

Sygn. akt: KIO 2049/16  
Sygn. akt: KIO 2052/16

**WYROK**  
z dnia 15 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 listopada 2016 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **28 października 2016 r.** przez wykonawcę **AG. Sp. z o.o., ul. (...)** (sygn. akt: KIO 2049/16)
- B. w dniu **28 października 2016 r.** przez wykonawcę **Q. S.A., Al. (...)** (sygn. akt: KIO 2052/16)

w postępowaniu prowadzonym przez **U.D.T., ul. (...)**

przy udziale:

- A. wykonawcy **A Sp. z o.o., ul. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2049/16** po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **AG. Sp. z o.o., ul. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2052/16** po stronie zamawiającego

**orzeka:**

---

**1A i B. oddała oba odwołania;**

2. kosztami postępowania obciąża **AG. Sp. z o.o., ul. (...)** i **Q. S.A., Al. (...)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **AG. Sp. z o.o., ul. (...)** i **Q. S.A., Al. (...)** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 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 2049/16  
Sygn. akt: KIO 2052/16

**Uzasadnienie**

2

---

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z możliwością składania ofert częściowych prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Zakup obudowy i serwerów typu blade, macierzy dyskowej oraz infrastruktury Ethernet i Fiber Channel*”, nr sprawy ZP-Al-7/16, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 122 -218213 z 28.06.2016 r., przez U.D.T., ul. (...) zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 19.10.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze w cz. I - oferty A.G. Sp. z o.o., ul. (...) zwanej dalej: „*A.G. Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym w*

sprawie o sygn. akt: KIO 2052/16". Na drugiej pozycji w rankingu ofert dla cz. I uplasowała się oferta - Q. S.A., Al. (...) zwana dalej: „Q. S.A.” albo „Odwolującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2052/16”. W ramach tego samego pisma poinformował Zamawiający o wyborze w cz. II – A. Sp. z o.o., ul. (...) zwana dalej: „A. Sp. z o.o.” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2049/16”. Na drugiej pozycji w rankingu ofert dla cz. II uplasowała się oferta - A.G. Sp. z o.o., ul. (...) zwanej dalej: „A.G. Sp. z o.o.” albo „Odwolującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2049/16”.

#### **Odwwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2049/16:**

W dniu 28.10.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) A.G. Sp. z o.o. wniosła odwołanie w cz. II - na w/w czynność i zaniechania z 19.10.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.10.2016 r. (e-mailem i wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” w brzmieniu sprzed wejścia w życie nowelizacji Pzp z 22.06.2016 r. (po nowelizacji - art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia A. Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;
- b) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcy A. punktów w ramach kryterium „wymagania dodatkowe” w zakresie warunku posiadania wbudowanej kompresji danych realizowanej przez dyski i niewyływającej na wydajność macierzy, podczas gdy rozwiązanie H. VSP G1000 oraz wersje OEM oferowane przez tego wykonawcę nie spełnia przedmiotowego warunku dla wymaganych przez Zamawiającego rodzajów dysków tj. SSD/EFD, FC/SAS 10kRPM/15kRPM, SATA/NL-SAS, a jedynie spełnia to wymagania dla danych składowanych na kartach FMD DC2;
- c) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. Sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z treścią postanowień Specyfikacji Istotnych

3

---

Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”;

- d) art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w ofercie A. Sp. z o.o., które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. specyfikacji technicznej w zakresie opisu technicznego rozwiązania H. VSP G1000 oraz wersje OEM, który jest powszechnie udostępniany przez producenta urządzenia - firmę H. D.S.C. - m.in. w oficjalnych katalogach i instrukcjach producenta;
- e) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty A. Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej;

- ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty A. Sp. z o.o.;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- wykluczenie wykonawcy A. Sp. z o.o.,
- odrzucenie oferty wykonawcy A. Sp. z o.o.;
- względnie - obniżenie ilości punktów przyznanych wykonawcy A. Sp. z o.o.

w ramach kryterium „wymagania dodatkowe” w zakresie warunku posiadania „wbudowanej kompresji danych realizowanej przez dyski i niewyływającej na wydajność macierzy” z 5 pkt do 0 pkt;

- dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W SIWZ w rozdziale XII pn. „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” w pkt 1 Zamawiający wskazał, iż kryteriami oceny ofert w części nr 2 zamówienia są „cena” (waga 60) oraz „wymagania dodatkowe” (waga 40). Zamawiający wskazał, że w drugim kryterium przyzna punktację temu wykonawcy, który wykaże (poprzez zaznaczenie w formularzy oferty pola z napisem „ TAK”), że zaoferowany przedmiot zamówienia posiada/ umożliwia więcej funkcjonalności/ rozwiązań niż minimalne określone w Specyfikacji Technicznej. Dalej Zamawiający wskazał, że w ramach kryterium „wymagania dodatkowe” punktowane będzie m. in. zaoferowanie przez wykonawcę wbudowanej kompresji danych realizowanej przez dyski, z zastrzeżeniem, że nie będzie to wpływać na wydajność macierzy – w przypadku zaoferowania takiej funkcjonalności wykonawca mógł otrzymać 5 pkt w kryterium

„wymagania dodatkowe”.

W dniu 04.08.2016 r. oferty w zakresie części nr 2 przedmiotu zamówienia złożyli m.in. Odwołujący oraz A. Sp. z o.o. W swojej ofercie wskazał, iż oferowane przez niego rozwiązanie w zakresie macierzy dyskowej - urządzenie H. VSP G1000 oraz wersje OEM - posiadają wbudowaną kompresję danych realizowaną przez dyski i niewypływającą na wydajność macierzy. Zamawiający po dokonaniu czynności badania

4

i oceny ofert pismem z 19.10.2016 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania. W zakresie części nr 2 zamówienia Zamawiający wybrał ofertę A. Sp. z o.o., która uzyskała łącznie 83 pkt we wszystkich kryteriach. Na drugim miejscu znalazła się oferta Odwołującego, która uzyskała łącznie 81,36 pkt. Oferty pozostałych wykonawców nie podlegały ocenie z uwagi na okoliczności wskazane przez Zamawiającego w piśmie z 19.10.2016 r. W ramach kryterium „wymagania dodatkowe” w podkryterium dotyczącym wbudowanej kompresji danych realizowanej przez dyski A. Sp. z o.o. - pomimo okoliczności podnoszonych przez Odwołującego w piśmie z 12.8.2016 r. - uzyskał 5 dodatkowych punktów, dzięki czemu jego oferta uzyskała najwięcej punktów i została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Zaniechanie A. Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w brzmieniu sprzed wejścia w życie nowelizacji Pzp z 22.06.2016 r. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. A. Sp. z o.o. w swojej ofercie - poprzez zaznaczenie w formularzu oferty, przy podkryterium dotyczącym wbudowanej kompresji danych, pola z napisem TAK” - wskazał jednoznacznie, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie w zakresie macierzy dyskowej - (według Odwołującego jest to urządzenie H. VSP G1000) - posiada „wbudowaną kompresję danych realizowaną przez dyski, niewypływającą na wydajność macierzy”. Co istotne - element ten był dodatkowo punktowany i wpłynął na ocenę oferty. Twierdzenie „tak” w formularzu ofertowym w powyższym zakresie - jest jednoznacznie nieprawdziwą informacją, złożoną celowo Zamawiającemu aby wprowadzić go w błąd. Zdaniem Odwołującego, z informacji uzyskanych w trakcie dialogu technicznego oraz z wiedzy branżowej na temat dostępnych urządzeń - wynika, że A. Sp. z o.o. zaoferował rozwiązanie oparte o urządzenie H. VSP G1000 lub jego wersje OEM. Podkreślił, że rozwiązanie H. VSP G1000 oraz wersje OEM oferuje kompresję tylko dla danych składowanych na nośnikach FMD DC2, nie oferuje natomiast takiej funkcjonalności dla dysków SSD/EFD, FC/SAS 10kRPM/15kRPM, SATA/NL-SAS, wymaganych przez SIWZ w zał. 3 do SIWZ, specyfikacja techniczna – cz. 2, pkt 5, str. 5. W szczególności macierz H. VSP G1000 nie oferuje kompresji dla dysków SAS 10kRPM, w które macierz musi być wyposażona w ilości minimum 120 szt. Z tego też powodu wykonawcy potencjalnie oferujący rozwiązanie VSP G1000 bezpodstawnie zadeklarowali oferowanie funkcjonalności, której oferowane rozwiązanie nie zapewnia w stopniu zgodnym z SIWZ.

a) Po pierwsze - KARTY FMD DC2 - NIE SĄ DYSKAMI, nie mogą więc zapewnić tej funkcjonalności,

b) Po drugie - nawet jeśli w pokrętny sposób używając dowolnej interpretacji - można by

5

nazwać je „dyskami” - i tak, aby wymóg Zamawiającego został spełniony - należało zapewnić, aby wszystkie dyski posiadały możliwość kompresji, w innym przypadku – wymaganie Zamawiającego nie miało by sensu, gdyż mogłoby zostać spełnione np. przez jeden lub dwa dyski z ponad dwustu,

c) Po trzecie - istnieją w rzeczywistości rozwiązania oparte o kompresję wszystkich dysków, A. Sp. z o.o. mógł je zaoferować i uzyskać te punkty, ale nie zrobił tego, ale zaoferował inne rozwiązanie.

Odwołujący w piśmie do Zamawiającego z 12.8.2016 r. dokonał szczegółowej analizy oferty A. Sp. z o.o., wypunktował jej nieprawidłowości i wykazał za pomocą dowodów w postaci załączonych specyfikacji technicznych producentów urządzeń oferowanych przez A. Sp. z o.o., iż informacja odnośnie dodatkowej funkcjonalności polegającej na kompresji

danych przez dyski, niewpływającej na wydajność macierzy jest nieprawdziwa. Odwołujący wskazał, iż rozwiązanie H. VSP G1000 oraz wersje OEM oferuje kompresję tylko dla danych składowanych na kartach FMD DC2, nie oferuje natomiast takiej funkcjonalności dla dysków SSD/EFD, FC/SAS 10kRPM/15kRPM, SATA/NL-SAS, wymaganych przez SIWZ w zał. 3 do SIWZ, specyfikacja techniczna – cz. 2, pkt 5, str. 5. Odwołujący zwrócił uwagę, iż macierz H. VSP G1000 w szczególności nie oferuje kompresji dla dysków SAS 10kRPM, w które macierz musi być wyposażona w ilości minimum 120 sztuk. Z tego też powodu - jak wskazał dalej Odwołujący - wykonawcy potencjalnie oferujący rozwiązanie VSP G1000, w tym A. Sp. z o.o., bezpodstawnie zadeklarowali oferowanie funkcjonalności, której oferowane rozwiązanie nie zapewnia w stopniu zgodnym z SIWZ (pismo oraz specyfikacje w załączeniu). Tym samym należy przyjąć, iż Zamawiający, co najmniej od dnia 12.8.2016 r., dysponował popartą dowodami informacją, iż A. Sp. z o.o. przedstawił w swojej ofercie nieprawdziwe informacje. Wskazał, iż zawarta w ofercie informacja niewątpliwie miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, bowiem doprowadziła w efekcie do wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. Zwrócił uwagę, iż gdyby A. Sp. z o.o. nie wskazał w swojej ofercie, iż oferuje on urządzenie zdolne do kompresji danych przez dyski, bez wpływu na wydajność macierzy, jego oferta uzyskaby nie 83 pkt, lecz 78 pkt, a w konsekwencji za najkorzystniejszą ofertę uznana zostałaby oferta Odwołującego, która uzyskała 81,36 pkt. W konsekwencji uznał, iż w przedmiotowym stanie faktycznym spełnione zostały przesłanki obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których mowa w przepisach Pzp, a mimo tego, Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, czym rażąco naruszył art. 24 ust. 4 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Bezpodstawne przyznanie A. Sp. z o.o. punktów w ramach kryterium „wymagania dodatkowe” w zakresie warunku posiadania wbudowanej kompresji danych realizowanej przez dyski i niewpływającej na wydajność macierzy. W związku z faktem, że rozwiązanie

6

---

H. VSP G1000 nie zapewnia kompresji danych dla całej macierzy, tj. dla dysków SSD/EFD, FC/SAS 10kRPM/15kRPM, SATA/NL-SAS, wymaganych przez SIWZ w zał. 3 do SIWZ, specyfikacja techniczna - część 2, pkt 5, str. 5 - A. Sp. z o.o. nie powinien otrzymać 5 pkt w kryterium „wymagania dodatkowe” w zakresie warunku posiadania wbudowanej kompresji danych realizowanej przez dyski i niewpływającej na wydajność macierzy. Bezpodstawne przyznanie wykonawcy punktów w tym kryterium miało wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby A. Sp. z o.o. uzyskał 0 pkt w przedmiotowym kryterium, jego oferta nie zostałaby uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, a zamówienie uzyskałby Odwołujący.

Zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ. Niezależnie od powyższego, należy wskazać, iż Zamawiający powinien był odrzucić ofertę A. Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający w trakcie postępowania dysponował dokładnymi informacjami, w jakim zakresie oferta rzeczonoego wykonawcy pozostawała w niezgodności w SIWZ - we wspomnianym wcześniej piśmie z 12.8.2016 r. Odwołujący wskazał szczegółowo jakie parametry oferowanego przez A. Sp. z o.o. rozwiązania - karty FMD DC2, stanowiącej element macierzy H. VSP G1000 - nie są kompatybilne z wymogami wskazanymi przez Zamawiającego.

I. W zał. nr 3 do SIWZ, Specyfikacja techniczna – cz. 2 pkt 5, Zamawiający postawił następujący wymóg: „Oferowana macierz dyskowa musi być wyposażona w co najmniej: 25 TiB pojemności użytkowej na dyskach SSD SLC iub eMLC (w konfiguracji min 20 szt SSD), nie dopuszcza się realizacji tej funkcjonalności przez karty typu Flash..... dopuszcza się wyłącznie dyski klasy enterprise”.

Karty H. FMD DC2 nie spełniają powyższych wymogów w następującym zakresie:

a) Karty FMD oraz FMD DC2 nie są dyskami SSD, które jako jedyne zostały dopuszczone jako spełniające wymagania SIWZ. Dowód: „H. Accelerated Flash, An Innovative Approach to Solid- State Storage”, str. 16. Producent macierzy H. w załączonym dokumencie stwierdza: „An FMD DC2 is not an SSD” (tłumaczenie: FMD DC2 nie jest dyskiem SSD). Dowód: „H. Accelerated Flash, An Innovative Approach to Solid - State Storage”, str. 2. Producent macierzy H. w załączonym dokumencie stwierdza: „Although FMDs use MLC flash, they are not SSDs” (tłumaczenie: Pomimo, że moduły FMD używają komórek MLC, nie są jednak dyskami SSD).

b) Karty FMD zbudowane są w oparciu o technologię gorszą niż wymaganą w SIWZ. Zamawiający wymagał, aby macierz wyposażona została w technologię SSD SLC lub eMLC (enterprise MLC), podkreślając dodatkowo, że dopuszcza wyłącznie dyski klasy Enterprise. Karty FMD zbudowane są w oparciu o technologię MLC, a więc technologię znacznie gorszą niż wymagana, a przez to znacznie tańszą niż SLC czy eMLC. Dowód: „*H. Accelerated*

7

---

*Flash, An Innovative Approach to Solid- State Storage*”2, str. 12.

„*Key Building Blocks of H. Accelerated Flash* .....

\* *MLC NAND flash (part of the FMD)*” tłumaczenie: „*Kluczowe elementy składowe technologii H. Accelerated Flash*

\* *komórki MLC NAND*”

Dowód 4: „*H. Accelerated Flash, An Innovative Approach to Solid- State Storage*”, str. 2.

Producent macierzy H. w załączonym dokumencie stwierdza: „*Although FMDs use MLC flash, they are not SSDs*” (tłumaczenie: Pomimo, że moduły FMD używają komórek MLC, nie są jednak dyskami SSD).

II. W zał. nr 3 do SIWZ, Specyfikacja techniczna – cz. 2 pkt 5, Zamawiający postawił wymóg:

„*Oferowana konfiguracja musi być zbudowana z półek dyskowych o wysokiej gęstości - minimum 60 dysków w każdej półce na dyski 2,5” oraz 50 dysków w półce na dyski 3,5”*

*Powyższy wymóg jednoznacznie wskazuje, że każda oferowana półka dyskowa, musi pomieścić nie mniej niż 50 dysków, oraz jako zgodne z SIWZ dopuszczone są tylko i wyłącznie dyski o wielkości 2,5” oraz 3,5”.*

Zastosowanie kart H. FMD / FMD DC2 nie spełniają powyższych wymogów w następującym zakresie:

a) Karty FMD są większe i dłuższe niż dyski 2,5” oraz 3,5”, co jednoznacznie jest parametrem gorszym niż wymagane. Dowód: „*H. Accelerated Flash, An Innovative Approach to Solid- State Storage*”, str. 2. Producent macierzy H. w załączonym dokumencie stwierdza: „*The FMD is larger and longer than a traditional 2,5 - or 3,5-inch SSD*” (tłumaczenie: FMD jest większe i dłuższe niż tradycyjne dyski 2,5” lub 3,5” SSD). Jednocześnie podkreślił, iż macierze HDS VSP G pozwalają na instalację dysków zgodnych z SIWZ, m.in. dysków 400GB 2,5” SSD, czy 800GB 2,5” SSD. Tym samym wykonawcy oferujący rozwiązanie na bazie macierzy HDS VSP G mogli zaoferować konfiguracje w pełni zgodną z wymaganiami Zamawiającego.

b) zastosowane półki dyskowe muszą mieć możliwość instalacji nie mniej niż 50 dysków 3,5” oraz 60 dysków 2,5”. Karty FMD oraz FMD DC2 instalowane są w półkach o wysokości 8U, które mieszczą 48 modułów FMD, lub półkach o wysokości 2U, które mieszczą 12 takich modułów. Żadna z tych półek nie pozwala na instalację minimalnej ilości wymaganej w SIWZ, określonej przez Zamawiającego na 50. Dowód: Specyfikacja techniczna macierzy dyskowej G1000, str. 2. Tabela ze specyfikacją techniczną, wiersz Disk Expansion Trays (półki rozszerzające dla dysków): 8U: 48 FMD, 2U:...12 flash module drive (FMD).

III. W zał. nr 3 do SIWZ, Specyfikacja techniczna – cz. 2 pkt 5, Zamawiający postawił następujący wymóg: „*Oferowana macierz dyskowa musi być wyposażona w napędy dyskowe z podwójnymi interfejsami.*”. Moduły FMD oraz FMD DC2 wyposażone są w pojedynczy interfejs PCIe 2.0 x8, przez co nie spełniają wymogów Zamawiającego

8

---

postawionych w SIWZ. Dowód: „*H. Accelerated Flash, An Innovative Approach to Solid - State Storage*”, str. 18. Schemat nr 13 przedstawiający architekturę modułu FMD/FMD DC2 z pojedynczym interfejsem PCIe 2.0 wraz z jednoznacznym wskazaniem „*The PCIe interface connects to an external SAS target mode controller*” (tłumaczenie: interfejs PCIe łączy się z zewnętrznym kontrolerem SAS). Reasumując A. Sp. z o.o., który zaoferował macierz dyskową HDS VSP G (lub wersję OEM) oraz zadeklarował funkcjonalność dodatkową w postaci kompresji na dyskach, zrobił to wbrew postanowieniom SIWZ, ponieważ funkcjonalność ta nie obejmuje wszystkich zaoferowanych i wymaganych w SIWZ dysków. Co więcej, funkcjonalność ta oferowana jest przez karty FMD DC2, które nie spełniają wielu zapisów SIWZ, których część została przytoczona powyżej. Z tego też powodu, oferty tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z wymaganiami Zamawiającego. Na marginesie należy również wskazać, że macierz HDS VSP G (lub jej wersje OEM) pozwala na konfiguracje zgodną

z minimalnymi wymaganiami Zamawiającego, jednakże konfiguracja ta, z racji konieczności zastosowania nośników eMLC jest dużo bardziej kosztowna niż oparta o konsumenckie komórki flash MLC.

Zaniechanie odtajnienia części oferty A. Sp. z o.o. - opisu technicznego rozwiązania H. VSP G1000 oraz wersji OEM. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp 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 oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153 poz. 1503, dalej: „*uznk*”) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W przedmiotowym stanie faktycznym nie zachodzą przesłanki uznania opisu rozwiązania H. VSP G1000 za tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem brak jest przesłanki „nieujawnienia do wiadomości publicznej”. Przedmiotowe informacje są bowiem publicznie udostępnione przez producenta urządzenia - firmę H. D.S.C. w formie publicznych instrukcji/katalogów producenta dostępnych m.in. na stronie internetowej H. pod adresami: <https://www.hds.com/en-us/pdf/w/white-paper/H-w/white-paper-accelerated-flash-storage.pdf> oraz <https://www.hds.com/assets/pdf/virtual-storage-platfom-family-datashet.pdf>. Z powyższych względów - ze względu na brak spełnienia przesłanek uznania opisu za tajemnicę przedsiębiorstwa - oferta wykonawcy A. w przedmiotowym zakresie powinna zostać odtajniona przez Zamawiającego.

9

---

Zamawiający w dniu 28.10.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31.10.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) A. Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2052/16:**

W dniu 28.10.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Q. S.A. wniosła odwołanie w cz. I - na w/w czynność i zaniechania z 19.10.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.10.2016 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A.G. Sp. z o.o., która nie spełnia wymogu SIWZ dotyczącego oferowanych rozwiązań w Części Technicznej – Cz. 1 (wymóg opisany w Zał. nr 3 do SIWZ poz. 1 „Obudowa serwerowa typu Blade - wymagania ogólne - 1 szt., parametr 2 „Identyfikacja”);

2. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień A.G. Sp. z o.o. w zakresie treści złożonej oferty, podczas gdy potwierdzenie spełnienia wymogu SIWZ nie zostało potwierdzone w postępowaniu w trybie wyjaśnień treści oferty złożonych przez A.G. Sp. z o.o. ,

3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz:

- odrzucenia oferty A.G. Sp. z o.o. jako oferty nie spełniającej treści SIWZ,

- ponowną ocenę ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,

- dokonanie wyboru oferty Q. S.A. jako najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania. Dodatkowo:

1. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie wniosków dowodowych opisanych w uzasadnieniu

---

dokumentów złożonych na rozprawie na okoliczności powołane przy okazji składania takich dokumentów;

2. Odwołujący wnosil również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

W dniu 19.10.2016 r. Zamawiający doręczył Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym za pomocą e-maila. W niniejszym odwołaniu Odwołujący wskazuje, że czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu wyboru oferty A.G. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, nie znajduje podstawy w przepisach Pzp oraz treści ogłoszenia i SIWZ. Przywołał wyroku ZA z 14.07.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2007/06. Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający dokonał błędnego ustalenia stanu faktycznego w niniejszej sprawie i dokonał nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez A.G. Sp. z o.o.. Q. S.A. zarzuca, że oferta A.G. Sp. z o.o. jest ofertą niezgodną z SIWZ, a zatem nie powinna zostać poddana ocenie przez Zamawiającego w ramach postępowania.

[Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez A.G. Sp. z o.o. jako oferty nieodpowiadającej treści SIWZ]. Odwołujący zarzucił, że oferta złożona przez firmę A.G. Sp. z o.o. nie spełnia wymagań określonych SIWZ i tym samym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazał, iż w treści Zał. nr 3 do SIWZ - Specyfikacja techniczna – Cz. 1, Zamawiający w akapicie 5 wprowadził następujący wymóg: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w kolumnie 4 formularza technicznego wskazał szczegółowo parametry oferowanego sprzętu, a nie zawierał zapisy typu „zgodne z SIWZ” lub „Spełnia” lub wpisywał wymagania podane przez Zamawiającego na zasadzie „kopiuj-wklej”.*

W treści Specyfikacji Technicznej (Części 1), Poz. 1 - Obudowa serwerowa typu Blade - wymagania ogólne - 1 szt. w poz. 2 „Identyfikacja” należało natomiast podać - zgodnie z wymogami w kolumnie nr 3 Charakterystyka (wymagania minimalne) - Typ produktu, model, numer katalogowy (wraz z wszystkimi elementami składowymi).

Zamawiający wymagał zatem, aby minimalnymi parametrami, które mają podać wykonawcy dla danego sprzętu był: typ produktu, model, numer katalogowy oraz wszystkie elementy składowe. Zamawiający wymagał również, aby parametry oferowanego sprzętu były każdorazowo opisane szczegółowo, a nie w sposób zawierający sformułowania „zgodne z SIWZ”, „spełnia” lub informacje skopiowane ze specyfikacji. Oferent A.G. Sp. z o.o. nie zastosował się do ww. wytycznych Zamawiającego, oferent bowiem nie wskazał szczegółowo parametrów oferowanego sprzętu. W kolumnie nr 4 w polu „Identyfikacja” A.G. Sp. z o.o. wpisał jedynie: Typ produktu: Obudowa serwerowa typu Blade, Model: PowerEdge, numer katalogowy: M1000e wraz ze wszystkimi elementami składowymi.

---

Powyższy opis jest sprzeczny z powyżej wskazanym wymogiem Zamawiającego w zakresie opisu parametrów oferowanego sprzętu i nie wypełnia przesłanek oferty, których od oferentów oczekiwałby Zamawiający. Oferta ADT jest zatem niekompletna, a jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Po pierwsze, A.G. Sp. z o.o. nie wpisał numeru katalogowego przedmiotowego sprzętu, bowiem oznaczenie „M1000e” to oznaczenie modelu PowerEdge. Podanie jednego part number'u nie definiuje natomiast konkretnych rozwiązań i produktów, które wykonawca oferuje Zamawiającemu.

Po drugie, Zamawiający wymagał podania szczegółowo parametrów technicznych wszystkich elementów składowych oferowanego sprzętu, tym samym wskazanie przez A.G. Sp. z o.o. w ofercie, iż oferuje sprzęt wraz ze wszystkimi elementami składowymi nie spełnia wymogów Zamawiającego. Z treści oferty A.G. Sp. z o.o. nie wynika jaki dokładnie sprzęt wykonawca oferuje Zamawiającemu, o jakich parametrach, jakie konkretne produkty wchodzi w skład oferowanego rozwiązania. A.G. Sp. z o.o. nie tylko nie podał wszystkich elementów składowych sprzętu, ale również niezgodnie z treścią SIWZ skopiował część wymagania z jego treści w miejsce, w którym należało podać konkretne rozwiązania,

stanowiące elementy składowe sprzętu.

W ocenie Odwołującego wskazanie przez A.G. Sp. z o.o. jedynie na numer katalogowy modelu i stwierdzenie, że będzie on zawierał wszystkie elementy składowe (bez jednoznacznego wskazania jakie to będą elementy) powoduje, że w zakresie ww. wymogu sprzętowego A.G. Sp. z o.o. nie złożył żadnej oferty. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że możliwe jest stworzenie różnych konfiguracji (i zaoferowanie różnych produktów, el. składowych rozwiązania) w tym określonym zakresie. Wybór oferty A.G. Sp. z o.o. doprowadzi więc do sytuacji, w której konkretne rozwiązanie, zawierające określony zestaw elementów zostanie Zamawiającemu zaoferowany dopiero na etapie wykonywania przedmiotu umowy (zamiast na etapie składania ofert). Odwołujący wskazał, że skoro Zamawiający postawił w treści SIWZ konkretne, wyraźne wymagania co do zasad i sposobu wypełnienia załącznika technicznego (Specyfikacji Technicznej, Części 1), polegające na:

- obowiązku szczegółowego opisu parametrów oferowanego sprzętu (zamiast opisów typu „zgodne z SIWZ” lub „Spełnia” lub wpisywał wymagania podane przez Zamawiającego na zasadzie „kopiuj- wklej”,
- obowiązku podania charakterystyki (tj. minimalnych wymagań) sprzętu poprzez wskazanie typu produktu, modelu, numeru katalogowego wraz z wszystkimi elementami składowymi, na etapie badania ofert winien następnie zweryfikować, czy oferenci spełnili w/w wymogi i zaoferowali kompletne, szczegółowo opisane rozwiązanie wg. wskazanych wytycznych. W przeciwnym razie Zamawiający nie stawiałby tak szczegółowych wymogów.

12

---

W ocenie Odwołującego w przeprowadzonym postępowaniu Zamawiający - biorąc pod uwagę treść oferty A.G. Sp. z o.o. w zakresie objętym odwołaniem - nie był natomiast w stanie zweryfikować:

- czy i jakie produkty zaoferował mu A.G. Sp. z o.o., w szczególności jakie elementy składowe tworzą rozwiązanie,
- czy zaoferowane przez A.G. Sp. z o.o. produkty spełniają wymogi Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego oferta A.G. Sp. z o.o. nie mogła podlegać rzetelnej weryfikacji w ww. zakresie. Zamawiający nie mógł bowiem ocenić i sprawdzić jakie rozwiązanie oferuje mu A.G. Sp. z o.o. W tej sytuacji oferta A.G. Sp. z o.o. - jako niepodlegająca ocenie i uzupełnieniu - powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie bowiem z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp: „Art. 89. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; (...).” Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że zaistnienie przesłanki w nim wymienionej, tj. niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, musi skutkować odrzuceniem oferty. Wskazał na wyrok KIO z 25.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1474/12. Dodatkowo na wyroku KIO z 09.03.2010 r., sygn.

akt: KIO/UZP 24/10. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie zaniechał odrzucenia oferty A.G. Sp. z o.o., zawierającej wskazane powyżej braki.

Odwołujący podkreślił również, że w piśmie z 05.10.2016 r. (w aktach postępowania) wskazywał Zamawiającemu na fakt, że oferta A.G. Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ. W piśmie A.G. Sp. z o.o. z 12.10.2016 r. - złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 10.10.2016 r. - znajduje się natomiast jedynie lakoniczne stwierdzenie, że oferowane rozwiązanie nie budzi wątpliwości co do przedmiotu oferty, a tym samym w pełni odpowiada i jest zgodne z opisanymi w SIWZ potrzebami Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił, że skoro Zamawiający powziął wątpliwości co do treści oferty A.G. Sp. z o.o. i w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał A.G. Sp. z o.o. do wyjaśnień, nie można uznać za skutecznego, a tym bardziej wyjaśniającego sprawę stwierdzenia A.G. Sp. z o.o., że „oferowane rozwiązanie nie budzi wątpliwości”, a tym samym Zamawiający powinien przyjąć, że oferta odpowiada treści SIWZ. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający bezkrytycznie przyjął powyższe wyjaśnienia, chociaż nie wyjaśniały one powstałych wątpliwości co do treści oferty A.G. Sp. z o.o. Wskazał na wyrok KIO z 10.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2845/12. Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy słusznym jest twierdzenie Odwołującego, że czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert w niniejszym postępowaniu nie można przepisać przymiotu kompletności i rzetelności, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty A.G. Sp. z o.o. jako

gdy oferta nie najkorzystniejszej, podczas, tego podmiotu spełniała oczekiwania Zamawiającego wskazanych w SIWZ. Przywoła wyrok KIO z 12.06.2012 r., sygn. akt: KIO

1084/12 oraz wyrok KIO z 22.10.2014 r., sygn. akt: KIO 2046/14. Podzielił także stanowisko KIO wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 28.05.2010 r., sygn. akt: KIO 868/10. Q. S.A. zwrócił uwagę na utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd za wyrokiem KIO o sygn. akt: KIO 2924/13. Podkreślił także, że A.G. Sp. z o.o. nie załączyło do swojej oferty żadnych innych dokumentów, które mogłyby potwierdzać parametry sprzętu - Obudowy serwerowej typu Blade, model PowerEdge M 1000e.

Przepis art. 84 ust. 1 Pzp brzmi: *"Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę"*. Z przepisu tego wynika, że po upływie terminu składania oferty, z wyjątkiem sytuacji przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp., ingerencje w zawartość oferty są wykluczone (za wyrokiem KIO z 17.05.2013 r., sygn. akt: KIO 1042/13). Odwołujący wskazał, iż przedmiotowy dokument nie mieści się w katalogu dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, tym samym nie może i nie mógłby być uzupełniony w trybie nie może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazał na wyrok KIO z 27.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 547/10. Odwołujący podniósł, iż tak istotne błędy, jak objęte niniejszym odwołaniem, w ofercie profesjonalnego podmiotu nie mają charakteru nieistotnego. Nie może być tak, że oferent składa ofertę z brakami, co do dokumentacji przedmiotowej potwierdzającej spełnianiem wymagań, bez wskazania określonych parametrów danego urzędnika wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z treścią SIWZ. Postępowanie takie jest niedopuszczalne i stanowi naruszenie Pzp. Zamawiający akceptując takowe postępowaniem prowadzi do naruszenia naczelných zasad PZP, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania oferentów.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp jest przede wszystkim konsekwencją naruszeń wyżej opisanych. W tym miejscu jedynie należy zauważyć, że w praktyce tak dowolne i nie oparte na konkretnych zapisach SIWZ działania Zamawiającego stwarza bardzo istotne ryzyko nierównego traktowania wykonawców. Wobec jednych bowiem Zamawiający może postępować w sposób bardziej liberalny. Szczególnie, że Zamawiający nawet nie motywuje swojej decyzji w sposób umożliwiający rzeczywistą obronę Odwołującego. Zdaniem Q. S.A., Zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków. W sposób bezkrytyczny przyjął treść zawartą w ofercie, wyjaśnieniach A.G. Sp. z o.o. przyjmując niekompletną ofertę, podczas gdy podmiot ten nie zaoferował Zamawiającemu szczegółowo wszystkich rozwiązań, tak jak uczynili to inni uczestnicy postępowania (przykładowo w ofercie Q. S.A. lub C. w tym zakresie znajduje się szczegółowa lista rozwiązań i produktów). Przywołał wyrok ZA z 16.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-49/06.

Zamawiający w dniu 28.10.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia

2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31.10.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) A.G. Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.11.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) A.G. Sp. z o.o. złożyło pismo procesowe. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Po pierwsze stwierdził, że odwołanie jest całkowicie bezzasadne, gdyż nie istnieje postanowienie SIWZ, z którym miałyby być niezgodna oferta Przystępującego. Odwołujący w złożonym odwołaniu nie zarzucił, że urządzenie zaoferowane przez Przystępującego nie spełnia wymagań SIWZ - Odwołujący oferuje z resztą to samo urządzenie firmy D. tj. obudowę serwerowa typu Blade, Power Edge, M1000e. Przedmiotem odwołania i jedyną kwestią sporną pomiędzy stronami jest natomiast rzekome niewystarczające potwierdzenie w ofercie Przystępującego spełnienia wymagań SIWZ przez wymienione urządzenie. Odwołujący zarzuca Przystępującemu rzekome niewystarczające wypełnienie jednej pozycji specyfikacji technicznej - poz. 1 „Obudowa serwerowa typu Blade”, L.p. 2 „Identyfikacja”, kolumna czwarta „Potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego poprzez wypełnienie

tej kolumny w sposób opisowy - wypełnia Wykonawca" załącznika nr 3 do SIWZ „Specyfikacja Techniczna” - Część 1.

