**Sygn. akt: KIO 1774/14**

**WYROK**
**z dnia 10 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 i 10 września 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę
**Qumak S.A. 02-305 Warszawa, Al. Jerozolimskie 134**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego
**Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa 02-796 Warszawa, ul. Wąwozowa 18/010**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o., ujawnienie wyjaśnień dotyczących treści oferty udzielonych przez Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o., ujawnienie części oferty wykonawcy Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. w zakresie zaoferowanego procesora i przynależnych mu licencji na oprogramowanie bazodanowe (pkt 3.4.5. załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiersz 5. tabeli),**
**2. kosztami postępowania obciąża Naukową i Akademicką Sieć Komputerową i:**
**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Qumak S.A. tytułem wpisu od odwołania,**



---

**2.2. zasądza od Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej na rzecz Qumak S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. 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: ……..…**



---

**Sygn. akt: KIO 1774/14**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Naukowa i Komputerowa Sieć Akademicka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę urządzeń i oprogramowania oraz wdrożenie systemu dla potrzeb projektu o akronimie SUMA" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 marca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 055-091745. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Qumak S.A. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej

przez Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. zarzucając zamawiającemu:
1. błędne ustalenie stanu faktycznego,
2. nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i złamanie zasady określonej w art. 7 ust.1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o., jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, iż treść oferty Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. odpowiada wymaganiom wskazanym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
5. naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonywanie w sposób nieuprawniony zmian w treści oferty Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o.,
6. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o., a tym samym odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
Odwołujący wniósł o:
1. unieważnienie czynności wyboru oferty Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o.,
2. unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
3. powtórne dokonanie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu,



4. odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. jako oferty sprzecznej w swej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
5. wykluczenie oferenta Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
6. odtajnienie części oferty Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. w zakresie posiadanych serwerów bazodanowych i infrastruktury macierzowej wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi tych zakresów.
Zdaniem odwołującego zamawiający nie dopełnił obowiązku obiektywnej i rzetelnej oceny złożonych przez wykonawców ofert, a zaoferowany przez Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. przedmiot nie jest zgodny z przedmiotem zamówienia.
Zamawiający wymagał dostawy kompletnego systemu archiwizacji, w ramach którego w punkcie 3.4.8. opisu przedmiotu zamówienia wskazał m.in. minimalne wymagania dla procesorów: klasy x86, przystosowany do pracy w serwerach dwuprocesorowych, osiągający nie mniej niż 850 punktów w testach według specyfikacji SPECint2006Rates dla oferowanego systemu w konfiguracji dwuprocesorowej bądź dla dowolnego zestawu takich 2 procesorów (liczba punktów została wskazana (zmieniona) w odpowiedzi na pytanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazujące na sprzeczność w zapisie punktu 3.4.8. w zakresie liczby core i modelu urządzenia). Z tego wymagania wynika, że w ofercie należało zaproponować urządzenie E5-2690 v2, które posiada 10 core i uzyskuje co najmniej 850 punktów w testach SPEC.
Zamawiający w punkcie 3.4.15 wskazał, iż jeżeli któraś z opisanych funkcjonalności systemu wymaga dostarczenia dodatkowej licencji pozwalającej na jej uruchomienie, to należy taką licencję uwzględnić w oferowanym rozwiązaniu. Co oznacza, że nawet jeśli w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie przewidział pewnej ilości licencji, to z uwagi na to, iż celem prawidłowego funkcjonowania przedmiotu oferty niezbędna jest ilość większa, należało taką zaoferować. Zamawiający przerzucił na oferenta obowiązek oceny, czy zaoferowane rozwiązanie będzie funkcjonowało prawidłowo i nie będzie naruszało praw osób trzecich.
W punkcie 3.4.5. „Oprogramowanie systemowe i użytkowe” w wierszu 5. tabeli zamawiający wymagał zaoferowania licencji na dwa serwery bazodanowe wyposażone w procesory po 10 core każdy. Zatem należało zaoferować łącznie 40 licencji, co nie stoi w sprzeczności z zapisami wiersza 5. tabeli wskazującego na ich mniejszą ilość, bowiem dla prawidłowego funkcjonowania urządzenia wymaga się większej liczby licencji.

