

WYROK
z dnia 22 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Rafał Komoń
Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 13 i 20 lipca 2016 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. 29 czerwca 2016 r. przez **Polcom Sp. z o.o., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina,**
B. 1 lipca 2016 r. przez **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez

Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A
ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa

przy udziale:

- A. **Polcom Sp. z o.o. ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1174/16 po stronie odwołującego,
B. **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1159/16 po stronie zamawiającego,
C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Advatech Sp. z o.o. ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław i Cloudware Polska Sp. z o.o. ul. Pory 59, 02-757 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1159/16 i KIO 1174/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględni oba odwołania i nakazuje Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej**

1

i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Advatech Sp. z o.o. i Cloudware Polska Sp. z o.o. oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Polcom Sp. z o.o.,

- 2. kosztami postępowania obciąży Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polcom Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
2.3. zasądza od Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A na rzecz Polcom Sp. z o.o. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
2.4. zasądza od Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A na rzecz Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 1159/16
KIO 1174/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEMS.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „modernizację systemu kopii zapasowej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 grudnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 242-440304. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego – odwołanie o sygn. KIO 1159/16:

Odwołujący – Polcom Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że złożył on w terminie wyjaśnienia w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które to wyjaśnienia potwierdzają, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1-3 i art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Advatech Sp. z o.o. i Cloudware Polska Sp. z o.o., zwanych dalej „konsorcjum Advatech”, mimo że jej treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie serwerów, które nie spełniają wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający uwzględnił w całości wcześniejsze odwołanie zawierające identyczny zarzut,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1-3 i art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Perceptron Sp. z o.o. zwanego dalej „wykonawcą Perceptron”, mimo że jej treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na zaoferowanie serwerów, które nie spełniają wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający uwzględnił w całości wcześniejsze odwołanie zawierające identyczny zarzut,
4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1-3 i art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez niezasadne przyznanie konsorcjum Advatech oraz wykonawcy Perceptron punktów

3

w kryterium „Funkcjonalność” w ramach podkryterium opisanego w rozdziale XVIII pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ppkt 7 tabeli, mimo że zaoferowane przez tych wykonawców urządzenie dyskowe typu A nie pozwala na zwiększenie wymaganej użytecznej przestrzeni dyskowej w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający uwzględnił w całości wcześniejsze odwołanie zawierające identyczny zarzut,

5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez wybór oferty konsorcjum Advatech jako najkorzystniejszej, mimo że to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum Advatech i oferty wykonawcy Perceptron, ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutów prowadzących do odrzucenia ofert tych wykonawców, nakazanie Zamawiającemu nieprzyznawania konsorcjum Advatech i wykonawcy Perceptron punktów w ramach kryterium „Funkcjonalność” za opcję dodatkową

wskazaną w rozdziale XVIII pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ppkt 7 tabeli,

5. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem wyników powyższych czynności.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa oraz wdrożenie sprzętu informatycznego wchodzącego w skład systemu do wykonywania kopii zapasowych: urządzeń dyskowych, macierzy dyskowych, urządzeń taśmowych oraz serwerów. Kryteriami oceny ofert były „Cena całkowita brutto oferty” i „Funkcjonalność”.

Wymagania dotyczące sprzętu zostały podzielone na obligatoryjne (określone w załączniku nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia) oraz fakultatywne (określone w ppkt 1-9 tabeli w rozdziale XVIII pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), których spełnienie skutkowało przyznaniem dodatkowych punktów w ramach kryterium „Funkcjonalności”.

W dniu 29 kwietnia 2016 r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym podniósł zarzuty tożsame z zarzutami podanymi w punkcie 2-4 powyżej (sygn. KIO 684/16). Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a z uwagi na brak skutecznego przystąpienia po stronie Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie postanowieniem z 11 maja 2016 r. Również w rozpoznawanym wspólnie odwołaniu wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (sygn. KIO 701/16) odwołujący ten podnosił m.in. zarzuty analogiczne do zarzutów w sprawie KIO 684/16. Zamawiający także to odwołanie uwzględnił

4

w całości, a Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie, również postanowieniem z 11 maja 2016 r.

Po zakończeniu postępowań odwoławczych Zamawiający unieważnił dotychczasowe czynności i 9 czerwca 2016 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do 14 czerwca 2016 r. do godz. 12:00. Odwołujący złożył przedmiotowe wyjaśnienia w terminie, tj. 14 czerwca 2016 r. przed godz. 12:00.

Następnie Zamawiający przekazał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Advatech oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odniesieniu do Odwołującego zarzucono, że wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zostały wniesione po terminie, tj. 14 czerwca o godz. 12:03 w formie elektronicznej (15 czerwca o godz. 07:45 w formie pisemnej).

Odwołujący wskazał, że złożył skutecznie wyjaśnienia przed upływem wyznaczonego terminu, gdyż wiadomość zawierająca wyjaśnienia została przesłana do Zamawiającego 14 czerwca 2016 r. o godzinie 11:51. Wiadomość została przesłana pocztą elektroniczną na adres podany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stosowany wcześniej przez Odwołującego i Zamawiającego do komunikacji w ramach niniejszego postępowania. Zamawiający przed 12:00 nie potwierdził odczytania wiadomości. W związku z tym, wiadomość została wysłana ponownie o godzinie 11:57. Zamawiający potwierdził odebranie wyjaśnień o godzinie 12:10, odpisując na wiadomość z 11:51. Już z treści odpowiedzi Zamawiającego jednoznacznie wynika, że wyjaśnienia zostały złożone przez Odwołującego przed godziną 12:00.

Zgodnie z art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego o momencie złożenia oświadczenia decyduje wprowadzenie go do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, aby adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Wiadomość zawierająca wyjaśnienia trafiła na serwer pocztowy Zamawiającego przed godz. 12:00, tym samym Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią wyjaśnień przed terminem zakreślonym w wezwaniu, a zatem wyjaśnienia zostały złożone z zachowaniem terminu. Ewentualne utrudnienia po stronie infrastruktury informatycznej Zamawiającego lub też ewentualny brak pobrania wiadomości z serwera pocztowego Zamawiającego przed godz. 12:00 w żadnym wypadku nie mogą oznaczać, że wyjaśnienia nie zostały złożone w terminie.

Nie sposób zarzucić Odwołującemu (nie czyni tego nawet sam Zamawiający) niezłożenia wyjaśnień w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Fakt złożenia tych wyjaśnień jest bezsporny. Także z tego powodu nie można uznać, że ziściła się

5

hipoteza art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, która za podstawę odrzucenia przyjmuje brak wyjaśnień.

W zakresie zarzutów dotyczących niezgodności ofert ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (serwerów typu A i serwerów typu B) Odwołujący wskazał, że są one tożsame z zarzutami podniesionymi w odwołaniu wniesionym 29 kwietnia br. Pomimo ich uwzględnienia Zamawiający zignorował obowiązek wynikający z art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym po uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości i umorzeniu postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W związku z powyższym aktualny jest zarzut, iż konsorcjum Advatech i wykonawca Perceptron zaoferowali serwery, które nie spełniają wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zaniechał odrzucenia ofert tych wykonawców.

Zgodnie z punktami 1. i 2. tabeli nr 5 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia serwer typu A powinien zawierać: co najmniej dwa dwunastordzeniowe procesory klasy x86-64-bit o nie gorszej wydajności niż 800 punktów w teście SPEC CINT2006_Rate Results (testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC i dla wskazanej wartości pamięci RAM w punkcie nr 2 tabeli) oraz zainstalowane minimum 256 GB pamięci RAM DDR4 z korekcją błędów ECC.

Z kolei zgodnie z punktami 1. i 2. tabeli nr 6 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia serwer typu B powinien zawierać: co najmniej dwa ośmiordzeniowe procesory klasy x86-64-bit o nie gorszej wydajności niż 650 punktów w teście SPEC CINT2006_Rate Results (testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC i dla wskazanej wartości pamięci RAM w punkcie nr 2 tabeli) oraz zainstalowane minimum 128 GB pamięci RAM DDR4 z korekcją błędów ECC.