*W tym miejscu w piśmie znajduje się fragment wzoru załącznika nr 3 do SIWZ.*

Odwołujący zarzucił, że wypełnienie tej pozycji przez Przystępującego jest sprzeczne z ustanowieniem akapitu 5 Specyfikacji Technicznej, zgodnie z którym Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w kolumnie 4 formularza technicznego wskazał szczegółowo parametry oferowanego sprzętu, a nie zawierał zapisy typu „zgodne z SIWZ” lub „Spełnia” lub wpisywał wymagania podane przez Zamawiającego na zasadzie „kopiuj-wklej”.

Tymczasem - Przystępujący w spornej pozycji podał szczegółowo wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry tj. określił: „*typ produktu - obudowa serwerowa typu Blade, model - Power Edge*

*numer katalogowy – M1000e.*”

Podkreślił, że pojęcia "model" oraz "nr katalogowy" - w odniesieniu do OBUDOWY - są prawidłowo rozumiane przez Przystępującego, jest to pojęcie powszechnie występujące w oficjalnych ofertach sprzedażowych przedmiotowej obudowy (w załączeniu oferty wraz z tłumaczeniami). (Odwołujący również w treści odwołania wskazuje, że m1000e to Part number i opiera zarzut o brak wskazania numerów katalogowych w zakresie części składowych obudowy). Podkreślił, że we wskazanej spornej pozycji należało określić trzy

15

---

podane przez Przystępującego parametry. Identyfikują one jednoznacznie - zgodnie z tytułem wiersza - oferowane urządzenie. Natomiast - pozostałe parametry techniczne urządzenia należało podać w kolejnych znajdujących się poniżej pozycjach Specyfikacji Technicznej.

*W tym miejscu w piśmie znajduje się fragment oferty Przystępującego.*

Ponadto, Przystępujący poprzez określenie sformułowania „*wraz z wszystkimi elementami składowymi*” zaferował dostarczenie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów składowych wymienionych w kolejnych wierszach Specyfikacji Technicznej, takich jak np. przełączniki D. Force10 MXL wymagane w L.p. 7 „*Sposób agregacji/wyprowadzenia sygnałów LAN*”, przełączniki SAN Brocade M6505 wymagane w L.p. 10 „*Sposób agregacji/wyprowadzenia sygnałów LAN*”, czy zasilacze, wentylatory wymagane w L.p. 12 „*Zasilanie i chłodzenie*”. Biorąc pod uwagę, że elementy składowe urządzenia wymagane przez Zamawiającego zostały dokładnie wyspecyfikowane w kolejnych wierszach Specyfikacji Technicznej, nie było wymagane wymienianie tych elementów w pozycji L.p. 2 „*Identyfikacja*”. Zamawiający nie użył w tym miejscu sformułowania „*należy podać wszystkie elementy składowe*”. Ponadto, w przypadku elementów składowych nie funkcjonują odrębne od urządzenia typy produktu, modele oraz numery katalogowe.

Wskazał, iż Odwołujący - wbrew wymogowi postawionemu przez Zamawiającego - „wymienił elementy składowe oferowanego rozwiązania w pozycji L.p. 2, kolumna czwarta, a następnie - tak samo jak Przystępujący - powtórzył je w innych pozycjach Specyfikacji Technicznej, dodając każdorazowo szczegółowy opis. Potwierdza to, iż wspomniana pozycja miała zawierać jedynie informacje na temat OBUDOWY - oferowanego urządzenia - z kolei szczegółowe rozwiązania w ramach oferowanego urządzenia, tj. elementy składowe określone miały być w kolejnych wierszach Specyfikacji Technicznej (wiersze 7 -13). Pomimo wypełnienia przez Przystępującego formularza Specyfikacji Technicznej zgodnie z wolą Zamawiającego, Odwołujący wskazał, iż oferta A.G. Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający nie mógł ocenić i sprawdzić jakie rozwiązania oferuje mu Przystępujący. Co do twierdzenia, jakoby indywidualne nr katalogowe poszczególnych elementów obudowy miały dać Zamawiającemu wiedze co do konfiguracji obudowy - odwołanie oparte jest o niewiedzę Odwołującego, który nie zapoznał się z pełną treścią oferty Przystępującego - nie wnioskował o odtajnienie dokumentów załączonych do oferty. Tymczasem - na str. 50-56 oferty A.G. Sp. z o.o. jest szczegółowa konfiguracja obudowy m1000e oraz jej elementów składowych. Wynikają z niej jednoznacznie wszelkie aspekty techniczne oferowanej obudowy.

W następnej kolejności podniósł, że orzecznictwo przywołane przez Odwołującego - jest nieadekwatne do przedmiotowej sprawy. Odwołujący szeroko przywołał orzecznictwo

16

KIO, niemniej jednak - wszelkie orzeczenia jakie przytoczył - są nieadekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego. Wskazał, iż przytoczony przez Odwołującego fragment orzeczenia w sprawie KIO 1474/12 pozostaje bez związku z niniejszym postępowaniem. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż orzeczenie to dotyczyło zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy, który dokonał zmiany pierwotnej treści oferty po terminie składania ofert. W niniejszym postępowaniu okoliczność taka nie miała miejsca i inny pozostaje przedmiot odwołania. Ponadto przedmiotem zamówienia w sprawie, której dotyczył wyrok była usługa dzierżawy sprzętu rolniczego, a nie dostawa specjalistycznego urządzenia informatycznego. Podobnie sprawa ma się w przypadku kolejnego orzeczenia - KIO/UZP 24/10, którego przywołanie również jest nieadekwatne. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w stanie faktycznym na tle którego zapadło przytoczone orzeczenie KIO rozpatrywała przypadek polegający na tym, iż odwołujący wykonawca dokonał nieuprawnionej zmiany treści oferty w zakresie sposobu realizacji zamówienia w celu doprowadzenia do zgodności treści swojej oferty i treści postanowień SIWZ. W przypadku oferty Przystępującego taka sytuacja nie miała miejsca, bowiem oferta ta od początku pozostaje w zgodności z postanowieniami SIWZ. Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż w przypadku omawianego orzeczenia zupełnie odmienna była specyfika przedmiotu --mówienia, bowiem chodziło o wykonanie robót budowlanych, a nie dostawę urządzeń informatycznych. Dalej Odwołujący wskazał, iż treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w dniu 12.10.2016 r. była niewystarczającą i nie wyjaśniła wątpliwości Zamawiającego, co do treści jego oferty. W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia Przystępującego i w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przywołał fragment wyroku KIO 2845/12 dotyczący wymogów co do treści oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu należy wskazać, iż przywołany przez Odwołującego fragment orzeczenia pozostaje irrelevantny dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania. Wynika to z faktu, iż fragment został wyrwany z kontekstu, a orzeczenie zapadło na tle stanu faktycznego w którym jeden z wykonawców zaferował materiały i rozwiązania niezgodne z wymaganiami zamawiającego, które ten precyzyjnie określił w SIWZ. Tymczasem w niniejszym postępowaniu zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący zaferowali dokładnie takie samo rozwiązanie tj. obudowę serwera typu Blade Power Edge M1000e. Ponadto należy wskazać, iż inna była specyfika przedmiotu zamówienia, bowiem chodziło o dostawę mebli, a nie wyspecjalizowanych urządzeń informatycznych. Odwołujący przywołał również fragment orzeczenia w sprawie KIO 1084/12, w którym Izba wskazała jakie są cele postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i na jakich zasadach powinno odbywać się wyłonienie najlepszej oferty - w tym przypadku również należy wskazać, iż zapadło ono na tle odmiennego stanu faktycznego,

17

---

bowiem przedmiotem odwołania było nieuzasadnione zaniechanie przez zamawiającego poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy. W przypadku niniejszego postępowania okoliczność taka nie miała miejsca. Ponadto Odwołujący przywołał fragmenty orzeczenia KIO 2046/14. Zwrócić uwagę należy, iż przywołany przez Odwołującego wyrok nie przystaje do niniejszego postępowania. Orzeczenie dotyczyło nieprawidłowości, której dopuścił się zamawiający przy ocenianiu oferty odwołującego się, a która polegała na odstąpieniu od stosowania wymogów, które zamawiający sam określił w SIWZ. Oferta, którą odrzucił zamawiający była zatem zgodna z SIWZ, a Izba wskazała, iż zamawiający - na etapie oceny ofert - nie jest uprawniony do zmiany treści SIWZ czy nadawania jej zapisom odmiennego znaczenia, niż wynika z oczywistego brzemienia. Tymczasem w niniejszym postępowaniu nie doszło do takiego działania ze strony Zamawiającego. Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż orzeczenie zapadło na tle stanu faktycznego, w którym przedmiotem zamówienia były roboty budowlane, a więc przedmiot o zupełnie innej specyfice, niż wyspecjalizowane urządzenia informatyczne. Następnie Odwołujący - kontynuując wątek niedostatecznego, w jego mniemaniu, zweryfikowania przez Zamawiającego oferty Przystępującego - wskazał na wiążący charakter postanowień SIWZ oraz na konieczność każdorazowego porównania przez zamawiającego treści SIWZ z treścią oferty w celu ustalenia, czy oświadczenie woli wykonawcy pozostaje w zgodności z wymogami postawionymi przez zamawiającego. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący powołał orzeczenia KIO. W zakresie powołanego przez Odwołującego fragmentu orzeczenia KIO 868/10 należy wskazać, iż orzeczenie to zapadło na tle stanu faktycznego, w którym

zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, na podstawie wymogu, którego nie było w SIWZ. Izba wskazała, iż zamawiający powinien był precyzyjnie określić taki wymóg umieszczenia pewnego elementu w SIWZ, jeśli oczekiwał, iż oferty będą ten element sejmowały. Powyższe orzeczenie w ogóle nie przystaje do przedmiotowego stanu faktycznego. Warto również zwrócić uwagę, iż przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest urządzenie informatyczne, a nie usługa projektowa. Inna jest zatem specyfika przedmiotu zamówienia. W kontekście wyroku KIO 2924/13 wskazał, iż dotyczył on rzekomego podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Przedmiotem niniejszego odwołania nie jest podanie nieprawdziwych informacji przez Przystępującego. Ponadto wskazał, iż w przytoczonym orzeczeniu Izba oddaliła odwołanie wykonawcy.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, iż Przystępujący nie załączył do swojej oferty żadnych dokumentów, które mogłyby potwierdzić parametry obudowy serwerowej typu Blade Power Edge M1000e. W tym miejscu Odwołujący przywołał treść art. 84 ust. 1 Pzp i wskazał, iż po upływie terminu składnia ofert ingerencja w zawartość oferty jest wykluczona. Twierdzenie to poparte zostało przywołaniem wyroku KIO 1042/13. Wskazał, iż orzeczenie

18

---

przywołane przez Odwołującego nie przystaje do stanu faktycznego w niniejszej sprawie. Ponadto fragment zacytowany przez Odwołującego wyrwany został z kontekstu. Fragment dotyczył uzupełniania próbek po upływie terminu składnia ofert. Odmienny był przedmiot zamówienia, bowiem chodziło o dostawę prostych materiałów medycznych typu rękawiczki, bandaże. W powyższym kontekście Odwołujący przywołał również orzeczenie KIO/UZP 547/10. Przytoczony przez Odwołującego fragment orzeczenia nie przystaje do okoliczności niniejszego postępowania - w stanie faktycznym, którego dotyczyło komentowane orzeczenie zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, który nie załączył do oferty jednego z załączników, który stanowił obligatoryjny element oferty i precyzował zakres zobowiązania wykonawcy. Podkreślił, iż w przypadku niniejszego postępowania oferta Przystępującego była kompletna, stąd przywołanie przez Odwołującego fragmentu wyroku w sprawie KIO/UZP 547/10 jest bezprzedmiotowe.