W wezwaniu do wyjaśnień z 26 maja 2014 r. zamawiający wskazał wprost, iż Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. zaoferowały licencje na 32 core'y zamiast, jak żądał zamawiający, na 40, zgodnie ze specyfikacją serwera bazodanowego.
Zdaniem odwołującego wyjaśnienia nie spowodowały doprowadzenia do zgodności oferty Archiwów Mazowieckich Sp. z o.o. z wymaganiami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Odwołujący wskazał, że z uwagi na brak możliwości wglądu do pełnej oferty Archiwów Mazowieckich Sp. z o.o. i wyjaśnień nie jest w stanie szczegółowo odnieść się do uzasadnienia w zakresie liczby core, jakie przedstawiły Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o.
Odwołujący wniósł o odtajnienie części oferty Archiwów Mazowieckich Sp. z o.o. w zakresie zaoferowanego procesora i przynależnych mu licencji na oprogramowanie bazodanowe, o którym mowa w punkcie 3.4.5. załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiersz 5. tabeli.
Zamawiający w punkcie 3.4.1. „Infrastruktura macierzowa" wiersz 5. „Sposób zabezpieczenia danych" wskazał, iż „macierz musi zapewniać obsługę technologii RAID: 0, 1, 10, 5 oraz 6 (podwójna parzystość). Obliczanie sum kontrolnych (kodów parzystości) dla grup dyskowych RAID-5 i RAID-6 powinno być realizowane w sposób sprzętowy przez kontrolery macierzy."
Zamawiający wezwał Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty m.in. poprzez wskazanie zapisów oferty, w których opisane zostały elementy spełniające wymaganie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie posiadania przez macierz obsługi technologii RAID 0, 1, 10, 5 oraz 6.
Zdaniem odwołującego Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. zaoferowały macierz Dell model z serii SC8000, który nie spełnia wymagania posiadania obsługi technologii RAID 1 wymaganej w punkcie 3.4.1.
Zgodnie z dokumentacją produktową macierzy rodziny DELL SC8000 potencjalnie proponowane rozwiązanie posiada jedynie obsługę technologii RAID 0, 10, 10DM, 5 oraz 6.
Zamawiający w protokołem z 21 lipca 2014 r. wskazuje, iż według opinii ekspertów brak jest w ofercie potwierdzenia spełnienia wymagań w 3 aspektach: infrastruktury macierzowej, oprogramowania do zarządzania danymi oraz opisu koncepcji środowiska.
Wyjaśnienia nie rozwiały wątpliwości zamawiającego, bowiem w protokole z posiedzenia komisji przetargowej z 28 lipca 2014 r. wskazano, że „problematyczna nadal jest ocena spełniania warunków SIWZ przez infrastrukturę macierzową", co skutkowało ponownym wezwaniem do wyjaśnień dotyczącym macierzy, które to wyjaśnienia znów nie rozwiały wątpliwości zamawiającego, który wskazał, że „wyjaśnienia precyzują zapisy oferty, ale nie wskazują dokładnie, gdzie w ofercie jest potwierdzenie spełniania warunku wymaganej powierzchni infrastruktury macierzowej.



Zamawiający w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień uzyskał informacje stanowiące uzupełnienie oferty, a tym samym w sposób nieuprawniony doprowadził do zmiany oferty, która to zmiana skutkowała przyjęciem oferty i uznaniem jej za prawidłową.
Takie działanie jest nieuprawnione, bowiem nie pozwala na to art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należało więc odrzucić ofertę jako niezgodną ze specyfikacją zamiast dążyć wielokrotnie do uzyskania wyjaśnień, które satysfakcjonowałyby zamawiającego, pomimo faktu, iż powodowały rozszerzenie zakresu oferty.
Odwołujący ma uzasadnione przypuszczenie, iż Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach złożyły nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania celem potwierdzenia prawidłowości elementów oferty, które zamawiający poddał w wątpliwość.
Odwołujący wniósł o odtajnienie wyjaśnień w zakresie macierzy i serwerów i/lub sprawdzenie przez Izbę zgodności wyjaśnień z przepisami prawa.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie.
Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał interesu prawnego ani żadnego innego interesu w uzyskaniu zamówienia ani nie wykazał, aby poniósł lub mógł ponieść szkodę.
Art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów

ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący oświadczył nieprawdę, że w wypadku, gdyby oferta Archiwów Mazowieckich Sp. z o.o. uległa odrzuceniu, wybrana zostałaby oferta odwołującego. Oferta odwołującego nie mogłaby zostać wybrana, ponieważ cena oferty w kwocie 5.409.515,89 zł przewyższała kwotę 5.015.325,00 zł, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający w trakcie postępowania nie zwiększył kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, zatem oferta odwołującego nie mogłaby być wybrana. Odwołujący nie może liczyć na to i upatrywać w tym interesu, że w wypadku odrzucenia wybranej oferty i unieważnieniu postępowania mógłby złożyć ofertę w nowym przetargu, ponieważ nie ma żadnej gwarancji, że taki przetarg zostanie ogłoszony. Odwołujący nie wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż oferta odwołującego nie mogła zostać wybrana ze względu na cenę przewyższającą kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, nie można stwierdzić, aby istniał jakikolwiek związek przyczynowy ewentualnego uznania czynności zamawiającego za sprzeczną z przepisami ustawy, a wyborem oferty odwołującego. W związku z tym nie można wywieść żadnego wniosku o powstaniu ewentualnej szkody, ponieważ oferta nie może być przyjęta z powodów leżących po stronie odwołującego, który zaproponował cenę niemożliwą do przyjęcia przez zamawiającego. W związku z powyższym, na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo



zamówień publicznych, wobec niewykazania legitymacji procesowej, uznać należy, że odwołujący był nieuprawniony do złożenia odwołania i odwołanie odrzucić.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu „błędne ustalenie stanu faktycznego” nie precyzując, na czym ten błąd polegał. Zarzut nie został uzasadniony. Wobec niesprecyzowania wniosku i braku argumentów odwołującego zarzut należy uznać za bezpodstawny i podlegający oddaleniu. Odwołujący zarzucił też zamawiającemu nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz złamanie zasady określonej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie odniósł się do tego zarzutu w treści uzasadnienia, nie wskazał żadnych czynności i zaniechań zamawiającego, które uzasadnić by mogły przedstawiony zarzut. Zatem należy uznać go za chybiony.
Zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania uczestników postępowania. Zarzut ten, jako niesprecyzowany, nieuzasadniony i bezpodstawny, powinien być oddalony.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut jest bezpodstawny. Odwołujący swoje wnioski wysnuwa na podstawie przypuszczeń, a nie informacji wynikających ze złożonej oferty. Odwołujący oświadczył, że wobec utajnienia części oferty Archiwów Mazowieckich Sp. z o.o. nie jest w stanie szczegółowo wskazać uzasadnienia swego zarzutu. Oferta Archiwów Mazowieckich Sp. z o.o. została zaopatrzona w klauzulę tajności co do jej szczegółów sprzętowych, w tym technicznych, zatem zarzuty odwołującego dotknięte są wadą niewiedzy i domysłów.
Wnioski odwołującego są nieprawdziwe i wynikają ze złej interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wymagania zawarte w punkcie 3.4.5. wskazują, że wymagane są licencje na 2 serwery bazodanowe – 2 procesory po 8 core’ów, czyli licencje na 32 core'y. Jest to wymaganie minimalne. Stwierdzenie, że w związku z zaoferowaniem serwerów bazodanowych z procesorami po 10 core'ów każdy, należy zaoferować łącznie 40 licencji, jest niezasadne. Wymagania mówią o licencjach na 2 serwery z dwoma procesorami po 8 core'ów oraz o spełnieniu wymagania realizacji funkcjonalności nie łamiąc legalności oprogramowania.
Zamawiający wezwał oferenta do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy liczbą core'ów a liczbą licencji w ofercie. Oferent uzasadnił w wyjaśnieniu, iż zaoferowane 32 licencje spełniają wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Potwierdza to opinia Microsoft, który jest producentem zaproponowanych oprogramowań (licencjodawcą).
W związku z wątpliwościami co do spełnienia wymagań w zakresie obsługi technologii RAID, zostało oferentowi zadane pytanie z prośbą o wyjaśnienie tej kwestii. Odpowiedź oferenta potwierdziła spełnienie tego wymagania.
Przedstawiony przez odwołującego wydruk nie jest specyfikacją techniczną urządzenia,