Zarówno konsorcjum Advatech, jak i wykonawca Perceptron, zaoferowali jako serwery typu A i B ten sam model urządzenia, tj. Lenovo x3650 M4. Poszczególne serwery mają być jednak wyposażone w różne podzespoły, takie jak procesor i pamięć: serwery zaoferowane jako „Serwer typu A” w obu ofertach mają być wyposażone w procesor Intel Xeon E5-2695v2 i 256 GB pamięci RAM; serwery zaoferowane jako „Serwer typu B” w obu ofertach mają być wyposażone w procesor Intel Xeon E5-2640v2 i 256 GB pamięci RAM.

Według Odwołującego procesory Intel Xeon E5-2695v2 oraz Intel Xeon E5-2640v2 obsługują jednak jedynie pamięć RAM w technologii DDR3, a nie obsługują technologii DDR4. Tym samym w żadnym z serwerów zaoferowanych przez konsorcjum Advatech

6

i wykonawcę Perceptron nie będzie możliwa instalacja i obsługa pamięci RAM w technologii DDR4.

W odpowiedzi na pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie konsorcjum Advatech i wykonawca Perceptron w wyjaśnieniach odpowiednio z 23 marca br. (Perceptron) i z 24 marca br. (konsorcjum Advatech) przedłożyli pisma dyrektora generalnego spółki Lenovo Technology B.V. Sp. z o.o. Żadne z tych pism nie potwierdza jednak, że urządzenia opisane w ofertach obu wykonawców są zgodne z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego. Jak zwrócono uwagę w załączonych do tych wyjaśnień pismach Lenovo Technology B.V. sp. z o.o., należy zweryfikować parametry zaoferowanego sprzętu (tzw. konfiguracja). Obaj wskazani wyżej wykonawcy jednoznacznie oświadczyli, w jakie procesory będą wyposażone dostarczane serwery. W odniesieniu do wszystkich oferowanych przez nich urządzeń będą to procesory, które nie obsługują pamięci w technologii DDR4.

Mimo uwzględnienia zarzutów w tym zakresie Zamawiający ponownie wezwał zarówno wykonawcę Perceptron, jak i konsorcjum Advatech do złożenia wyjaśnień. Obydwaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia 14 czerwca br., załączając do nich kolejne pismo Lenovo Technology B.V. Sp. z o.o. Zamawiający bezzasadnie uznał twierdzenia zawarte w powyższych wyjaśnieniach za wiarygodne i nie odrzucił ofert wykonawcy Perceptron i konsorcjum Advatech. Obaj wykonawcy twierdzą, że rozstrzygające znaczenie ma kolejne oświadczenie producenta serwerów, tymczasem kluczowy jest fakt, iż producent procesorów, które zostały zaoferowane przez obu wykonawców, jednoznacznie stwierdził, że pamięć RAM w technologii DDR4 zaczęła być obsługiwana dopiero przez rodzinę

procesorów Xeon E5-2600 v3 (pismo Intel Technology Poland Sp. z o.o. z 27 kwietnia br.). Procesory zaoferowane przez wykonawcę Perceptron i konsorcjum Advatech należą do starszej rodziny Xeon E5-2600 v2. Nawet więc jeśli obaj wykonawcy dostarczą Zamawiającemu serwery wyposażone w pamięci RAM DDR4, to pamięci te nie będą współpracować z procesorami Intel Xeon E5-2695v2 oraz Intel Xeon E5-2640v2. W tym zakresie oświadczenie producenta procesora ma decydujące znaczenie, gdyż to producent procesora ma najpełniejszą wiedzę na temat jego możliwości technicznych (w swoim piśmie Lenovo przyznaje, że to Intel będzie dostawcą podzespołów do serwerów). Sugerowana przez Lenovo możliwość wyposażenia serwerów z linii Lenovo x3650 w procesory obsługujące pamięć w technologii DDR4 jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu – istotna jest tylko treść ofert złożonych w postępowaniu, a obaj wykonawcy jednoznacznie zidentyfikowali w nich modele procesorów, w które mają być wyposażone zaoferowane serwery i są to procesory nie obsługujące pamięci w technologii DDR4.

7

W zakresie zarzutu dotyczącego punktacji w kryterium „Funkcjonalność” Odwołujący wskazał, że również ten zarzut jest tożsamy z podniesionym w odwołaniu z 29 kwietnia br., uwzględnionym w całości. Zamawiający również w tym wypadku zignorował obowiązek wynikający z art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający bezpodstawnie przyznał konsorcjum Advatech i wykonawcy Perceptron punkty w ramach kryterium „Funkcjonalność” w ramach podkryterium opisanego w rozdziale XVIII pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ppkt 7 tabeli, mimo że zaoferowane przez tych wykonawców urządzenie dyskowe typu A nie pozwala na zwiększenie wymaganej użytecznej przestrzeni dyskowej w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W ww. podpunkcie 7. Zamawiający wskazał, że przyzna 5 punktów za opcję dodatkową w ramach kryterium „Funkcjonalność”, przeliczanych następnie według wzoru w celu ustalenia końcowej oceny w tym kryterium, jeżeli zaoferowane urządzenie dyskowe typu A umożliwi przynajmniej na dwukrotne zwiększenie wymaganej użytecznej przestrzeni dyskowej, tabela nr 1 pkt 2, pojemność netto do wykorzystania po odjęciu przestrzeni wykorzystywanej na zabezpieczenia RAID bez uwzględniania współczynnika deduplikacji, bez wymiany żadnego z komponentów urządzenia, a jedynie poprzez dokupienie odpowiedniej licencji oraz dodatkowych półek z dyskami w przyszłości.

Konsorcjum Advatech i wykonawca Perceptron zaoferowali jako urządzenie dyskowe typu A sprzęt EMC Data Domain DD4500 i zadeklarowali spełnienie przez to urządzenie powyższego wymagania.

Według Odwołującego zwiększenie wymaganej użytecznej przestrzeni dyskowej w zadeklarowany sposób nie jest możliwe bez naruszenia pozostałych obligatoryjnych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących urządzenia dyskowego typu A, opisanych w tabeli nr 1 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Urządzenie dyskowe EMC Data Domain DD4500 może zostać rozbudowane przez dokupienie półek dyskowych oraz nabycie dodatkowej licencji EMC Data Domain Extended Retention. W takim wypadku, obok standardowej możliwości przechowywania danych (tzw. warstwa aktywna) pojawia się dodatkowa przestrzeń, do której przenoszone są starsze dane (tzw. warstwa retencji). Rozbudowa urządzenia sprawi, że nie będzie ono spełniać wymagań opisanych w punktach 3. i 4. tabeli nr 1. Zawarte tam wymagania dotyczą deduplikacji, czyli techniki polegającej na eliminowaniu powtarzających się danych, która ma na celu ograniczenie ilości miejsca potrzebnego do przechowywania danych poprzez uniknięcie konieczności przechowywania tych samych danych w wielu miejscach.

W punkcie 3. tabeli nr 1 Zamawiający postawił wymaganie: „Urządzenie musi posiadać funkcjonalność Globalnej Deduplikacji”. Globalna deduplikacja ma miejsce wówczas, gdy wszystkie dane podlegają procesowi deduplikacji w ramach jednej puli deduplikacji.

8

Rozbudowane urządzenie EMC Data Domain DD4500 nie będzie jednak posiadać takiej funkcji, ponieważ dane znajdujące się w warstwie retencji będą należały do innej puli niż dane w warstwie aktywnej.

W punkcie 4. tabeli nr 1 Zamawiający postawił wymaganie: „Dane kopii zapasowej systemu

nie mogą być zapisane na dysk, a następnie poddane procesowi deduplikacji i ponownie zapisane na dysk". Z uwagi na istnienie odrębnej warstwy aktywnej i odrębnej warstwy retencji urządzenie EMC Data Domain DD4500 będzie funkcjonować w sposób sprzeczny z tym wymaganiem. Dane raz zapisane na dysk będą poddawane deduplikacji, a potem ponownie zapisywane w drugiej warstwie tego samego urządzenia.