Odwołujący pozostaje w błędzie co do treści oferty Przystępującego i formułuje bezzasadne twierdzenia w odwołaniu. Abstrahując od powyższych orzeczeń - podkreślił ponownie, że Odwołujący pozostawał (i pozostaje) - w błędzie co do treści oferty Przystępującego, w której jednoznacznie na str. 50-56 wskazano wszelkie jednostkowe parametry techniczne. Błąd wykonawcy w tym zakresie - rzutuje na jego stwierdzenia zawarte w odwołaniu. W odwołaniu na str. 6 zostało wskazane: „*W ocenie Odwołującego wskazanie przez A. jedynie na numer katalogowy modelu i stwierdzenie, że będzie on zawierał wszystkie elementy składowe [...] powoduje, że w zakresie ww. wymogu sprzętowego A. nie złożył żadnej oferty. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że możliwe jest stworzenie różnych konfiguracji (i zaoferowanie różnych produktów, el. składowych rozwiązań w określonym zakresie)*”. Odwołujący pozostaje w błędzie w tym zakresie - A.G. Sp. z o.o. złożyło ofertę jednoznacznie identyfikując wszelkie elementy obudowy, wskazanie numeru katalogowego dotyczyło OBUDOWY a elementy pozostałe zostały opisane.

Odwołujący instrumentalnie i wybiórczo posługuje się pojęciami ze Specyfikacji, w oderwaniu od jej rzeczywistego celu.

a) Identyfikacja dotyczy obudowy jako całości, a odwołujący bezzasadnie twierdzi, że był to wymóg w zakresie jednostkowych elementów obudowy. W przypadku oferowanego przez Odwołującego i Przystępującego urządzenia należy wskazać, iż podane przez wykonawców oznaczenie „M1000e” - identyfikuje obudowę serwerowa w całości i daje Zamawiającemu wiedzę co do możliwych elementów konfiguracji.

b) Szczegółowe elementy konfiguracji obudowy zostały opisane w pkt 7-13 i tam należało je potwierdzić. Zamawiający nie wymagał podania w pozycji L.p. 2 tak szerokiego zakresu danych, jaki podał w swojej ofercie Odwołujący, tj. wymienienia dodatkowo poszczególnych elementów składowych, scharakteryzowania ich oraz podania part-numberów. Zgodnie

19

---

z formularzem Specyfikacji Technicznej szczegółowe dane dotyczące elementów składowych należało podać w wierszach L.p. 7-13, czyli w miejscach wyznaczonych przez

Zamawiającego. Przystępujący - zgodnie z wolą Zamawiającego - dokonał szczegółowego opisu każdego z elementów składowych urządzenia właśnie w wymienionych wcześniej pozycjach Specyfikacji Technicznej.

c) Odwołujący samodzielnie stworzył „ramkę” w ramach wiersza nr 2 - gdyby było to intencją Zamawiającego, to Zamawiający stworzyłby podkatalog w ramach wiersza nr 2 i kazał go wypełnić. Ponadto, zwrócił uwagę na sposób w jaki Odwołujący wypełnił w swojej ofercie pozycję L.p. 2 - Q. S.A. samowolnie stworzył w ramach kolumny czwartej swego rodzaju tabelę, którą wypełnił poprzez wymienienie poszczególnych elementów składowych oferowanego urządzenia, dokonanie ich charakteryzacji i wskazanie part-numberów.

*W tym miejscu w piśmie znajduje się fragment oferty Odwołującego.*

Podkreślił, iż taki sposób wypełnienia pozycji L.p. 2 nie znajduje uzasadnienia w postanowieniach SIWZ, ani w sposobie w jaki Zamawiający sporządził formularz Specyfikacji Technicznej. Gdyby wolą Zamawiającego było wypełnienie przez wykonawców pozycji L.p. 2 w opisany wyżej sposób, stworzyłby w formularzu Specyfikacji Technicznej w ramach wskazanej pozycji specjalny podkatalog i wymagałby jego wypełnienia. Należy zatem uznać, iż stworzenie przez Odwołującego w ramach pozycji L.p. 2 tabelki na dodatkowe, niewymagane przez Zamawiającego dane i podanie tych danych, było co prawda dopuszczalne, lecz w świetle postanowień dokumentacji przetargowej nie było konieczne. Podkreślił, iż z faktu, że Odwołujący wymienił dodatkowe elementy, których w spornej pozycji nie wymagał Zamawiający, nie wynika, że Przystępujący również miał obowiązek - wbrew literalnej treści SIWZ -wskazywania tych elementów w pozycji L.p. 2.

Wymaganie kodów handlowych dotyczących szczegółowych urządzeń pracujących w ramach obudowy nie ma sensu, gdyż należałoby wpisać nie 10 ale kilkadziesiąt kodów handlowych. Ze sposobu w jaki Odwołujący wypełnił pozycję L.p. 2 (podanie part-numberów) wynika, iż rzekomym wymogiem Zamawiającego było podanie w tej pozycji m.in. kodów handlowych dotyczących poszczególnych urządzeń pracujących w ramach oferowanej odbudowy serwerowej. Należy wskazać, iż taki wymóg pozbawiony byłby sensu, bowiem konieczne byłoby podanie w pozycji L.p. 2 przez wykonawcę nie 12 kodów handlowych, jak dokonał tego Odwołujący, lecz kilkadziesiąt. Wynika to z okoliczności, iż w ramach poszczególnych elementów składowych obudowy serwerowej typu Blade Power Edge M1000e określonych w pozycjach Lp. 7-13 można wyróżnić kolejne elementy składowe, które mogą ulegać modyfikacjom w zależności od wymagań klienta, a w zakresie tych elementów jeszcze kolejne elementy. Przykładowo w ramach pozycji 7 Odwołujący zaoferował przełącznik LAN z wyposażeniem (Odwołujący nie podał ani numerów katalogowych tego wyposażenia, ani opisu tego wyposażenia w wierszu 2) o numerze:

20

---

*210-40632 D. Force10 MXL 10/40 GbE DCB Switch*

W ramach tego przełącznika należałoby wyróżnić pozostałe jego elementy składowe:

*340-30126 MOD,DOC,USER,MXL,ROW*

*340-30363 Modular Integration - Factory Installed Switches with Blade Chassis: Fabric A*

*409-10933 PCT M6220/M8024/MXL Serial I/O Management Cable to access switch CLI*

*470-13252 No Optics or Cables*

*709-11278 Base Warranty*

*709-11279 F10MXL10/40GbE 3Yr Basic Warranty - Next Business Day - Minimum Warranty*

*709-11280 90 Days Software Support (Bug Fixes), Software Media Replacement*

które to są jego częścią, natomiast Odwołujący ich nie wymienił. Brak jest również uzasadnienia dla konieczności wymienienia w pozycji L.p. 2 wszystkich elementów składowych oferowanego urządzenia, bowiem Zamawiający wymagał ich podania w wierszach Lp. 7-13 w sposób opisowy.

Inni wykonawcy - np. wykonawca O. - wymóg Zamawiającego zrozumieli identycznie jak A.G. Sp. z o.o. Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, iż sposób w jaki Przystępujący wypełnił pozycję L.p. 2 identyczny był także dla innych wykonawców, np. wykonawca O.I.T. Sp. z o.o. wskazał w pozycji L.p. 2 model i numer katalogowy - PE (Power Edge) M1000e.

Odwołujący w sposób nieuzasadniony - przyjął, iż zakres informacji jaki miał być wskazany przez wykonawców w pozycji L.p. 2 - musiał uwzględniać szczegółowy podział, jaki sam stworzył. Odwołujący samowolnie dokonał podziału kolumny czwartej w pozycji L.p. 2 i wskazał tam dodatkowe dane, których podania Zamawiający nie wymagał. Ze sposobu w jaki Zamawiający ukształtował formularz Specyfikacji Technicznej wynika, iż pozycja L.p. 2

miała jedynie charakter wstępny, określający oferowane urządzenie. Zamawiający nie wymagał wymienienia w tym miejscu wszystkich elementów składowych, scharakteryzowania ich, ani podania part-numberów. Natomiast sprecyzowania konkretnych rozwiązań w ramach oferowanego urządzenia wykonawcy mieli dokonać w kolejnych wierszach formularza (L.p. 7-13). Odwołujący celowo „tworzy” zasady nie wynikające z SIWZ, działając w intencji eliminacji konkurencji. Działanie to jest bezpodstawne, nie uwzględnia specyfiki przedmiotu zamówienia oraz całości oferty jak również wymagań SIWZ jako całości.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 02.11.2016 r. sprawy o sygn. akt: KIO 2049/16, KIO 2052/16 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

21

---

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących do obu odwołań złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia. A.G. Sp. z o.o. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2049/16) w rankingu złożonych ofert dla cz. 2 zajęła - drugą pozycję – w przypadku potwierdzenia się zarzutów wobec wybranego - A. Sp. z o.o., ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Q. S.A. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2052/16) w rankingu złożonych ofert dla cz. 1 zajęła - drugą pozycję – w przypadku potwierdzenia się zarzutów wobec wybranego - A.G. Sp. z o.o.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadstanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 1754/16 oraz sygn. akt: KIO 2049/16, KIO 2052/17, w tym w szczególności protokołu z przeprowadzonego Dialogu Technicznego, postanowień SIWZ, zał. nr 3 do SIWZ dla cz. 1 /Specyfikacja Techniczna - cz. 1/ i dla cz. 2 /Specyfikacja Techniczna - cz. 2/, odpowiedzi na pytania – 3 (pismo z 13.07.2016 r.), odpowiedzi na pytania – 4 (pismo z 14.07.2016 r.) wraz z modyfikacją zał. nr 3 do SIWZ dla cz. 1 /Specyfikacja Techniczna – cz. 1/, odpowiedzi na pytania – 5 (pismo z 18.07.2016 r.) wraz z modyfikacją zał. nr 3 do SIWZ dla cz. 2 /Specyfikacja Techniczna – cz. 2/, oferty A. Sp. z o.o. odnośnie odwołania o sygn. akt: KIO 2049/16 dla cz. 2 w zakresie formularza cenowego – cz. 2 (str. 34); Specyfikacji Technicznej – Cz. 2 /zał. nr 3 do SIWZ/ (str. od 38 do 59 /tajemnica przedsiębiorstwa/), wykaz elementów składowych (str. od 60 - 63 /tajemnica przedsiębiorstwa/), pisma A.G. Sp. z o.o. z 12.08.2016 r. wraz z załącznikami, wniosku Zamawiającego skierowanego do producenta z 16.08.2016 r. dotyczy oferty A. Sp. z o.o., odpowiedzi producenta z 17.08.2016 r. (tajemnica przedsiębiorstwa), wezwania do wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego A. Sp. z o.o. z 23.08.2016 r., wyjaśnień Przystępującego A. Sp. z o.o. z 26.08.2016 r. (tajemnica przedsiębiorstwa) wraz z załącznikami, pismo Zamawiającego z 17.08.2016 r., pisma Zamawiającego z 09.09.2016 r., informacji Zamawiającego z 09.09.2016 r., wniosku A.G. Sp. z o.o. z 29.09.2016 r. o odtajnienie Specyfikacji Technicznej – Cz. 2 /zał. nr 3 do SIWZ/ w ofercie A. Sp. z o.o., odmowy odtajnienia 06.10.2016 r., załączników do odwołania o sygn.

