych portów 16Gb/s/8Gb/s na 8 portów zewnętrznych 16Gb/s/8Gb/s. Producent jednakże nie potwierdził, że oferowany moduł to switch, czy też switch fibre-channel (FC). Nadto z dokumentacji producenta, której wydruk ze strony internetowej wraz z tłumaczeniem przedstawił odwołujący wynika, że: *„Każdy moduł Virtual Connect Fibre Channel obsługuje do 12 sieci SAN i zwykle jest podłączony do przełącznika Fibre Channel, który został skonfigurowany do pracy wtrybie NPIV".*

Tym samym z przedstawionych dowodów nie wynika, że moduł HPE Virtual Connect SE 16 Gb FC to switch fibre-channel, a skoro zamawiający w tym względzie postawił jednoznaczny wymóg, to w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GALAXY w tym zakresie jest uzasadniony.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o.

d) Niezgodność dotycząca wyposażenia dodatkowego szaf serwerowych.

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, mimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie niezgodności dotyczącej wyposażenia dodatkowego szaf serwerowych podnosił, że zaoferowana przez przystępującego szafa serwerowa nie udostępnia gniazd 2P+Z, a jedynie C19 oraz C13, co jest niezgodne z wymaganiem wyposażenia szaf w 4 gniazda 2P+Z.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ przytoczonymi powyżej zamawiający wymagał: „Ilość *gniazd odbiorczych wszafie musi zabezpieczyć co najmniej możliwość zasilenia 2 obudówblade, 2 serwerówrack oraz 4 gniazd 2 P+Z. Ogółem na szafę minimum 6 modułówdystrybucji zasilania 32 A (podłączenia IEC-309 32A).".*

Wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. zaoferował szafę serwerową wyposażoną w 2 moduły dystrybucji zasilania HPE G2 Basic Modular 7.3kVA/C19 32A oraz 2 moduły zasilania HPE G2 Basic Modular 7.3kVA/(12) C13.

Odnośnie powyższego zarzutu Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż ustanowił on wymaganie zgodnie z którym ilość gniazd musi zabezpieczyć możliwość zasilenia 2 obudów, 2 serwerów oraz 4 gniazd 2P+Z, a nie postawił wymogu wyposażenia szaf serwerowych w gniazda 2P+Z, tak jak to podnosił odwołujący. Nie postawił też wymogu wyposażenia szaf serwerowych w gniazda o określonym standardzie, kształcie. Istotą wymagania jest konieczność zapewnienia zasilania, niezależnie od rodzajów zastosowanych wtyczek. Przy czym Izba uznała również za wiarygodne wyjaśnienia zamawiającego i przystępującego, iż gniazda 2P+Z to gniazda posiadające 2 przewody zasilające i przewód, tzw. uziemienie. Przystępujący zaś zaoferował gniazda z wtyczkami C13 i C19, czyli wtyczkami posiadającymi 2 przewody zasilające i uziemienie.

3. Zarzut naruszenia **art. 90 ust. 1 ustawy Pzp** przez błędną ocenę oferty odwołującego polegającą na nieprzyznaniu punktów w kryterium oceny ofert pn. „kryterium techniczne nr 3".

W pierwszej kolejności wskazać należy, że odwołujący błędnie podał jako podstawę podniesionego zarzutu przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który dotyczy wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Biorąc pod uwagę sformułowanie samego zarzutu, jak i przedstawione okoliczności faktyczne, należy wywieść, że odwołującemu chodziło o naruszenie dyspozycji przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriówoceny ofert określonych wspecyfikacji istotnych warunkówzamówienia.*

Powyższy zarzut został uwzględniony przez zamawiającego w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 3 stycznia 2018 roku. Jednocześnie zamawiający podniósł, że uwzględnienie zarzutu nr 4, wobec bezzasadności pozostałych zarzutów, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Wykonawca - GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oświadczył do protokołu posiedzenia i rozprawy, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego tego zarzutu.

Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp:

4. *Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.*

4a. *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.*

Mając na uwadze, iż zamawiający uwzględnił zarzut nr 4 odwołania (według numeracji zarzutów przedstawionych na stronach 2 – 3 odwołania) naruszenia ustawy Pzp przez błędną ocenę oferty odwołującego polegającą na nieprzyznaniu punktów w kryterium oceny ofert pn. „kryterium techniczne nr 3" oraz, że wykonawca, który przystąpił po jego stronie do postępowania odwoławczego, nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania w tej części, Izba rozpoznała odwołanie wyłącznie w zakresie pozostałych zarzutów, uznając, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp częściowo okazał się uzasadniony oraz, że uzasadniony okazał się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę oferty wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Natomiast zarzut naruszenia **art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez niewybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, wymieniony w pkt 3 uzasadnienia odwołania przy zarzucie naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

przez błędną ocenę oferty odwołującego (według numeracji zarzutów podniesionych w *petitum* odwołania – zarzut nr 6), jest bezzasadny. Przepis art. 92 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy obowiązku informacyjnego zamawiającego wobec wykonawców co do podjętych czynności w postępowaniu wymienionych w tym przepisie.

4. Zarzut naruszenia **art. 90 ust. 1 ustawy Pzp** (właść. **91 ust. 1 ustawy Pzp** – przyp. Izby) przez błędną ocenę oferty wykonawcy GALAXY polegającą na bezpodstawnym przyznaniu punktów w kryterium oceny ofert pn. „kryterium techniczne nr 1".

Tak jak już powyżej wskazano, w pierwszej kolejności wskazać należy, że odwołujący błędnie podaje jako podstawę podniesionego zarzutu przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który dotyczy wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Biorąc pod uwagę sam sposób sformułowania zarzutu, jak i przedstawione okoliczności faktyczne, należy wywieść, że odwołującemu chodziło o naruszenie dyspozycji przepisu art. 91 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Zdaniem odwołującego bezdyskusyjnym jest fakt, iż to serwery blade typ 1, 2 i 3 (a nie inny sprzęt IT) muszą spełniać wszystkie wymagane parametry techniczne opisane w kryterium technicznym nr 1.

Natomiast zamawiający podnosił, iż sformułowanie: „Parametry *techniczne Sprzętu IT (serwer blade typ 1, 2 i 3)",* należy rozumieć w ten sposób, że to Sprzęt IT ma zapewnić spełnianie przez serwery blade typ 1, 2 i 3 wymagań funkcjonalnych opisanych w kolejnych wierszach tabeli. W ocenie zamawiającego parametry ma spełniać Sprzęt IT, a zatem zarówno sam serwer, jak i obudowa lub szafa serwerowa czy też oprogramowanie, ponieważ każdy z wymienionych elementów

wchodzi w zakres ustanowionej w SIWZ definicji Sprzętu IT. Przystępujący przyłączył się do stanowiska zamawiającego i dodał, że serwer typu blade nie działa samodzielnie bez obudowy.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko odwołującego, iż wszystkie parametry techniczne opisane w „kryterium technicznym nr 1" oceny ofert muszą spełniać

serwery blade typ 1, 2 i 3, a nie zaś określona konfiguracja sprzętu IT, np. serwer blade w konkretnej obudowie. Taka interpretacja postanowień SIWZ w tym zakresie wynika w sposób oczywisty ze sposobu opisu poszczególnych kryteriów technicznych oceny ofert, zaprezentowanych w formie tabelarycznej, zawartego w Rozdziale XI SIWZ.

Po pierwsze, zostały wyodrębnione 3 kryteria techniczne, przy czym wszystkie te kryteria dotyczą Sprzętu IT, więc jeśli zamawiającemu w istocie chodziło o zapewnienie wszystkich funkcjonalności przez Sprzęt IT rozumiany jako całość, to po co wyróżnił aż 3 kryteria oceny ofert, określające wymagania w stosunku do tego Sprzętu.