Zamawiający uwzględnił w całości ww. zarzut, mimo to ponownie wezwał wykonawcę Perceptron i konsorcjum Advatech do złożenia wyjaśnień. Obydwaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia 14 czerwca br. załączając do nich pismo EMC Computer Systems Poland Sp. z o.o. Wyjaśnienia te ograniczają się do stwierdzenia, że wymagania zawarte w punktach 3 i 4 tabeli nr 1 będą spełnione; nie wynika z nich nic ponad to, co obaj wykonawcy zasugerowali już w formularzu ofertowym. Także dołączone do wyjaśnień pismo EMC Computer Systems Poland Sp. z o.o. nie odnosi się merytorycznie ani do okoliczności, że deduplikacja jest wykonywana w ramach więcej niż jednej puli, ani do okoliczności powtórnego zapisu danych na dysk po deduplikacji. Tym samym pisma wykonawcy Perceptron i konsorcjum Advatech w istocie niczego nie wyjaśniają i nie dają Zamawiającemu żadnych podstaw do powzięcia innej decyzji niż jego wcześniejsza decyzja o uwzględnieniu w całości zarzutów zawartych w odwołaniach Polcom Sp. z o.o. i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o.

Zamawiający zatem niesłusznie przyznał konsorcjum Advatech i wykonawcy Perceptron 5 punktów za opcję dodatkową wskazaną w punkcie 7. tabeli wskazanej w rozdziale XVIII pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postępując prawidłowo (przy założeniu, że oferty tych wykonawców nie podlegałyby odrzuceniu) Zamawiający powinien przyznać odpowiednio 45 punktów za opcje dodatkowe w odniesieniu do oferty konsorcjum Advatech (co przekładałoby się na 16,07 pkt w kryterium „Funkcjonalność”) i 50 punktów za opcje dodatkowe w odniesieniu do oferty wykonawcy Perceptron (co przekładałoby się na 17,86 pkt w kryterium „Funkcjonalność”).

Zamawiający wybiórczo podszedł do realizacji obowiązków związanych z uwzględnieniem w całości zarzutów w sprawach KIO 684/16 i KIO 701/16. Z zawiadomienia z 22 czerwca br. wynika, że jedynym żądaniem wykonanym faktycznie przez Zamawiającego było żądanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wszystkie pozostałe żądania zostały pozostawione bez komentarza. Takie zachowanie Zamawiającego jest całkowicie arbitralne i, obok powyżej wskazanych

9

przepisów, narusza także zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania uczciwej konkurencji wynikające z art. 7 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Odwołującego – odwołanie o sygn. KIO 1174/16:

Odwołujący – Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechanie wykonania orzeczeń KIO w sprawach o sygn. KIO 684/16 i KIO 701/16, z których wynikało, że konsorcjum Advatech oraz wykonawca Perceptron są podmiotami, których oferty zostały skutecznie odrzucone z mocy prawa w postępowaniu na skutek uwzględnienia w całości przez Zamawiającego odwołania Polcom Sp. z o.o. (sprawa KIO 684/16) oraz odwołania Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (sprawa KIO 701/16), tj. naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i niewykonanie czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w uwzględnionych odwołaniach,
2. wezwanie ww. wykonawców do wyjaśnień w dniu 9 czerwca 2016 r. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i tym samym zaniechanie jedynej dopuszczalnej formalnoprawnie czynności, tj. formalnego zawiadomienia o odrzuceniu ich ofert z uwagi na niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. naruszenie art. 186 ust. 2 oraz art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na niezastosowaniu art. 186 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nieprawidłowym zastosowaniu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji – dalsze nieprawidłowe czynności, tj.
3. zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Advatech ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Perceptron ze względu na to, że jej treść nie

odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
5. przyznaniu konsorcjum Advatech oraz firmie Perceptron nadmiernej liczby punktów za opcje dodatkowe w kryterium „Funkcjonalność” dla urządzeń dyskowych typu A, co mogło wpłynąć na pozycję ofert tych wykonawców w końcowym rankingu, tj. naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu i nieprawidłowe zastosowanie kryterium,
6. wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Advatech, choć oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu z postępowania, tj. naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

10

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia bezprawnie podjętej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty konsorcjum Advatech Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty wykonawcy Perceptron; ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutów prowadzących do odrzucenia oferty konsorcjum Advatech i wykonawcy Percpertron nakazanie nieprzyznawania punktów za funkcjonalność tym wykonawcom zgodnie z uzasadnieniem odwołania,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że firmy Polcom Sp. z .o.o. i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. 29 kwietnia 2016 r. złożyły odwołania (sprawy: KIO 684/16 i KIO 701/16). Zarzuty obu wykonawców kierowane przeciwko konsorcjum Advatech oraz wykonawcy Perceptron były zbliżone i dotyczyły tych samych elementów oferowanego przedmiotu. W obu sprawach Zamawiający 10 maja 2016 r. uwzględnił w całości zarzuty i 11 maja 2016 r. KIO umorzyła oba postępowania odwoławcze. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odwołujący domagali się odrzucenia ofert konsorcjum Advatech oraz wykonawcy Perceptron i takie czynności Zamawiający miał obowiązek wykonać. Obaj ww. wykonawcy nie podjęli prawidłowej i zgodnej z prawem obrony (konsorcjum Advatech przystąpiło do postępowania odwoławczego w sposób nieskuteczny, a wykonawca Perceptron w ogóle nie zgłosił przystąpienia).

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert konsorcjum Advatech oraz wykonawcy Perceptron Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 7a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – formularzu oferty technicznej Zamawiający przewidział m.in. następujące wymagania minimalne dla serwera typu A oraz serwera typu B: co najmniej dwa dwunastordzeniowe procesory klasy x86- 64-bit o nie gorszej wydajności niż 800 punktów w teście SPECint2006 Rate Results (testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC i dla wskazanej w punkcie nr 2 tabeli wartości pamięci RAM) oraz zainstalowane minimum 256 GB pamięci RAM DDR4 z korekcją błędów ECC (serwer typu A) oraz zainstalowane minimum 128 GB pamięci RAM DDR4 z korekcją błędów ECC (serwer typu B).

Konsorcjum Advatech oraz wykonawca Perceptron zaoferowały taki sam sprzęt: serwer typu A – producent Lenovo, model: System x3650 M4, model procesora Intel Xeon E5-2695v2, liczba punktów w teście SPEC CINT 2006_rate: 915; serwer typu B – producent Lenovo, model: System x 3650 M4, model procesora: Intel Xeon E5-2640 v2, liczba punktów w teście SPEC CINT 2006_rate: minimum 540 (konsorcjum Advatech), 536 (wykonawca Perceptron).

11

Platformy serwerowe oparte na procesorach zaoferowanych przez konsorcjum Advatech i wykonawcę Perceptron nie posiadają możliwości obsługi modułów pamięci DDR4 z korekcją błędów ECC, a pamięci DDR4 są obsługiwane w kolejnej generacji platform serwerowych opartych na procesorach Xeon E5-2600 v3. Znajduje to potwierdzenie w oświadczeniu producenta procesorów firmy Intel z 27 kwietnia 2016 r. Wiedza o tym, iż procesory tej generacji nie obsługują pamięci DDR4 jest powszechnie dostępna, w tym na stronach firmy Intel. Należy zatem stwierdzić, że w ww. zakresie oferty konsorcjum Advatech

oraz wykonawcy Perceptron są sprzeczne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Czyni to niewiarygodnym wynik testów SPEC dla oferowanych modeli procesorów, które miały być wykonane w oparciu o rodzaj i ilość pamięci wskazanej przez Zamawiającego, a zatem DDR4. Nie ma możliwości przedstawienia Zamawiającemu żadnego realnego dokumentu potwierdzającego możliwość osiągnięcia przez serwery typu A i typu B zaoferowane przez konsorcjum Advatech oraz wykonawcę Perceptron wydajności wymaganej przez Zamawiającego, gdyż nie ma raportu z testów wykonanych zgodnie z regułami organizacji SPEC.org, w którym będzie opisana konfiguracja serwera Lenovo System x3640 M4 zawierająca zaoferowany procesor Intel Xeon E5-2695 V2 oraz wymagane moduły pamięci DDR4. Zamawiający zauważył ten problem i skierował do obu wykonawców wezwania do wyjaśnień (pisma z 21 marca 2016 r.) prawidłowo wskazując w nich, iż w oparciu o dostępne materiały stwierdził, że serwery Lenovo System x3650 M4 obsługują jedynie pamięci typu DDR3, a instalacja oraz obsługa pamięci typu DDR4 są niemożliwe.