22

---

akt: KIO 2049/16, tj. „*H. Accelerated Flash, An Innovative Approach to Solid-State Storage*” wraz z tłumaczeniem str. 2, 12, 16 i 18 oraz Specyfikacji technicznej macierzy dyskowej G1000 w ramach „*H. Virtual Storage Platform G series*” wraz z przetłumaczonymi elementami tabeli, oferty A.G. Sp. z o.o. odnośnie odwołania o sygn. akt: KIO 2052/16 w zakresie formularza cenowego – cz. 1 (str. 6); Specyfikacji

Technicznej – Cz. 1/zał. nr 3 do SIWZ/ (str. od 40 do 49), dokumentu producenta potwierdzającego spełnianie wartości wymienionych w pkt 12 „zasilanie i chłodzenie” specyfikacji technicznej stanowiącej zał. 3 do SIWZ dla poz. 1 to jest obudowa serwera typu Blade (str. od 50 do 56 „tajemnica przedsiębiorstwa”, wraz z tłumaczeniem), oferty Odwołującego - Q. S.A. odnośnie odwołania o sygn. akt: KIO 2052/16 w zakresie formularza cenowego – cz. 1 (str. 9); Specyfikacji Technicznej – Cz. 1/zał. nr 3 do SIWZ/ (str. od 10 do 21), pisma Q. S.A. z 05.10.2016 r., wezwania do wyjaśnienie skierowanego przez Zamawiającego do A.G. Sp. z o.o. z 10.10.2016 r., wyjaśnień A.G. Sp. z o.o. z 12.10.2016 r., pismo Zamawiającego z 29.09.2016 r. wraz z załącznikami, odwołanie o sygn. akt: KIO 1754/16, oferty S.P. S.A., jak i zawiadomienia o wyniku dla cz.1 i2z 19.10.2016 r.

Nadto, Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: sygn. akt: KIO 2052/16 dotyczy cz. 1 załączone do pisma procesowego Przystępującego – wydruki ofert sprzedaży ze sklepów internetowych obudowy serwera PowerEdge M1000e firmy D. (3 sztuki).

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie do odwołania o sygn. akt: KIO 2049/16 dotyczy cz. 2 - złożone na rozprawie:

a) przez Odwołującego:

a-1) dokumentu/wydruk ze strony zrzeczenia producentów pamięci masowych SNIA wraz z tłumaczeniem;

a-2) normę/specyfikację dysków SSD 2,5 cala opracowaną przez przywołane wcześniej zrzeczenie wraz z tłumaczeniem;

a-3) normę/specyfikację dysków SSD 3,5 cala opracowaną przez przywołane wcześniej zrzeczenie wraz z tłumaczeniem;

a-4) wydruk będący wyciągiem z dokumentacji producenta karty FMD co do jej wielkości, interfejsu oraz definicji producenta;

a-5) wyciąg z prezentacji producenta w zakresie definicji karty FMD;

a-6) wyciąg z dokumentacji producenta dotyczący G1000 oraz G1500 wraz z tłumaczeniem

a-7) wydruk ze strony producenta N.I. odnośnie technologii EMLC;

a-8) wydruk z systemu handlowego jednego z dostawców Odwołującego – H.S.

a-9) wyciąg opis produktu Ocean Store 5300 H.T. wraz z tłumaczeniem;

b) przez Przystępującego:

23

---

b-1) pisemne stanowisko H.D.S. (Polska) Sp. z o.o. z 09.11.2016 r. wraz z umowę

Przystępującego z firmą H.D.S. siedzibą Wien wraz z tłumaczeniem paragrafu zastrzegającego poufność (tajemnica przedsiębiorstwa);

b-2) oświadczenie producenta H.D.S. (Polska) Sp. z o.o. z 09.11.2016 r. wraz z pełnomocnictwem z 31.10.2016 r. dla osoby podpisującej;

b-3) str. 15 dokumentu przywołanego jako dowód przez Odwołującego: „*H. Accelerated Flash, An Innovative Approach to Solid-State Storage*” wraz z tłumaczeniem;

b-4) przedkłada wydruk wraz z tłumaczeniem dokumentu producenta: „H. Accelerated Flash”;

b-5) rysunek z dokumentacji H. o charakterze wewnętrznym – sposób podłączenia dysków w półce (tajemnica przedsiębiorstwa) wraz z tłumaczeniem.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie do odwołania o sygn. akt: KIO 2052/16 dotyczy cz. 1 - złożone na rozprawie:

b) przez Odwołującego:

a-1) trzy warianty możliwych rozwiązań konfiguracyjnych wraz ze specyfikacją techniczną pochodzącą z oferty Przystępującego;

a-2) wydruk z oficjalnej strony producenta D. wraz z tłumaczeniem odnośnie wkładek optycznych tego producenta;

a-3) wydruk z oficjalnej strony producenta D. wraz z tłumaczeniem odnośnie zasilaczy optycznych tego producenta;

a-4) wydruk z oficjalnej strony producenta D. wraz z tłumaczeniem odnośnie liczby V-Lanów tego producenta;

b) przez Zamawiającego:

b-1) wyciąg ze wszystkich złożonych ofert dla części 1 w zakresie specyfikacji technicznej;

b-2) oświadczenie producenta z 09.11.2016 r. (zadane pytanie zacytowane we fragmencie w protokole);

c) przez Przystępującego:

c-1) kopię zamówienia skierowanego do firmy D. (oferty handlowej);

c-2) wydruk korespondencji e-mailowej Przystępującego z firmą D..

Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznawania świadka p. Ł.S. (przedstawiciela producenta H.D.S. (Polska) Sp. z o.o.), na okoliczność sposobu spełniania przez ofertę Przystępującego zadeklarowanych parametrów, jak i okoliczności związanych z przynależnością producenta do zrzeszenia SNIA. W tym zakresie, Izba dysponowała innymi dowodami w sprawie pozwalającymi na wydanie orzeczenia (art. 190 ust. 6 Pzp).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także oba odwołania, jak i przystąpienia, pismo procesowe A.G. Sp. z o.o. do sprawy o sygn.

24

---

akt: KIO 2052/16, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 2049/16, jak i KIO 2052/16 nie zasługują na uwzględnienie.

#### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2049/16:**

A.G. Sp. z o.o. sformułowała w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

a) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w brzmieniu sprzed wejścia w życie nowelizacji Pzp z 22.06.2016 r. (po nowelizacji - art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia A. Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;

b) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcy A. Sp. z o.o. punktów w ramach kryterium „wymagania dodatkowe” w zakresie warunku posiadania wbudowanej kompresji danych realizowanej przez dyski i niewyptywającej na wydajność macierzy, podczas gdy rozwiązanie H. VSP G1000 oraz wersje OEM oferowane przez tego wykonawcę nie spełnia przedmiotowego warunku dla wymaganych przez Zamawiającego rodzajów dysków tj. SSD/EFD, FC/SAS 10kRPM/15kRPM, SATA/NL-SAS, a jedynie spełnia to wymaganie dla danych składowanych na kartach FMD DC2;

c) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. Sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z treścią postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”;

d) art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w ofercie A. Sp. z o.o., które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. specyfikacji technicznej w zakresie opisu technicznego rozwiązania H. VSP G1000 oraz wersji OEM, który jest powszechnie udostępniany przez producenta urządzenia - firmę H. D.S.C. - m.in. w oficjalnych katalogach i instrukcjach producenta;

e) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty A. Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej; - ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2049/16, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w odwołaniu oraz postanowień SIWZ (Rozdz. XII), jak i treści oferty Przystępującego

25

---

A. Sp. z o.o. Dodatkowo powołując się na odpowiedzi na pytania – 5 z 18.07.2016 r. wraz z modyfikacją zał. nr 3 do SIWZ dla cz. 2/Specyfikacja Techniczna – cz. 2/. Nadto, wskazuje na pismo A.G. Sp. z o.o. z 12.08.2016 r. wraz z załącznikami, jak i te same załączniki dołączone do odwołania. Na wezwanie przez Zamawiającego do wyjaśnień Przystępującego A. Sp. z o.o. pismem z 23.08.2016 r. Kluczowe są także wyjaśnienia Przystępującego A. Sp. z o.o. z 26.08.2016 r. (tajemnica przedsiębiorstwa) wraz z załącznikami. W tym także wniosek Zamawiającego do producenta z 16.08.2016 r. dotyczący oferty A. Sp. z o.o. proszący o ustosunkowanie się do pisma A.G. Sp. z o.o. z 12.08.2016 r., jak i odpowiedzi producenta z 17.08.2016 r. (tajemnica przedsiębiorstwa). Istotne są również

pisma/informacje Zamawiającego dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa z 17.08.2016 r., 08.09.2016 r., 09.09.2016 r., 29.09.2016 r., czy też 06.10.2016 r. W kontekście punktacji Przystępującego ważna jest również punktacja z zawiadomienia o wyniku w zakresie cz. 2 z 19.10.2016 r. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne przyznanie wykonawcy A. Sp. z o.o. punktów w ramach kryterium „wymagania dodatkowe” w zakresie warunku posiadania wbudowanej kompresji danych realizowanej przez dyski i niewyływającej na wydajność macierzy, podczas gdy rozwiązane przez H. VSP G1000 oraz wersje OEM oferowane przez tego wykonawcę nie spełnia przedmiotowego warunku dla wymaganych przez Zamawiającego rodzajów dysków, tj. SSD/EFD, FC/SAS 10kRPM/15kRPM, SATA/NL-SAS, a jedynie spełnia to wymaganie dla danych składowanych na kartach FMD DC2, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Zamawiający w ramach Rozdz. XIII pkt 1 SIWZ określił, że: „W kryterium tym przyzna punktację temu Wykonawcy, który wykaże, że zaoferowany przedmiot zamówienia posiada/umożliwia więcej funkcjonalności/rozwiązań niż minimalne określone w Specyfikacji Technicznej stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ”. W cz. 2 przedmiotem zamówienia jest m.in. macierz dyskowa.

Kwestią sporną jest zasadność przyznania punktów Przystępującemu A. Sp. z o.o. w zakresie zadeklarowanej funkcjonalności – „Wbudowana kompresja danych realizowana jest przez dyski i nie wpływa na wydajność macierzy”.

26

---

Izba nie podzielił stanowiska generalnego Odwołującego, że należało odczytywać powyższe wymaganie dodatkowe podlegające punktowaniu, jako odnoszące się do całej macierzy, czyli wszystkich zaoferowanych dysków. Zasadnie podnosił bowiem Zamawiający na rozprawie, że przywołane postanowienia SIWZ nie wskazują wprost, że chodzi o „wszystkie dyski”. Inaczej mówiąc jest niejednoznaczny.

Kwestia że moduły FMD DC 2 to dyski, a nie karty zostało wykazane przez Przystępującego na rozprawie dowodami i Izba odniesie się do tego przy rozpatrywaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Istotna jest w zakresie przedmiotowego zarzutu okoliczność tego rodzaju, że Odwołujący nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, czy istnieje technologia pozwalająca na to, aby wbudowana kompresja danych realizowana była przez wszystkie dyski, jak twierdził w odwołaniu, a nie tylko dyski SSD (jak uznawał Zamawiający oraz Przystępujący). Inaczej mówiąc Odwołujący nie udowodnił, że nie istniały przeszkody technologiczne, aby uznać, że wymóg dotyczył wszystkich dysków.

Przedstawiony dowód - wyciąg opisu produktu Ocean Store 5300 H.T. wraz z tłumaczeniem, odnosi się innego producenta niż ten, na którym oparł swoje rozwiązanie Przystępujący, nadto jest niejednoznaczny i wymagałby dalszych wyjaśnień, co nie może mieć miejsca na rozprawie (ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym).

W tym zakresie, Izba zwraca uwagę także na dodatkowe okoliczności. Odwołujący formułując zarzut de facto czynił to, gdyż tą dodatkową funkcjonalność sam nie zaznaczył w swojej ofercie (powyższe przewijało się także na rozprawie w różnej formie), a w jego ocenie uczynił to w sposób nieuprawniony Przystępujący. Odwołujący niewątpliwie miał w tym zakresie wątpliwości mógł więc zwłaszcza z uwagi na dodatkowe punktowanie niniejszej funkcjonalności wnosić o wyjaśnienie.