a jedynie informacją handlową w zakresie wybranych funkcjonalności macierzy Dell Compellent SC8000. W wydruku tym wskazane są niektóre charakterystyki urządzenia, które są realizowane przez urządzenie. Nie ma tam informacji, że jest to pełna specyfikacja, a nadto nie są wymienione wszystkie informacje, w tym ta, że technologia RAID 1 nie jest realizowana przez wskazane urządzenie.
W związku z wątpliwościami odwołującego zamawiający zwrócił się do producenta urządzenia o przedstawienie opinii w zakresie obsługiwanych technologii RAID. Zgodnie z otrzymaną informacją producenta nie ma żadnych wątpliwości, że urządzenie spełnia wymaganą funkcjonalność umożliwiającą utworzenie zasobów w technologii RAID 1 na macierzy zaoferowanej przez Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonywanie w sposób nieuprawniony zmian w treści oferty. Odwołujący uzasadnia zarzut jedynie swoim przypuszczeniem, że doszło do zmian oferty w części odnoszącej się do infrastruktury macierzowej, ponieważ zamawiający dwukrotnie wzywał Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień. Odwołujący nie sprecyzował zarzutu, ponieważ nie określił, w jakim zakresie i w której części mogłoby dojść do zmiany oferty. Zamawiający zaprzecza, aby doprowadził do zmiany czy uzupełnienia oferty. Zamawiający ma prawo wyjaśniać wątpliwości dotyczące brzmienia oferty. Celem żądania wyjaśnień jest dokonanie rzetelnego badania i oceny treści oferty, co jest obowiązkiem zamawiającego, który musi dotrzymać należytej staranności w przeprowadzeniu badania i oceny ofert. Przeprowadzone przez zamawiającego wyjaśnianie nie stanowiło żadnych negocjacji z Archiwami Mazowieckimi Sp. z o.o. Wyjaśnienia treści oferty stanowiły wykładnię oświadczenia woli wykonawcy. Wykonawca nie złożył żadnych oświadczeń rozszerzających ofertę albo zmieniających jej treść. Zamawiający również nie dokonał żadnych czynności zmierzających albo realizujących zmianę oferty. Oferta w brzmieniu złożonym przez Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. po złożeniu wyjaśnień nie budzi wątpliwości i daje pewność, że jest odpowiedzią na specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zarzut jest niesprecyzowany, bezpodstawny i nie został uzasadniony.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. złożyły nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący wyraził sugestię, że „ma uzasadnione przypuszczenie, iż Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach złożyły nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania". Odwołujący nie sprecyzował, którego elementu wyjaśnień dotyczyły nieprawdziwe informacje i o jakie informacje w tym wypadku chodzi. Zarzut nie został sprecyzowany i stanowi jedynie przypuszczenie nieokreślonego faktu, zatem nie może być



analizowany. Odwołujący musi przedstawić sprecyzowane zarzuty. Zarzut taki nie może być uwzględniony i nie może być doprecyzowany po złożeniu odwołania.
Wniosek odwołującego o „odtajnienie części oferty Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. w zakresie posiadanych serwerów bazodanowych i infrastruktury macierzowej wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi tych zakresów" jest bezzasadny. Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. zastrzegły w ofercie tajemnicę jej określonej części, a następnie zastrzegły tajemnicę złożonych wyjaśnień. Oferta, w tym część, której odtajnienia żąda odwołujący, zawiera opracowanie specjalnej konfiguracji sprzętu spełniającej rozbudowane wymagania zamawiającego, co wiązało się z poniesieniem przez oferenta i jego podwykonawcę znacznych nakładów intelektualnych i finansowych. Zdaniem Archiwów Mazowieckich Sp. z o.o. oferta stanowi propozycję unikalnego rozwiązania technicznego i stanowi znaczącą wartość techniczną i gospodarczą, a ujawnienie informacji mogłoby narazić Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. na osłabienie pozycji konkurencyjnej. Odtajnienie tych materiałów nie będzie miało żadnego wpływu na udzielenie zamówienia odwołującemu, gdyż cena jego oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.
Podniesiony przez zamawiającego zarzut, że odwołujący nie posiada interesu w złożeniu odwołania, zgodnie z ustaloną praktyką orzeczniczą, nie stanowi podstawy do odrzucenia odwołania – jest to kwestia merytoryczna rozpatrywana podczas rozprawy wraz z zarzutami i w ich kontekście i stanowiąca ewentualnie przesłankę do oddalenia odwołania.
Jednak Izba – również zgodnie z praktyką orzeczniczą – uznała, że w niniejszym przypadku nie zachodzi podstawa do uznania braku interesu odwołującego w złożeniu odwołania. Zamawiający powołał się na okoliczności przyszłe i niepewne, które być może nastąpią w postępowaniu – a być może nie, czyli że w przypadku konieczności odrzucenia oferty wybranego wykonawcy i wyboru oferty odwołującego zamawiający być może unieważni całe postępowanie. Należy jednak zwrócić uwagę, że wykonawcom nie odmawia się także prawa do wnoszenia odwołań od poszczególnych czynności w postępowaniu nawet w przypadku postępowania już unieważnionego – do chwili, gdy wykonawca może wnieść odwołanie od samego unieważnienia (lub je wniósł).