W odpowiedzi zarówno konsorcjum Advatech, jak i wykonawca Perceptron przedstawili identyczne w treści oświadczenie firmy Lenovo, z którego rzekomo ma wynikać, że zaoferowane serwery obsługują pamięć DDR4. Z pisma tego wynika, że proces konfiguracji serwerów Lenovo umożliwia oferowanie dopasowanych do wymagań konfiguracji dedykowanych. Odwołujący temu nie zaprzecza, jednak wskazuje, że nie jest to możliwe przy zastosowaniu procesorów v2 tj. Intel Xeon E5-2695 v2 oraz Intel Xeon E5-2640 v2, a w tej materii decydujące jest oświadczenie producenta procesorów, tj. firmy Intel, które taką możliwość zdecydowanie wyklucza. Konfiguracja nie ma tu znaczenia, gdyż pamięć DDR4 nie współpracuje z procesorami tej generacji. Z tego powodu oświadczenie Lenovo należy, zdaniem Odwołującego, traktować jako niewiarygodne. Złożenie oświadczeń potwierdzających spełnianie wymagań przez wykonawców, zdaniem Odwołującego, można potraktować jako świadome składanie nieprawdziwych informacji i próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co stanowi przesłankę do wykluczenia konsorcjum Advatech i wykonawcy Perceptron z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

12

W związku z powyższym oferty konsorcjum Advatech oraz wykonawcy Perceptron powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a firmy te, w przypadku potwierdzenia, że złożyły nieprawdziwe informacje, powinny zostać wykluczone z postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego przyznania punktów za niektóre opcje dodatkowe dla Urządzeń Dyskowych Typu A Odwołujący wskazał, iż Zamawiający niesłusznie przyznał konsorcjum Advatech oraz wykonawcy Perceptron punkty za opcje dodatkowe dla urządzeń dyskowych typu A, co mogło wpłynąć na pozycję ofert tych wykonawców w końcowym rankingu na podstawie zastosowanych kryteriów oceny. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w tabeli nr 1 pkt 3 i 4 zaoferowane urządzenie dyskowe typu A ma zapewnić globalną deduplikację danych zapisywanych na tym urządzeniu – urządzenie musi posiadać funkcję globalnej deduplikacji, urządzenie musi wykonywać proces deduplikacji zmiennym blokiem danych, urządzenie musi realizować proces deduplikacji w pamięci urządzenia przed zapisem na dysk, dane kopii zapasowej systemu nie mogą być zapisane na dysk, a następnie poddane procesowi deduplikacji i ponownie zapisane na dysk, zapisowi na dysk muszą podlegać tylko unikalne bloki danych jeszcze nie znajdujące się na dyskach urządzenia, wszystkie unikalne bloki przed zapisem na dysk muszą być także kompresowane, globalna deduplikacja ma być zapewniona także w przypadku spełnienia wymagań dodatkowych, np. rozbudowy pojemności użytecznej o 100% w odniesieniu do pojemności wskazanej w punkcie 2. tabeli dla tego urządzenia. Konsorcjum Advatech oraz wykonawca Perceptron we wszystkich tych punktach zapewniły, że wymagania spełniają, w tym, że spełniona jest opcja dodatkowa z punktu 33. Tymczasem zgodnie z wiedzą Odwołującego urządzenie dyskowe typu A zaoferowane przez obu wykonawców (EMC model Data Domain DD4500) wymagania z punktu 33. nie spełnia, gdyż wszystkie dane przekopiowane na powierzchnię użyteczną takiej rozbudowy, o jakiej mowa w punkcie 33, posiadają własną bazę indeksów deduplikacji dla przechowywanych tam danych. Tego rodzaju rozbudowa wymaga określonego sprzętu i oprogramowania, które

jest oferowane na rynku pod nazwą handlową EMC DD Extended Retention – rozwiązanie to jest opisane w dokumencie udostępnionym na stronach producenta rozwiązania firmy EMC. Zgodnie z treścią tego dokumentu standardowa pojemność użyteczna rozwiązania DD4500 oraz przestrzeń użyteczna w rozbudowie poprzez zastosowanie produktu EMC DD Extended Retention stosują niezależne od siebie indeksowanie deduplikowanych danych, w związku z czym nowo zapisywane na urządzeniu DD4500 dane nie są sprawdzane z bazą indeksów danych przekopiowanych wcześniej na „retention tier”. Fakt ten nie pozwala na stwierdzenie, że deduplikacja danych w rozbudowanym rozwiązaniu jest realizowana wyłącznie online, czyli w momencie zapisu danych na urządzeniu DD4500. Deduplikacja jest wykonywana

13

także z opóźnieniem dla danych już wcześniej zapisanych, i zdeduplikowanych, na przestrzeni użytecznej „active tier” i następnie kopiowanych z warstwy „active tier” na warstwę „extended retention”. Nie spełnione są zatem wymagania z punktu 33. tabeli, gdyż proces deduplikacji danych podczas wewnętrznego kopiowania danych pomiędzy warstwami „active tier” i „extended retention” jest procesem wtórnym i następującym po procesie deduplikacji danych wejściowych dla urządzenia DD4500.

III Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że ewentualne naruszenie art. 186 ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje tylko prawo do kolejnego wniesienia odwołania. Postanowienia w sprawach KIO 684/16 i KIO 701/16 są postanowieniami o umorzeniu postępowania odwoławczego, a zatem ze swojej istoty nie orzekają w kwestiach merytorycznych. Czynność uwzględnienia odwołań była poddyktowana względami procesowymi. Z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych *a contrario* można wyczytać, że jeżeli Zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z uwzględnieniem, odwołanie nie może być odrzucone, lecz powinno być rozstrzygnięte przez Izbę. Postępowanie odwoławcze nie jest częścią postępowania przetargowego, a czynności zaskarżone dotyczą czynności w postępowaniu przetargowym. W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego Polcom Sp. z o.o. stwierdził, iż w odniesieniu do złożonych wyjaśnień Odwołujący Polcom Sp. z o.o. stosuje teorię przekazania, a nie doręczenia. Wyjaśnienia musiały dotrzeć w taki sposób, aby możliwe było zapoznanie się z ich treścią, czyli w przypadku maila trafić do skrzynki odbiorcy. Nastąpiło to po godzinie 12.00. Kwestia ta została uregulowana w rozdziale VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym Zamawiający stwierdził wprost, że treść oświadczeń musi dotrzeć do niego. Nie mają więc znaczenia ogólne przepisy ani poglądy, gdyż zostało to uregulowane indywidualnie przez Zamawiającego. Nie ma też znaczenia ewentualne opóźnienie w przekazaniu przez serwer, a ewentualne przeszkody dotyczące funkcjonowania sieci obciążają nadawcę, a nie odbiorcę. Z otrzymanej od podmiotu obsługującego serwer poczty Zamawiającego informacji wynika, iż transmisja danych nastąpiła już po wyznaczonym terminie, przy czym w stosunku do pierwszej wiadomości rozpoczęcie transmisji nastąpiło o godz. 12:00:43 i zakończyło się o godz. 12:03:01, natomiast rozpoczęcie transmisji drugiej wiadomości nastąpiło o 12:05:48 i zakończyło się o godz. 12:08, przy czym pierwsza wiadomość dotarła jako druga, a druga jako pierwsza. Według Zamawiającego dotarcie wiadomości na serwer Zamawiającego nastąpiło o godz. 12:02:04. Wszyscy wykonawcy musieli swoje oświadczenia dostarczyć do