Tym bardziej, że w odpowiedzi na pytania – 5 (pismo z 18.07.2016 r.) /jeden z Wykonawców poruszał kwestie niniejszego dodatkowego wymagania/. Zamawiający, zaś wyraźnie zwrócił uwagę wszystkim uczestnikom postępowania na jej dodatkowe

*jest dodatkowo punktowana, punktowanie stwierdzając:*

*„Funkcjonalność kompresji natomiast wymagane w SIWZ pojemności użytkowe należy obliczyć bez uwzględnienia kompresji”.*

W tym kontekście Izba podnosi, że niezrozumiałe jest działanie Odwołującego, który z jednej strony uznaje że naruszono art. 7 ust. 3 Pzp, gdyż z uwagi na przyjęty przez Odwołującego sposób rozumienia tego wymogu nie mógł zaznaczyć powyższej opcji w formularzu oferty, a na rozprawie próbuje mimo, że nieskutecznie wykazywać istnienie technologii zapewniającej owa funkcjonalność tak jak ją odczytywał. Skoro bowiem, istniała

27

---

taka technologia (przyjmując jako założenie na potrzeby tego rozważania), to Odwołujący podjął świadomą decyzję o jej niezaoferowaniu. Izba zwraca uwagę, że odpowiedź na pytanie zacytowana powyżej odnosiła się do pytania, które stwierdzało: „Z racji iż wiele obecnych rozwiązań oferuje funkcjonalność kompresji...(...)”. Uczestnicy postępowania mieli więc jako profesjonalści wiedzę odnośnie istnienia na rynku IT różnych rozwiązań technologicznych oferujących funkcjonalność kompresji danych, ich działania więc z całą pewnością nie mają charakteru przypadkowych, czy też pochopnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w brzmieniu sprzed wejścia w życie nowelizacji Pzp z 22.06.2016 r. (po nowelizacji - art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp) poprzez zaniechanie wykluczenia A. Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, Izba uznaje w/w zarzut za niezasadny.

W tym zakresie, Izba stoi na stanowisku, że Przystępujący zadeklarował dodatkowo punktowaną funkcjonalność w sposób, który uznawał za prawidłowy, w kontekście zaferowanej macierzy dyskowej, a którą jak potwierdziła rozprawa w taki sam sposób rozumiał Zamawiający (wykładnia autentyczna). Izba uznaje w sposób obiektywny, że złożenie nieprawdziwych informacji nie miało miejsca, czy to w kontekście samego rozumienia wymogu, jak i z punktu widzenia technicznego, przy uwzględnieniu zastosowanego rozwiązania technologicznego (w tym wypadku zarzut poprzedni, jak i zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp – w dalszej części).

Jednakże, nie bez znaczenia, jest kwestia problematyczności w zakresie jednoznaczności tego wymogu – w kontekście zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba poruszała tą okoliczność hasłowo także przy rozpatrywaniu zarzutu dotyczącego samej punktacji. Wskazując aktualnie w tym zakresie za wyrokiem z 13.05.2015 r., sygn. akt: KIO 842/15, KIO 862/15: „W tym wypadku, należy dodatkowo podnieść, że jakiegokolwiek niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia w ramach postanowień SIWZ, także działają na korzyść Wykonawców i nie pozwalają na definitywne stwierdzenie złożenia nieprawdziwej informacji. W tym kontekście Izba przywołuje orzecznictwo - wyrok KIO z 14.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2826/14, czy też wyrok KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: "Identyfikacyjnie należy odnieść się do kwestii złożenia nieprawdziwej informacji wobec nieprecyzyjności postanowień SIWZ będących ewentualną podstawą stwierdzenia takiej nieprawdziwości. W tym zakresie Izby wskazuje na wyrok z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706.11: "Art. 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ

28

---

na wynik postępowania. Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (verba legis "mające wpływ"), gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (verba legis "mogące mieć wpływ"), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji, w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należytą starannością rozumie je inaczej, niż zamawiający." Podobnie Izba stwierdziła w wyroku KIO z dnia 28.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2548/12, czy też w wyroku KIO z dnia 03.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2005/13." Izba przypomina że

postępowanie jest prowadzone według poprzednie obowiązujących przepisów Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. Sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z treścią postanowień SIWZ, Izba uznała w/w zarzut za niepotwierdzony.

Na wstępie Izba podnosi, że Przystępujący - wyraził jedynie zgodę i potwierdził na rozprawie nazwę macierzy oraz, że zawiera ona dyski SSD-3,2Tb, FMD DC2 wskazane w odwołaniu przez Odwołującego (macierz H. VSP G1000). Podtrzymał przy tym tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie pełnej konfiguracji zaoferowanej w tym postępowaniu. Na potwierdzenie swojego stanowiska przedłożył pisemne stanowisko w tym zakresie, jak również umowę z firmą H. wraz z tłumaczeniem paragrafu zastrzegającego, iż informacje w zakresie tej współpracy i zaoferowanej konfiguracji mają charakter poufny /pisemne stanowisko H.D.S. (Polska) Sp. z o.o. z 09.11.2016 r. wraz z umową Przystępującego z firmą H.D.S. siedzibą Wien wraz z tłumaczeniem paragrafu zastrzegającego poufność (tajemnica przedsiębiorstwa)/. Izba podtrzymała także tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Przystępującego A. Sp. z o.o. z 26.08.2016 r.

W pierwszej kolejności, Izba odniesie się co do wymogu zał. nr 3 do SIWZ dla cz. 2 pkt 5: „*Oferowana macierz dyskowa musi być wyposażona w co najmniej: 25 TiB pojemności użytkowej na dyskach SSD SLC lub eMLC (w konfiguracji min 20 szt SSD), nie dopuszcza się realizacji tej funkcjonalności przez karty typu Flash..... dopuszcza się wyłącznie dyski klasy enterprises*”.

29

---

a) czy karty FMD oraz FMD DC2 nie są dyskami SSD;

b) czy FMD są zbudowane o technologii gorszą niż wymagana przez Zamawiającego, tzn. o technologii MLC, a nie eMLC.

Względem pierwszej kwestii, Izba wskazuje na oświadczenie producenta H.D.S. (Polska) Sp. z o.o. z 09.11.2016 r. wraz z pełnomocnictwem z 31.10.2016 r. dla osoby podpisującej, tj. pkt 2 tego oświadczenia. Stwierdzenie, że moduły FMD nie są kartami, ale jednak dyskami, gdyż nie posiadają interfejsu PCI-e, a standardowy dla wszystkich dysków interfejs SAS zostało dodatkowo potwierdzone na podstawie dowodów Odwołującego z rozprawy /pokazano na karty PCI z interfejsem PCI-e - dokumentu/wydruk ze strony zrzeczenia producentów pamięci masowych SNIA wraz z tłumaczeniem (str. 2 i 3) w kontekście wydruku będącego wyciągiem z dokumentacji producenta karty FMD co do jej wielkości, interfejsu oraz definicji producenta – interfejs SAS/. Odnosnie tego, że są to jednak dyski klasy enterprises - pkt 3 akapit drugi od góry przywołanego powyżej oświadczenia producenta oraz wydruk wraz z tłumaczeniem dokumentu producenta: „H. Accelerated Flash” w kontekście wskazanej tam żywotności, czy też str. 15 dokumentu przywołanego i załączonego jako dowód przez Odwołującego w odwołaniu: „H. Accelerated Flash, An Innovative Approach to Solid-State Storage” wraz z tłumaczeniem.

Odnosnie technologii – pkt 3 akapit 8 od góry przywołanego powyżej oświadczenia producenta.

Następnie, Izba przejdzie do wymogu zał. nr 3 do SIWZ dla cz. 2 pkt 5: „*Oferowana konfiguracja musi być zbudowana z półek dyskowych o wysokiej gęstości - minimum 60 dysków w każdej półce na dyski 2,5” oraz 50 dysków w półce na dyski 3,5”*”.

a) czy karty FMD są większe i dłuższe niż dyski 2,5” oraz 3,5”, co jednoznacznie jest parametrem gorszym niż wymagane.

b) zastosowane półki dyskowe muszą mieć możliwość instalacji nie mniej niż 50 dysków 3,5” oraz 60 dysków 2,5”.

Izba w tym zakresie uznała, że przywołany wymóg w zakresie półek dyskowych o wysokiej gęstości nie wykluczał możliwości zastosowania rozwiązania innego, które nie byłoby oparte o dyski 2,5” oraz 3,5”. Izba uznała za wiarygodne w tym zakresie stanowisko wyrażone na rozprawie. Z przywołanego wymogu wynika, że Zamawiający przykładowo wskazał minimalną ilość dysków o określonej wielkości, jako wskazanie pewnej definicji gęstości zabudowy, istotne było aby cała macierz dyskowa mieściła się w jednej szafie serwerowej (jednej szafie rack). Izba także nie przeczy, że standardowe półki z uwagi na swoje wymiary mają małą możliwość upakowania. Dyski FMD mają dużo większą pojemność w tym zakresie, zmieści się ich dużo większa ilość.

Dalej, Izba odnie się do wymogu zał. nr 3 do SIWZ dla cz. 2 pkt 5: „Oferowana macierz dyskowa musi być wyposażona w napędy dyskowe z podwójnymi interfejsami.”

a) czy moduły FMD oraz FMD DC2 wyposażone są w pojedynczy interfejs PCIe 2.0 x8.

W tym zakresie, Izba wskazuje na oświadczenie producenta H.D.S. (Polska) Sp. z o.o. z 09.11.2016 r. wraz z pełnomocnictwem z 31.10.2016 r. dla osoby podpisującej, tj. pkt 5 tego oświadczenia. Okoliczność że dyski FMD zawierają przynajmniej dwa interfejsy SAS, nie PCI-e potwierdza dodatkowo złożony przez Przystępującego na rozprawie - rysunek z dokumentacji H. o charakterze wewnętrznym – sposób podłączenia dysków w półce (tajemnica przedsiębiorstwa) wraz z tłumaczeniem.

W konsekwencji Izba opierając się na złożonych i przywołanych przez Przystępującego na rozprawie dowodach, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy oraz obowiązujących postanowień SIWZ oddalił wskazany na wstępie zarzut. Należy zauważyć, że Izba wzięła także pod uwagę okoliczność tego rodzaju, że Zamawiający w toku postępowania niejako w odpowiedzi na pismo A.G. Sp. z o.o. z 12.08.2016 r. wraz z załącznikami wezwał do wyjaśnień Przystępującego A. Sp. z o.o. pismem z 23.08.2016 r. W konsekwencji uzyskał wyjaśnienia Przystępującego A. Sp. z o.o. z 26.08.2016 r. (tajemnica przedsiębiorstwa) wraz z załącznikami. W tym także kontekście wystosował Zamawiający wniosek do producenta z 16.08.2016 r. dotyczył oferty A. Sp. z o.o. prosząc o ustosunkowanie się do pisma A.G. Sp. z o.o. z 12.08.2016 r.

W wyniku powyższego uzyskał odpowiedzi producenta z 17.08.2016 r. (tajemnica które jak się były z przedsiębiorstwa), później okazało zgodne wyjaśnieniami Przystępującego A. Sp. z o.o. z 26.08.2016 r. Ocena więc zaistniała stanu faktycznego poprzez pryzmat dowodów z rozprawy miała charakter następczy wobec informacji uzyskanych już na etapie postępowania przez samego Zamawiającego. W tym kontekście Izba oceniła prawidłowość działań Zamawiającego w postępowaniu.

Dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego, jak i załączone do odwołania, Izba musiała ocenić poprzez pryzmat wszystkich okoliczności sprawy i dowodów Przystępującego A. Sp. z o.o. złożonych na rozprawie, które Izba uznała za rozstrzygające.