Co do kwestii niesprecyzowania przez odwołującego niektórych zarzutów odwołania, to należy stwierdzić, że główny zarzut odwołującego dotyczy naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. (wykonawcy wybranego) ze względu na niezgodność jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Pozostałe zarzuty, jak błędne ustalenie stanu faktycznego czy nierówne traktowanie uczestników postępowania, nie istnieją samodzielnie i są tylko konsekwencją tego, domniemanego, naruszenia.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła też, że stan faktyczny nie jest sporny między stronami.
Strony zgodnie potwierdziły, że, aby spełnić wymóg uzyskania 850 punktów w teście wydajności, konieczna jest dostawa procesora z 40 rdzeniami, gdyż procesor z 32 rdzeniami nie uzyska takiej liczby punktów.
Nie było co do zasady sporne, że pomimo wymogu w punkcie 3.4.5 opisu przedmiotu zamówienia „oprogramowanie systemowe i użytkowe” licencji 2 szt x 2 procesory po 8 core, co daje 32 licencje, ze względu na dodatkowe wskazanie w punkcie 3.4.15 opisu przedmiotu zamówienia „inne wymagania dotyczące wdrożenia systemu”, że wykonawca musi uwzględnić taką liczbę licencji, jaka pozwala na uruchomienie danej funkcjonalności, także licencje dodatkowe.
Z przedstawionego przez odwołującego oświadczenia z 5 września 2014 r. złożonego w imieniu Microsoft Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przez jej prokurentów wynika, że wymagania licencyjne Microsoft dla MS SQL Server Enterprise 2014 per core wymagają licencji dla wszystkich rdzeni fizycznych, nawet jeśli zostaną one wyłączone.
Zamawiający co prawda początkowo stwierdził, że możliwe jest wykorzystanie rdzeni wirtualnych, które nie wymagają takiego licencjonowania, ale ostatecznie przyznał rację odwołującemu, że rozwiązanie takie nie spełnia wymogu punktu 3.4.6 opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego oprogramowania do backupu i archiwizacji, zgodnie z którym na serwerach zostanie wykorzystany agent do backupu online baz danych MS SQL Server lub równoważny. Backup tych zasobów będzie odbywał się poprzez sieć SAN na fizyczne napędy biblioteki taśmowej.
Jak oświadczył zamawiający, zgodnie z otrzymanymi przez niego informacjami, firmy VM WARE i Microsoft formalnie nie wspierają backupu online baz danych MS SQL Serwer poprzez sieć SAN na fizyczne napędy biblioteki taśmowej. Możliwe jest zastosowanie nieoficjalnego rozwiązania, które jednak nie zawsze działa i nie zawsze jest stabilne. Zamawiający przyznał, że rozwiązanie, które nie zawsze działa i nie jest stabilne, nie byłoby zgodne z jego oczekiwaniami.



Odwołujący wskazał też na inną przeszkodę dla takiego rozwiązania, tj. wymóg rozdziału III pkt 3.1 ppkt 11 opisu przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że wykonawca musi

zapewnić dla urządzeń z oprogramowaniem gwarancję i wsparcie serwisowe producentów lub ich autoryzowanych dystrybutorów, a ani Microsoft, ani VM WARE nie zapewniają wsparcia backupu online baz danych MS SQL Serwer poprzez sieć SAN na fizyczne napędy biblioteki taśmowej.
Zatem rzeczywiście należało zaoferować licencje dla rdzeni fizycznych w ilości 40, a zarzut odwołującego potwierdził się.