14

godz. 12:00, a Zamawiający musi równo traktować wykonawców. To, że Odwołujący nie miał problemów z wysyłaniem innych wiadomości, nie ma znaczenia.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności ofert konsorcjum Advatech i wykonawcy Perceptron wskazał, iż postanowienia Izby z 11 maja 2016 r. nie zawierały merytorycznych rozstrzygnięć, Zamawiający musiał więc uzyskać informacje dotyczące kwestii podniesionych zarzutów w ramach własnych czynności, podjął zatem próbę wyjaśnienia ofert. Motywem była chęć poznania stanowisk wykonawców, ponieważ w przystąpieniach nie odnieśli się oni do kwestii merytorycznych. Zamawiający bazował wyłącznie na oświadczeniach wykonawców i nie wymagał przedstawienia wraz z ofertą dodatkowych

dokumentów, oferty nie zawierały więc informacji dodatkowych, a Zamawiający wie, iż powszechne jest tworzenie konfiguracji sprzętu dla konkretnych wymagań Zamawiającego. Z tych dwóch powodów nie miał podstaw, by uznać, że kwestionowane oferty są niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Spełnienie wymagań będzie weryfikowane na etapie odbioru, a Zamawiający nie przyjmie sprzętu, który jest niezgodny z jego wymaganiami. Wyjaśnienia z marca i z maja pokrywały się po części, natomiast wyjaśnienia majowe były szersze. Zamawiający miał do dyspozycji dwa sprzeczne oświadczenia (firmy Lenovo i firmy Intel) – dał wiarę oświadczeniu firmy Lenovo jako producenta całego oferowanego urządzenia, a nie tylko jego elementu, czyli procesora. Oświadczenie firmy Intel z 19 lipca 2016 r. nie wskazuje na to, że zastosowanie DDR4 jest niemożliwe. Co do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego przyznania 5 punktów w kryterium „Funkcjonalność” stwierdził, że dodatkowa funkcja nie ma wpływu na wynik punktacji (kolejność w rankingu). W przypadku, gdyby oferta Odwołującego Polcom Sp. z o.o. nie została przywrócona do postępowania, odjęcie konsorcjum Advatech 5 punktów nie powoduje zmiany rankingu wykonawców, gdyż oferta ta wciąż miałaby o ponad 6 punktów więcej niż kolejna oferta, natomiast przy przywróceniu oferty Odwołującego Polcom Sp. z o.o. to ta oferta byłaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami i jest zgodny z przytoczonym powyżej, nie będzie więc powtarzany w punkcie IV.

Ze względu na fakt, że zarzuty obu odwołań w dużej mierze pokrywają się, poniższe rozstrzygnięcie dotyczy obu odwołań łącznie.

15

W zakresie zarzutów naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, że zarzuty te potwierdziły się.

Zgodnie z art. 186 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Jedną z możliwych opcji brzmienia takiej odpowiedzi jest uwzględnienie odwołania w całości. Kolejne ustępy art. 186 zawierają przepisy o charakterze głównie procesowym, z których wynika, jaki jest dalszy tok postępowania po dokonany uwzględnieniu odwołania.

Art. 186 ust. 2 wskazuje, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera więc dwie normy prawne.

Pierwsza z nich, wskazana w zdaniu pierwszym tego przepisu, skierowana jest do Izby i jest przepisem o charakterze procesowym, dotyczącym postępowania odwoławczego, natomiast druga norma (zawarta w drugim zdaniu) odnosi się do samego zamawiającego i czynności wykonywanych już w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazane przez obu Odwołujących naruszenia dotyczą więc zdania drugiego art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przywołanym przepisem, jeśli zamawiający uwzględni w całości zarzuty odwołania, zobowiązany jest wykonać, powtórzyć lub unieważnić kwestionowane czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jest bezsporne, że Zamawiający uwzględnił oba odwołania w całości (niezależnie od tego, czy kierował się w tym zakresie przekonaniem, czy też „strategią procesową”), zatem formalnie powinien postąpić zgodnie z dyspozycją zdania drugiego art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i wykonać czynności zgodnie z żądaniem obu odwołań.

Co do samego odrzucenia ofert czy wykluczenia wykonawców należy stwierdzić, że choć przyczyny takiego odrzucenia czy wykluczenia wynikają wprost z przepisów prawa, to jednak

ich zastosowanie w postępowaniu nie następuje automatycznie, lecz wymaga elementu dokonania przez zamawiającego konkretnych i indywidualnych czynności w stosunku do każdego wykonawcy i każdej oferty. Wynika to także wprost z brzmienia art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie wskazano, że zamawiający „wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności”.

16

Trzeba także zauważyć, że art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy pewnego stanu idealnego i zakłada prawidłowe działanie zamawiającego oraz odwołujących. Nie przewiduje więc np. opcji, w której nie wszystkie żądania odwołującego są zgodne z prawem lub jednocześnie możliwe do wykonania albo że przed ich dokonaniem zamawiający musi dokonać jeszcze innych czynności, np. wezwania do wyjaśnień, czy też, że po uwzględnieniu odwołania wychodzą na jaw nowe okoliczności istotne dla przyszłej decyzji zamawiającego. Nie przewiduje również sytuacji, w której zamawiający uwzględni odwołanie, o którego słuszności nie jest przekonany – nie powinno to zresztą mieć miejsca, a zamawiający powinien swoje decyzje w tym zakresie podejmować odpowiedzialnie – odmienne działanie należy potępić.

Dlatego z sytuacjami tymi musi poradzić sobie praktyka, zwłaszcza orzecznictwo.

W przypadku zaistnienia więc konfliktu pomiędzy obowiązkiem wynikającym z art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych a przekonaniem zamawiającego, że wykonanie tego obowiązku doprowadzi do niezgodności deklarowanej do wykonania czynności z prawem – zwłaszcza w zakresie wpływającym na wybór najkorzystniejszej oferty – przyjmuje się, że poprawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest priorytetem. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór oferty (wykonawcy) dokonany prawidłowo, podobnie prawidłowe powinny być pozostałe czynności w postępowaniu, a postępowanie odwoławcze ma tę prawidłowość zapewnić – niezgodne więc z tym założeniem byłoby przyczynianie się przez postępowanie odwoławcze do błędnego (niezgodnego z prawem) wyniku postępowania przetargowego, czy tym bardziej jego bezpośrednie powodowanie. Tym samym w praktyce toleruje się postąpienie zamawiającego niezgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli jego czynność jest poprawna w świetle przepisów „merytorycznych”, tj. dotyczących samej procedury udzielania zamówienia, czyli, gdy dokonał on prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawnego odrzucenia, poprawnego wykluczenia, poprawnej oceny (lub też poprawnie ich nie dokonał). W przypadku takim Izba rozpatruje więc kolejne wniesione odwołanie i rozpoznaje zarzuty merytoryczne.

W związku z powyższym Izba w ramach rozstrzygnięcia obu odwołań nie poprzestała na nakazaniu Zamawiającemu działania zgodnego z art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz rozpoznała zarzuty merytorycznie.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego Polcom Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że nie może uznać działania Zamawiającego za w pełni prawidłowe.

17

Kwestia odrzucenia oferty w powołaniem się na przesłankę rażąco niskiej ceny została unormowana w dwóch przepisach – art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pierwszy z tych przepisów stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, natomiast drugi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepisy te więc jedynie częściowo się pokrywają, a przepis art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest mniej kategoriyczny jeśli chodzi o samo stwierdzenie zaistnienia rażąco niskiej ceny i odnosi się w dużej mierze do przebiegu procedury wyjaśnień w tym zakresie, o której mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika więc m.in., że niezłożenie wyjaśnień powoduje taki sam skutek, jak stwierdzenie lub powzięcie przekonania, że cena jest rażąco niska.