Po drugie, argumentacji zamawiającego przeczy opis poszczególnych kryteriów, a mianowicie: kryterium „techniczne nr 1" dot. parametrów technicznych Sprzętu IT (serwer blade typ 1, 2 i 3); kryterium „techniczne nr 2" dot. parametrów technicznych Sprzętu IT (obudowa typu blade dla serwerów blade typu 1, 2 i 3); kryterium „techniczne nr 3" dot. parametrów technicznych Sprzętu IT (obudowa typu blade dla serwerów blade typu 1, 2 i 3).

Tym samym zamawiający wyodrębnił oceniane parametry w stosunku do serwerów blade typ 1, 2 i 3 oraz do obudów typu blade dla serwerów blade typ 1, 2 i 3. Jednocześnie zamawiający w ramach kryterium „technicznego nr 1" opisując w 3 kolumnie tabeli za co przyzna 10 pkt wskazał – „Ilość *punktów– wprzypadku zaoferowania Sprzętu IT (serwer blade typ 1, 2 i 3) spełniającego wszystkie parametry techniczne opisane wdanej pozycji.".*

Co więcej, we wzorze Formularza Ofertowego, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ zamawiający również w formie tabelarycznej wyodrębnił parametry minimalne wymagane dla serwera rack typu 1, 2 i 3, serwera blade 1, 2 i 3, obudowy typu blade dla serwerów blade typu 1, 2 i 3 oraz dla szaf serwerowych. Oznacza to, że jednak zamawiający wyodrębnia poszczególne elementy sprzętu IT, a nie traktuje go jako całość, choć niewątpliwie sprzęt IT finalnie tworzy pewną całość, stanowiąc przedmiot tego konkretnego zamówienia.

Podnieść również należy, że być może zamawiający w sposób błędny opisał kryteria oceny ofert, nieprawidłowo przypisując poszczególne parametry do danych

elementów sprzętu IT i być może odmiennie powinien skonstruować kryteria oceny ofert, tak by jedno z nich nie stało się w konsekwencji kryterium „pustym". Nie można jednak na tym etapie postępowania interpretować opisu kryteriów oceny ofert w sposób odmienny aniżeli wynika to z brzmienia treści SIWZ, albowiem mogłoby to prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Skoro więc przystępujący zadeklarował spełnienie parametrów technicznych określonych w ramach kryterium „technicznego nr 1" przez oprogramowanie HP OneView 3.0, będącego częścią obudów HPE Synergy 1200, a nie zaoferowanych serwerów blade typ 1, 2 i 3, co nie było kwestionowane przez zamawiającego czy przystępującego, to należy uznać, że zamawiający niezasadnie przyznał wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. punkty w ramach kryterium „techniczne nr 1", które to kryterium odnosiło się do serwerów blade typu 1, 2 i 3.

W związku z powyższym Izba uznała zarzut za uzasadniony.

Co do podnoszonej przez odwołującego kwestii zaoferowania oprogramowania HP OneView 3.0 oraz HP OneView 3.1, które muszą być uruchomione jednocześnie, aby spełnić wszystkie wymagania zamawiającego, Izba zauważa co następuje.

Przede wszystkim zarzut ten podniesiony został niejako na marginesie i nie został w żaden sposób udowodniony. W dalszej kolejności należy zaś stwierdzić, że fragmenty oferty wskazane przez odwołującego na tą okoliczność jednoznacznie

potwierdzają zaoferowanie wersji HP OneView 3.0, a jedynie w podanych adresach internetowych w ścieżce dostępu wskazano również na wersję HP OneView 3.1. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że obie wersje muszą być uruchomione jednocześnie, czy też, że oferowane rozwiązanie nie pozwala na równoczesne uruchomienie oprogramowania HPE. W tym też zakresie zarzut okazał się bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie należało uwzględnić i orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

33

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp: *W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp: *Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b), a także § 5 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) powołanego powyżej Rozporządzenia: *Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się:*
1) wpis, obejmujący w szczególności:
a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej "Izbą", przygotowującymi do należytego rozpoznawania odwołań (…)
2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:
a) (…)
b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Stosownie zaś do § 5 ust. 2 pkt 1: *W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę: 1) Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.*

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – uwzględniła odwołanie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

34

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła o kosztach postępowania jak w pkt 2 sentencji wyroku i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……..

……..

35