Co do drugiej podstawy odrzucenia oferty Archiwów Mazowieckich Sp. z o.o., tj. braku zapewnienia przez zaoferowaną macierz obsługi technologii RAID 1, zarzut również się potwierdził.
Z przedstawionych przez odwołującego informacji wynika, że w opisach zaoferowanej macierzy DELL COMPELLENT SC 8000 zamieszczanych przez producenta, producent ten, wymieniając poszczególne RAID, nie wskazuje na RAID 1.
Zamawiający ze swojej strony nie przedstawił takich materiałów, które wymieniałyby RAID 1. Zamawiający co prawda w odpowiedzi na odwołanie przedstawił oświadczenie z 5 września 2014 r. złożone w imieniu spółki DELL. Jednak ostatecznie podczas rozprawy stało się niesporne, że zamawiający w punkcie 3.4.1 opisu przedmiotu zamówienia wiersz „sposób zabezpieczenia danych" wymagał zapewnienia obsługi technologii RAID 0, 1, 10, 5, 6 w sposób sprzętowy. Natomiast z ww. oświadczenia firmy DELL wynika, że zaoferowana macierz co prawda „realizuje funkcjonalność RAID 1", lecz wskazuje to nie na rozwiązanie sprzętowe samej macierzy, lecz funkcjonalne.

Co do zarzutu dotyczącego zmiany, uzupełnienia czy rozszerzenia oferty Archiwów Mazowieckich Sp. z o.o. czy też przedłożenia przez nich nieprawdziwych informacji, Izba stwierdziła, że rzeczywiście – jak podniósł zamawiający – odwołujący odniósł się do treści, których nie zna, stawiając zarzut „na wszelki wypadek", ale go nie formułując (inna sprawa, że było to niemożliwe, gdyż treść wyjaśnień nie została odwołującemu udostępniona).
W każdym razie Izba – nie mając wskazanych konkretnych informacji nieprawdziwych czy uzupełnień – nie stwierdziła powyższych okoliczności. Należy zwrócić uwagę, że niezgodność treści oferty z wymogami zamawiającego nie oznacza automatycznie złożenia nieprawdziwych informacji. Jak też to, że wykonawca udziela w wyjaśnieniach dodatkowych informacji odnośnie oferowanego przedmiotu zamówienia (temu przecież służą wyjaśnienia), nie jest rozszerzeniem czy zmianą oferty. Przedmiot oferty pozostał niezmienny. Natomiast podjęta przez zamawiającego decyzja o wyborze oferty wykonawcy Archiwa Mazowieckie



Sp. z o.o., pomimo wcześniejszych wątpliwości, była wynikiem oceny dokonanej przez samego zamawiającego.

W kwestii utajnienia wyjaśnień Archiwów Mazowieckich Sp. z o.o. z 2 czerwca, 25 lipca i 4 sierpnia 2014 r. Izba stwierdziła, że nastąpiło ono bezpodstawnie. Już niezależnie bowiem od ich treści rzeczywiście zawierających tajemnicę lub nie, powstaje kwestia formalna – wyjaśnienia te nie zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa w chwili ich składania, a, jak wyjaśnił zamawiający podczas rozprawy, dopiero z inicjatywy zamawiającego 11 sierpnia 2014 r. Po pierwsze oznacza to, że wykonawca, składając te wyjaśnienia, jak i długi okres później, nie uznawał tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i nie odczuwał potrzeby ich ochrony – zatem nie są spełnione przesłanki wskazujące na daną informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa (nie była ona chroniona i można było się o niej dowiedzieć w dozwolonej prawem formie). Po drugie, zgodnie ze – słusznymi – założeniami zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach postępowań publicznych określonymi w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Zatem konieczne jest, aby dane informacje zastrzec jako tajemnicę, zrobić to nie później niż w terminie ich składania (zamawiającemu). Przepis ten co prawda dotyczy ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (co do innych pism nie ma regulacji), ale ponieważ informacje zastrzegane jako tajemnica mogą występować także w innych dokumentach (zwłaszcza wyjaśnieniach i uzupełnieniach), zasadę tę stosuje się do wszystkich dokumentów. A więc tylko składając dany dokument można zastrzec jego treść.

Przede wszystkim z powodu wskazanego powyżej, ale też, aby uchronić zamawiającego i inne podmioty od roszczeń wykonawcy, w razie, gdyby zamawiający te dokumenty już wcześniej komuś udostępnił.
Dlatego dokumenty te nie podlegają ochronie jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być innym wykonawcom udostępniane.
Zdaniem Izby ujawniona może być także część oferty wykonawcy Archiwa Mazowieckie Sp. z o.o. w zakresie wnioskowanym przez odwołującego, tj. zaoferowanego procesora i przynależnych mu licencji na oprogramowanie bazodanowe (pkt 3.4.5. opisu przedmiotu zamówienia – załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiersz 5. tabeli). Pomijając już inne okoliczności, informacje te i tak są znane z innych źródeł.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

12

---

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: ……..……

13