Art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w swojej bezpośredniej treści odnosi się

do niezłożenia wyjaśnień w ogóle, lecz w praktyce przyjmuje się, słusznie, że niezłożeniem wyjaśnień jest także brak merytorycznej treści owych wyjaśnień (tzn. formalne złożenie odpowiedzi, lecz takiej, która w rzeczywistości niczego nie wyjaśnia, ogólnikowej), a także – co do zasady – złożenie wyjaśnień po terminie.

Izba w niniejszym wyroku zasady tej w żaden sposób nie neguje, gdyż jako zasada jest ona słuszna. Niemniej jednak Izba wzięła pod uwagę zaistniałe w sprawie okoliczności oraz powszechnie obowiązującą w prawie polskim i europejskim zasadę proporcjonalności. Przede wszystkim, po zapoznaniu się ze stanowiskami Stron oraz przedstawionymi dowodami, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia zostały złożone po terminie. W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia te należy złożyć do 14 czerwca 2016 r., godz. 12.00, natomiast wyjaśnienia dotarły do Zamawiającego dopiero o 12.03 (spór dotyczył tylko wyjaśnień złożonych w formie elektronicznej).

Zgodnie z postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdział VII, adnotacja na końcu po zwrocie „UWAGA” Zamawiający oznaczył termin doręczenia w sposób odmienny niż wskazany w art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Zdaniem Izby przepis art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego ma co prawda charakter powszechnie obowiązujący, ale zasadą jest także, że to zamawiający określa termin, do którego należy

18

złożyć wyjaśnienia (także miejsce i sposób ich złożenia). W przywołanym postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że istotna jest chwila dotarcia wiadomości do adresata, czyli na skrzynkę pocztową osoby, do której wiadomość została skierowana. Jest to postanowienie analogiczne do często stosowanych, w których zamawiający ustalają, że pisma należy składać w kancelarii, na podany numer faksu itp. – zamawiający bowiem nie ma obowiązku poszukiwać korespondencji we wszystkich możliwych miejscach (zwłaszcza jeśli jest dużą instytucją i jeśli otrzymuje jednocześnie pisma od różnych wykonawców), jak też przeszukiwać sieci internetowej.

Nie ma to jednak decydującego znaczenia, gdyż podczas rozprawy ustalono (nie było to w sumie sporne), że nawet gdyby odnieść się do wprowadzenia wiadomości do środka komunikacji elektronicznej Zamawiającego, nastąpiło to dopiero o godz. 12.02, więc również po wyznaczonym terminie.

Izba nie uznała również, że kilkuminutowe opóźnienie w dostarczeniu wiadomości nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego – czy tym bardziej z jego winy. Jak wskazano podczas rozprawy, prawdopodobną przyczyną opóźnienia (błąd 451) nie była jakakolwiek awaria, lecz zastosowanie przez system pocztowy standardowej procedury antyspamowej i antywirusowej. Również sam czas pomiędzy wysłaniem wiadomości a ich otrzymaniem przez adresata, nawet jeśli był dłuższy niż tego oczekiwano, nie był szczególnie długi.

Izba podziela też pogląd, że każdy wykonawca powinien dochować należytej staranności przy przekazywaniu korespondencji zamawiającemu i przy zaistnieniu nietypowych sytuacji to jego obciąża ryzyko jej nedoręczenia lub opóźnienia. Z drugiej strony jednak oczywiste dla Izby jest również to, że wskazany czas przysługuje wykonawcom aż do upływu ostatnich sekund i nie jest niczym nadzwyczajnym, że, pomimo ryzyka, korespondencja wysyłana jest nawet w ostatnich minutach.

W związku z powyższym, jak wskazano powyżej, Izba uznała, że wyjaśnienia zostały doręczone po terminie, a okoliczność ta obciąża Odwołującego Polcom Sp. z o.o.

Z drugiej jednak strony Izba wzięła pod uwagę także okoliczności sprawy, tj. fakt, że wykonawca wysłał wiadomość o 11.51, czyli w terminie, który przy normalnym przesyłaniu informacji powinien był zapewnić dotarcie korespondencji przed upływem wyznaczonego terminu. Następnie, jeszcze przed upływem godz. 12.00, skontaktował się z Zamawiającym telefonicznie w celu potwierdzenia otrzymania wiadomości, a po otrzymaniu informacji o jej braku, ponowił jej wysłanie – jeszcze przed godz. 12.00. Wiadomość ta także dotarła jedynie z minimalną, 3-minutową zwłoką, co w żaden sposób nie opóźniło czynności Zamawiającego związanych z zapoznaniem się i oceną wyjaśnień Odwołującego.

Przede wszystkim Izba wzięła jednak pod uwagę brak proporcjonalności pomiędzy zawinieniem Odwołującego (jeśli uznać, że zaistniała sytuacja wynikała z jego winy ze względu na zbyt późne wysłanie wiadomości) a jej skutkiem.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z traktatem niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

Zdaniem Izby skutek w postaci odrzucenia oferty bez nawet oceny wyjaśnień jest rażąco nieproporcjonalny do 3-minutowego opóźnienia w ich złożeniu i wysiłku podjętego dla ich dotarcia w terminie. Wykonawca wykazywał także zainteresowanie, czy wyjaśnienia dotarły w terminie. Dodatkowo, pomimo wszystko nie jest to termin składania ofert, gdzie nawet tak niewielkie opóźnienie byłoby niedopuszczalne ani nawet uzupełnienie dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie przesłanka złożenia ich w wyznaczonym terminie jest częścią normy prawnej.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający złożone wyjaśnienia powinien poddać ocenie.

Jednocześnie Izba zaznacza, że powyższe rozstrzygnięcie jest rozstrzygnięciem w tej konkretnej sprawie i zaistniałych okolicznościach i nie można traktować go jako ustanawiającego generalną regułę, iż dopuszczalne jest niestosowanie się do terminów wyznaczonych przez zamawiających.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert konsorcjum Advatech oraz wykonawcy Perceptron ze względu na niezgodność ich treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała, że zarzuty potwierdziły się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę odrzuca się, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. niezgodność tę można zakwalifikować jako nieistotną omyłkę, której poprawienie nie skutkuje istotnymi zmianami w treści oferty i może być dokonane przez samego zamawiającego.

W odwołaniach zostały wskazane dwie okoliczności powodujące niezgodność ofert Konsorcjum Advatech i wykonawcy Perceptron ze specyfikacją: po pierwsze fakt, że zaoferowane procesory nie współpracują z pamięcią RAM DDR4, po drugie brak wykonania prawidłowego testu SPEC.

Jak podniesiono, w punktach 1. i 2. odpowiednio tabeli nr 5 i nr 6 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że:

20

1. serwer typu A powinien zawierać: co najmniej dwa dwunastordzeniowe procesory klasy x86-64-bit o wydajności nie gorszej niż 800 punktów w teście SPEC CINT2006_Rate Results (testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC i dla wskazanej w punkcie nr 2 tabeli wartości pamięci RAM) oraz zainstalowane minimum 256 GB pamięci RAM DDR4 z korekcją błędów ECC,

2. serwer typu B powinien zawierać: co najmniej dwa ośmiordzeniowe procesory klasy x86-64-bit o nie gorszej wydajności niż 650 punktów w teście SPEC CINT2006_Rate Results (testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC i dla wskazanej w punkcie nr 2 tabeli wartości pamięci RAM) oraz zainstalowane minimum 128 GB pamięci RAM DDR4 z korekcją błędów ECC.

Konsorcjum Advatech i wykonawca Perceptron zaoferowali takie same modele urządzeń, tj. Lenovo x3650 M4, z procesorami Intel Xeon E5-2695v2 i 256 GB pamięci RAM (serwer typu A) oraz Intel Xeon E5-2640v2 i 256 GB pamięci RAM (serwer typu B).

Zdaniem Odwołujących jednak procesory Intel Xeon E5-2695v2 oraz Intel Xeon E5-2640v2 obsługują jedynie pamięć RAM w technologii DDR3, a nie obsługują technologii DDR4.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami Stron oraz Przystępującego – konsorcjum Advatech, przedstawioną przez nich argumentacją oraz dowodami Izba stwierdziła, że, jej zdaniem, potwierdziło się stanowisko Odwołujących, a brak jest jakichkolwiek dowodów, że procesory Intel Xeon E5-2695v2 i Intel Xeon E5-2640v2 będą współpracowały z pamięcią RAM DDR4.

Zasadniczo nie było sporne, że procesory Intel Xeon E5-2695v2 i Intel Xeon E5-2640v2 (procesory wersji 2.) są starszą generacją procesorów i obecnie istnieje już co najmniej ich wersja 3. Podobnie pamięć RAM w technologii DDR3 jest starszą generacją pamięci niż pamięć w technologii DDR4. Tym samym zrozumiałe jest, że – jak to się dzieje ogólnie w produktach informatycznych – starsza wersja procesorów może być dedykowana starszej wersji pamięci i nie obsługiwać nowszej wersji i na odwrót – nowa wersja jednego urządzenia obsługiwać już jedynie nową wersję innego urządzenia.

Nie było też sporne, że – co do zasady – procesory Intel Xeon E5-2695v2 i Intel Xeon E5-2640v2 przeznaczone były do współpracy z pamięcią RAM DDR3 (świadczą o tym szereg przedstawionych przez Odwołujących dokumentów). Przedmiotem sporu było jednak to, czy będą one w stanie współpracować także z pamięcią RAM DDR4.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, że zaoferowane przez konsorcjum Advatech i wykonawcę Perceptron procesory Intel Xeon E5-2695v2 i Intel Xeon E5-2640v2 będą w stanie współpracować z pamięcią RAM w technologii DDR4.

21

Koronnym dowodem Odwołujących było oświadczenie złożone w imieniu Intel Technology Poland Sp. z o.o. z 27 kwietnia 2016 r. firmie Fujitsu (Zamawiający dysponował nim w trakcie badania ofert), w którym stwierdzono, że „w odpowiedzi na zapytanie związane z platformą serwerową opartą na procesorach Xeon ES-2695 v2 oświadczamy, że ww. platforma nie posiada możliwości obsługi modułów pamięci DDR4 z korekcją błędów ECC. Pamięci DDR4 są obsługiwane w kolejnej generacji platform serwerowych opartych na procesorach Xeon E5-2600 v3.”

W kolejnym oświadczeniu złożonym w imieniu Intel Technology Poland Sp. z o.o., przedstawionym podczas rozprawy, również skierowanym do Odwołującego – Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., datowanym na 19 lipca 2016 r., Intel potwierdził, że publikacje na temat procesorów Intel zawarte na stronie internetowej tej firmy są w pełni wiarygodne i aktualne (wydruki tego typu zostały przedstawione przez Odwołujących jako dowody). Same zaś procesory Intel Xeon chronione są znakiem towarowym i nazwą handlową, a modyfikowanie ich architektury przez firmy trzecie jest nieuprawnione. Potwierdził także, że przeznaczone są one do obsługi modułów pamięci RAM jako DDR3 RAM, niezależnie od ich producentów (jakkolwiek brak jest wyraźnego stwierdzenia, że nie obsługują DDR4).

Z kolei głównymi dowodami przedstawionymi przez konsorcjum Advatech (Zamawiający nie przedstawiał własnych dowodów w tym zakresie – poza przywołanymi oświadczeniami złożonymi w trakcie badania przez niego ofert) były oświadczenia złożone w imieniu Lenovo Technology B.V. Sp. z o.o. z 21 marca 2016 r. (oświadczenie o analogicznej treści, lecz datowane na 22 marca 2016 r. przedstawił Zamawiającemu wykonawca Perceptron), z 10 maja i 10 czerwca 2016 r.

W pierwszym z tych oświadczeń stwierdzono, że „linia serwerów Lenovo x3650 obsługuje pamięć RAM typu DDR4. Produkty Lenovo x3650 występują w wielu opcjach konfiguracyjnych dostępnych w ramach linii handlowych M4, M5 oraz X6. Proces przygotowania konfiguracji serwerów w Lenovo Technology umożliwia także oferowanie dopasowanych do specyficznych wymagań konfiguracji dedykowanych tj. konfiguracji typu Custom To Order (CTO). Bazując na powyższym rekomendujemy, aby zgodnie z procedurą budowania konfiguracji dedykowanych w celu określenia fizycznych parametrów sprzętu weryfikować konfigurację dedykowaną na poziomie poszczególnych pozycji tj. part Numbers (PN), a nie w oparciu o nazwę handlową produktu. Równocześnie potwierdzamy, że dedykowana konfiguracja System x3650 M4 przygotowana dla Advatech Sp. z o.o. w autoryzowanym kanale sprzedaży Lenovo Technology spełnia wymagania techniczne stawiane dla serwerów Typ A i Typ B w przedmiotowym postępowaniu zakupowym.”

22

W piśmie z 10 maja, w którym odniesiono się do pisma firmy Intel z 27 kwietnia, wskazano, że „Intel nie jest producentem oferowanego w przedmiotowym postępowaniu serwera Lenovo, a jedynie dostawcą podzespołów do serwera wytwarzanego przez Lenovo Technology (...) nie jest dostawcą ani producentem pamięci RAM, o której mowa w oświadczeniu (...) Lenovo może budować serwery dopasowane do specyficznych

wymagań klienta, tj. konfiguracje Custom To Order (CTO) sprawdzone w oparciu o wewnętrzny proces testowo-audytowy. Oświadczamy, że w oferowanych (...) serwerach Lenovo x3650 zainstalowane zostaną pamięci DDR4 zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i taka konfiguracja została przetestowana w Lenovo i będzie w pełni wspierana.”

Oświadczenie z 10 czerwca odnosi się do współpracy pamięci RAM DDR4 z systemem operacyjnym Windows Serwer 2012 R2 i, w ocenie Izby, nie odnosi się w ogóle do zarzutów podniesionych w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Jak wynika z powyżej zacytowanej treści oświadczeń, choć Izba oczekiwała takiego dowodu, ani Intel, ani Lenovo nie złożyły oświadczeń wprost i jednoznacznie odnoszących się do spornej kwestii, tj. ani tego, że procesory Intel Xeon E5-2695v2 i Intel Xeon E5-2640v2 na pewno nie będą współpracować z pamięcią RAM w technologii DDR4, ani tego, że w zaoferowanych serwerach będą zainstalowane jednocześnie (!) odpowiednio procesory Intel Xeon E5-2695v2 / Intel Xeon E5-2640v2 i pamięć RAM DDR4.

Zamawiający oświadczył, że będąc w posiadaniu oświadczenia firmy Intel z 27 kwietnia oraz firmy Lenovo z 21 i 22 marca, przedłożył oświadczenie firmy Lenovo ponad oświadczenie firmy Intel, gdyż to pierwsza z nich byłaby producentem serwerów, a druga jedynie jednego z podzespołów.

Należy jednak zwrócić uwagę, że w przypadku budowania urządzenia z gotowych komponentów, producent uzależniony jest od parametrów technicznych i możliwości współdziałania tych elementów – może je w miarę dowolnie komponować, ale nie zawsze jest w stanie zmodyfikować ich parametry, w tym budowę fizyczną i przeznaczenie (pomijając już nawet fakt, że owe urządzenia rzeczywiście objęte są prawami autorskimi producenta, znakami towarowymi itd. i nie można ich dowolnie zmieniać, nawet gdyby technicznie było to możliwe). Poza tym Intel, co oczywiste, nie jest producentem pamięci RAM, jednak pomiędzy poszczególnymi elementami istnieje współzależność dwustronna i trudno stwierdzić, że możliwe jest, by dana pamięć RAM, niezależnie od jej producenta, współpracowała z danym procesorem, jeśli dany procesor w ogóle nie współpracuje z danym typem pamięci.

23

Jakkolwiek dla Izby faktem przesądającym dla powzięcia przekonania o braku współpracy procesorów Intel Xeon E5-2695v2 / Intel Xeon E5-2640v2 i pamięci RAM DDR4 były nie tyle oświadczenia firmy Intel, co treść oświadczeń firmy Lenovo (oraz brak innych znaczących dowodów w tym zakresie). Jak już wskazano powyżej, zdaniem Izby, oświadczenia tej firmy nie są jednoznaczne, lecz wymijające – wskazują, że owszem, serwery buduje się w konfiguracji zgodnej z życzeniem klienta (to żadna nowość, lecz obecnie wręcz standard w zamówieniach publicznych, gdzie każdy zamawiający ma inne, szczegółowo opisane wymagania), że linia serwerów Lenovo x3650 może obsługiwać pamięć RAM typu DDR4 (co pewnie również nie byłoby sporne, zwłaszcza, że następnie wskazano na możliwość różnorodnych konfiguracji modeli serwerów – z tym, że przedmiotem zarzutu nie jest dokładnie to, że serwery Lenovo nie obsługują RAM DDR4, lecz że nie obsługują jej oferowane procesory). Również stwierdzenie, że „w celu określenia fizycznych parametrów sprzętu [należy] weryfikować konfigurację dedykowaną na poziomie poszczególnych pozycji tj. part Numbers (PN), a nie w oparciu o nazwę handlową produktu” dotyczy serwerów budowanych przez Lenovo, a nie samych procesorów Intela.

Niefortunnie dla Zamawiającego i Przystępującego w ostatnio toczących się postępowaniach odwoławczych Izba miała do czynienia z tego typu zabiegami wykonawców i producentów sprzętu komputerowego, tj. oświadczeniami, które pozornie potwierdzały spełnienie wymagań, ale po bardziej wnikliwej ich analizie i uzyskaniu dodatkowych informacji technicznych okazywało się, że owszem, uzyskanie wymaganej konfiguracji, wydajności czy funkcji byłoby możliwe, ale przy innych założeniach technicznych niż poczyniono w ofercie, zatem nie jest skłonna do interpretowania oświadczeń w sposób wykraczający poza ich treść.

Izby nie przekonały więc same ogólnikowe deklaracje typu: „dedykowana konfiguracja System x3650 M4 (...) spełnia wymagania techniczne stawiane dla serwerów Typ A i Typ B w przedmiotowym postępowaniu zakupowym.”

Jak zwrócili uwagę Odwołujący – zresztą zauważyła to i Izba – i wbrew oczekiwaniom Izby –

ani Zamawiający, ani Przystępujący, ani Lenovo w żaden sposób nie wyjaśnili, w jaki sposób (techniczny) zamierzają rozwiązać kwestie techniczne związane z tym, że procesory Intel Xeon E5-2695v2 i Intel Xeon E5-2640v2 nie są dedykowane do obsługi pamięci RAM w technologii DDR4 (we wszystkich przedstawionych dokumentach mowa jest jedynie o przeznaczeniu ich do obsługi RAM DDR3) – choćby podstawowy problem (który nie był sporny), że oba rodzaje pamięci różnią się budową fizyczną i wymaganym napięciem. Nie chodzi tu jedynie o przedstawienie do oględzin samego gotowego serwera, ale choćby rysunków technicznych czy opisów technicznych zaprojektowanego rozwiązania.

24

Poza tym, w ocenie Izby, przy tym stopniu skomplikowania i wartości sprzętu oraz publicznym odbiorcy, nie jest możliwa do przyjęcia oferta z urządzeniami typu „samorobny”, tj. z elementami, w których budowę fizyczną i sposób działania przewidziany i opracowany przez producenta ingerowano i których bezpieczeństwo i skuteczność działania są niewiadome. Jest to także niezgodne z prawem i niedopuszczone przez producenta (por. przywołane oświadczenie Intel z 19 lipca 2016 r.).

W związku z powyższym Izba uznała, że oferty konsorcjum Advatech oraz wykonawcy Perceptron podlegają odrzuceniu jako niezgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby powyższa niezgodność nie kwalifikuje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający nie może dokonać poprawki w postaci zmiany zaoferowanego modelu procesora (przede wszystkim – nie może ustalić za wykonawcę, jaki wskazać w zamian).

W zakresie zarzutu dotyczącego przedstawienia nieprawidłowych wyników testu SPEC Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Zamawiający wymagał, aby:

1. serwer typu A posiadał co najmniej dwa dwunastordzeniowe procesory klasy x86-64-bit o nie gorszej wydajności niż 800 punktów w teście SPEC CINT2006_Rate Results (testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC i dla wskazanej w punkcie nr 2 tabeli wartości pamięci RAM) oraz zainstalowane minimum 256 GB pamięci RAM DDR4 z korekcją błędów ECC – punkty 1 i 2 tabeli nr 5 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. serwer typu B posiadał co najmniej dwa ośmiordzeniowe procesory klasy x86-64-bit o nie gorszej wydajności niż 650 punktów w teście SPEC CINT2006_Rate Results (testy muszą być wykonane zgodnie z regułami określonymi przez SPEC i dla wskazanej w punkcie nr 2 tabeli wartości pamięci RAM) oraz zainstalowane minimum 128 GB pamięci RAM DDR4 z korekcją błędów ECC – punkty 1. i 2. tabeli nr 6 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W sformułowanym zarzucie Odwołujący podniósł, że testy miały być wykonane dla wskazanej wartości pamięci RAM, przy czym chodzi nie tylko o oferowaną liczbę GB, ale także rodzaj pamięci – czyli powinny być wykonane dla RAM DDR4 (bo takiego rodzaju pamięci wymagał Zamawiający), a nie RAM DDR3, dla której zostały zrobione.

Izba stwierdziła, że Zamawiający co prawda nie wskazał tej okoliczności *expressis verbis*, jednak już z samej istoty wymogu jest oczywiste, że znaczący jest test wykonany dla

25

sprzętu, który jest oferowany, czyli w oferowanej konfiguracji – przynajmniej w zakresie elementów głównych i tych, które mają wpływ na wydajność. Tym samym, zdaniem Izby, testowane urządzenie powinno obejmować pamięć RAM DDR4.

Przy tym, w zależności od tego, jak zostaną sformułowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dla oceny, czy oferta w tym zakresie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, konieczne jest przede wszystkim stwierdzenie, czy zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynik ten ma być osiągnięty już na chwilę składania ofert (test przeprowadzony, a jego wynik dołączony do

oferty), czy też w chwili składania oferty wynik ten jest jedynie deklarowany, a osiągnięty ma być dopiero przed dokonaniem dostawy (zatem możliwe jest przeprowadzenie testu dopiero po złożeniu oferty). Tym samym, w następstwie stwierdzenie odpowiednio, czy konieczne jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia wydruku wyniku testu albo złożenie wyjaśnień, czy też nie i czy spełnione zostały warunki określone w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym, czy oferta nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn (lub wykonawca wykluczeniu) i w związku z tym, czy takie wzywanie jest celowe.

W zakresie zarzutów dotyczących nieprawidłowej punktacji przyznanej konsorcjum Advatech i wykonawcy Perceptron Izba stwierdziła, że w obu odwołaniach zarzuty te zostały postawione jako ewentualne –w przypadku stwierdzenia, że oferty konsorcjum Advatech i wykonawcy Perceptron nie podlegają odrzuceniu. W związku jednak z faktem, że Izba uznała, iż zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia tych ofert potwierdziły się, obie oferty nie podlegają w ogóle ocenie według kryteriów oceny ofert, nie ma więc znaczenia, ile punktów potencjalnie by uzyskały.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając oba odwołania i nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty konsorcjum Advatech oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Polcom Sp. z o.o. Jednocześnie Izba wyjaśnia, że nakazała w sentencji wyroku powtórzenie czynności badania i oceny ofert „w tym” odrzucenie oferty konsorcjum Advatech, jednak podstawy odrzucenia dotyczą także oferty wykonawcy Perceptron. Wskazuje też, iż określenie „w tym” oznacza, że nie jest to jedyna czynność, która, z założenia, zostanie podjęta w ramach czynności badania i oceny ofert; poza tym Zamawiający zobowiązany jest do postępowania wobec wykonawców z uwzględnieniem zasady ich równego traktowania.

26

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 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).

Przewodniczący:

27