Należy zaznaczyć, że dowody Odwołującego nie uwzględniały specyfiki przedmiotu zamówienia Zamawiającego, niewątpliwie także okoliczność tego rodzaju, że przed procedurą przetargową odbył się Dialog Techniczny świadczy to o tym, że przedmiot zamówienia nie miał charakteru standardowego. Z tej też przyczyny kwestia przynależności producenta do zrzeszenia SNIA, tj. zrzeszenia producentów pamięci masowych, Izba uznała za bez znaczenia dla okoliczności sprawy, tym bardziej, czego nie kwestionował Odwołujący, że dysk FMD jest autorskim produktem producenta. Nadto, Przystępujący załączył także do

wyjaśnień z 26.08.2016 r. dodatkowe oświadczenie producenta H.D.S. (Polska) Sp. z o.o., które nie przeczy temu (użyta formuła z uwagi na tajemnice przedsiębiorstwa).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w ofercie A. Sp. z o.o., które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. specyfikacji technicznej w zakresie opisu technicznego rozwiązania H. VSP G1000 oraz wersji OEM, który jest powszechnie udostępniany przez producenta urządzenia - firmę H. D.S.C. - m.in. w oficjalnych katalogach i instrukcjach producenta.

Izba uznała zarzut za spóźniony, w konsekwencji pozostawiając go bez rozpatrzenia. Zamawiający zasadnie podnosił na rozprawie, iż 17.08.2016 r. udostępnił jawną część ofert, 08.09.2016 r./09.09.2016 r. odtajnił uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz to co jest w ofertach zastrzeżone, 29.09.2016 r. wpłynął wniosek o udostępnienie ofert ze strony Odwołującego, 06.10.2016r. Zamawiający odmówił udostępnienia, w konsekwencji termin na wniesienie odwołania na zaniechanie odtajnienia mijał 17.10.2016 r. Wobec tego, że odwołanie wpłynęło w dniu 28.10.2016 r., należy uznać, że termin na zaskarżenie zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w ofercie A. Sp. z o.o. upłynął.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec oddalenia poprzednich zarzutów, Izba oddaliła także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp, jako niezasadny.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Zarzut nie został skonkretyzowany. Nie wskazano w nim, ani podstawy prawnej, której naruszenie zarzuca Odwołujący, ani stanu faktycznego, który miałby być przedmiotem oceny Izby. W tej sytuacji Izba oceniła postawiony zarzut jako nieistniejący. Podobnie Izba uznała w wyroku z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 266/14.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 2049/16 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

#### **Odwolanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2052/16:**

32

---

Q. S.A. sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A.G. Sp. z o.o., która nie spełnia wymogu SIWZ dotyczącego oferowanych rozwiązań w Części Technicznej – Cz. 1 (wymóg opisany w Zał. nr 3 do SIWZ poz. 1 „Obudowa serwerowa typu Blade - wymagania ogólne - 1 szt., parametr 2 „Identyfikacja”);
- 2) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień A.G. Sp. z o.o. w zakresie treści złożonej oferty, podczas gdy potwierdzenie spełnienia wymogu SIWZ nie zostało potwierdzone w postępowaniu w trybie wyjaśnień treści oferty złożonych przez A.G. Sp. z o.o.;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2052/16, Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z odwołaniu oraz postanowień SIWZ (zał. Nr 3 do SIWZ dla cz. 1), jak i treści oferty Przystępującego A.G. Sp. z o.o. Nadto, zwraca uwagę na okoliczności przywołane w piśmie procesowym Przystępującego A.G. Sp. z o.o., w tym treść jednej z ofert (tam wskazana), która jest zgodna z wyciągiem ze wszystkich ofert dla cz. 1 złożonej na rozprawie przez Zamawiającego. W tym także wskazuje na treść oferty S.P. S.A. Dodatkowo powołując się na odpowiedzi na pytania – 3 z 13.07.2016 r., modyfikację postanowień zał. nr 3 do SIWZ dla cz. 1 /Specyfikacja Techniczna – cz. 1/ przy okazji odpowiedzi na pytania – 4 (pismo z 14.07.2016 r.). Podnosząc, że ani postanowienia SIWZ – zał. nr 3 dla cz.1, jak i treść oferty Przystępującego A.G. Sp. z o.o. nie były kwestionowane, a jedynie ocena oferty Przystępującego A.G. Sp. z o.o. w ich kontekście dokonana przez Zamawiającego pod względem przywołanych w odwołaniu przepisów Pzp. Nadto, wskazując na pismo Odwołującego - pisma Q. S.A.

z 05.10.2016 r. - złożone w postępowaniu, wezwanie Przystępującego do wyjaśnień - wezwanie do wyjaśnienie skierowanego przez Zamawiającego do A.G. Sp. z o.o.

z 10.10.2016 r., jak i na uzyskane wyjaśnienia Przystępującego - wyjaśnień A.G. Sp.

z o.o. z 12.10.2016 r. Istotne są również pisma/informacje Zamawiającego dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa z 17.08.2016 r., 08.09.2016 r., 09.09.2016 r., czy też

29.09.2016 r. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

33

---

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie pierwszego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności istotne jest wskazanie, że Zamawiający mimo określenia sposobu wypełnienia w akapicie 5 - kolumny 4 w kontekście kolumny 3 zał. Nr 3 do SIWZ cz. 1, czemu Izba, ani strony nie przeczą, nie ustalił stopnia szczegółowości wymaganego w tym

zakresie. W konsekwencji, tak jak podnosił na rozprawie, zasadnie nie mógł wywodzić negatywnych konsekwencji z tym związanych, gdyż każdy z Wykonawców odmiennie rozumiał stopień szczegółowości konieczny do przedstawienia z pkt 2 „Identyfikacja” w kolumnie 4. Potwierdza to dowód złożony przez Zamawiającego na rozprawie - wyciąg ze wszystkich złożonych ofert dla części 1 w zakresie specyfikacji technicznej. Stanowisko wyrażone w tym zakresie przez Odwołującego na rozprawie, co do tego jak winien być zakres podanych part – numerów (numery, które dotyczą poszczególnych wymogów Zamawiającego), jest jedynie jego punktem widzenia, stanowiskiem procesowym w tym zakresie. Z dowodów załączonych do pisma procesowego Przystępującego - A.G. Sp. z o.o. wynika, że de facto podał w swojej ofercie w zakresie objętym sporem part-number dla obudowy serwerowej, jako całości, zaś z dowodu Przystępującego złożonego na rozprawie - kopii zamówienia skierowanego do firmy D. (oferty handlowej) wynika, że jeśli uznać argumentację Odwołującego to także jego oferta kwalifikowałaby się do odrzucenia. Z kolei wydruk korespondencji e-mailowej Przystępującego z firmą D. złożony na rozprawie współgra z dowodami załączonymi do pisma procesowego Przystępującego i pozwala potwierdzić, że w tym stanie faktycznym w praktyce mamy do czynienia zarówno z podaniem modelu sprzętu /obudowy serwera blade/, jak i numeru katalogowego, które mogą być używane zamiennie na rynku IT.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do uznawania stanowiska Odwołującego, iż brak jest możliwości identyfikacji zaoferowanej konfiguracji, wiersze/pkt od 7 do 13 zał. nr 3 dla cz. 1 /Specyfikacja techniczna – cz. 1/ to umożliwiają zastępują niejako informacje których nie ma w pkt 2 zał. nr 3 do SIWZ wraz z dodatkowym dokumentem na str. od 50 do 56 oferty. Podczas rozprawy Odwołujący przez pryzmat pkt 7, 8 i 12 próbował wykazać poprzez złożone dowody brak możliwości identyfikacji zaoferowanego rozwiązania. Jednakże, w ocenie Izby Odwołujący, abstrahował od wszystkich okoliczności sprawy. W zakresie pkt 8 nie wskazał przykładowo, że była po przywołanej na rozprawie – odpowiedzi na pytania – 3 z 13.07.2016 r., modyfikacja postanowień Specyfikacji Technicznej – cz. 1. Mimo udzielonej odpowiedzi z 13.07.2016 r. Zamawiający nie dokonał przy okazji odpowiedzi na pytania

34

---

– 4 (pismo z 14.07.2016 r.) wraz z modyfikacją zał. nr 3 do SIWZ dla cz. 1 /Specyfikacja Techniczna – cz. 1/, modyfikacji przywołanego załącznika w zakresie wskazanej w odpowiedzi na pytania – 3 z 13.07.2016 r. liczby V-lanów. Wobec powyższego brak jest podstaw do wyciągania tak daleko idących konsekwencji, z faktu zaoferowania 4095 V-lanów, a nie 4094 V-lanów, jak czynił to na rozprawie Odwołujący. W tym zakresie, Przystępujący przedstawił także wiarygodne wyjaśnienie, które nie kolidowało z dowodem złożonym w tym zakresie przez Odwołującego na rozprawie. Nadto, inny Wykonawca złożył podobną deklarację, tj. S.P. S.A. Odnośnie pkt 12 – kwestia zasilaczy wynika ostatecznie z dokumentu dodatkowego znajdującego się na str. od 50 do 56 oferty Przystępującego (tajemnica przedsiębiorstwa), tj. dokumentu producenta potwierdzającego spełnianie wartości wymienionych w pkt 12 „zasilanie i chłodzenie” specyfikacji technicznej stanowiącej zał. 3 do SIWZ dla poz. 1 to jest obudowa serwera typu Blade, w kontekście informacji z Specyfikacji Technicznej co do zaoferowanej kategorii zasilaczy. W tym zakresie, dowody Odwołującego współgrają ze stanowiskiem Przystępującego. Odnośnie pkt 7, tj. wkładki optycznych, Izba wskazuje że postanowienia zał. nr 3 do SIWZ dla cz. 1 odnosiły się jedynie do określenia MMF, czyli światłowodu z którym mają być zaoferowane kompatybilne wkładki optyczne. Wobec takich, a nie innych postanowień SIWZ, Izba nie może przyjąć sposobu odczytywania intencji Zamawiającego w tym zakresie, takiego jak uznawał i wykazywał na rozprawie Odwołujący, inni Wykonawcy także nieprecyzowali informacji w tym zakresie – np. S.P. S.A. ograniczając się do wskazanego generalnego wymogu.

Odnośnie dodatkowego dokumentu i wzięcia pod uwagę, że Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z nim, z uwagi na jego zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania tej okoliczności na korzyść Odwołującego. Izba zgodnie z wnioskiem Odwołującego przeprowadziła dowód z odwołania o sygn. akt: KIO 1754/16, stwierdzając, że dotyczyło ono tylko zał. nr 3 do SIWZ dla cz. 1 (wprost zostało to sprecyzowane w odwołaniu przez odesłanie do niego: „tj.”). Późniejsza informacja z 29.09.2016 r. to potwierdza. Z kolei pisma z 17.08.2016 r., 08.09.2016 r., czy też 09.09.2016 r. zawierała informacje co Zamawiający odtajnił na wcześniejszych etapach postępowania. W konsekwencji miał wystarczającą wiedzę jakie dokumenty w ofercie były jawne (od 17.08.2016 r.), co zostało odtajnione (08.09.2016 r., 09.09.2016 r., 29.09.2016 r.),

oraz a contrario co nadal pozostaje tajemnicą przedsiębiorstwa, biorąc pod uwagę dokumenty wymagane przez Zamawiającego w SIWZ (a takim dokument dodatkowy – Rozdz. IV ust.2 pkt 2.5 SIWZ).

Względem wyroku KIO z 17.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1092/10, Izba uznała, że nie jest on tożsamy z aktualnymi okolicznościami sprawy. W ówczesnym postępowaniu zadano bowiem pytanie odnoszące się do sposobu rozumienia wymogu – co należy rozumieć pod

35

---

pojęciem „model oferowanego urządzenia”, precyzujące postanowienia SIWZ, były też inne okoliczności sprawy, natomiast w aktualnym stanie faktycznym mamy brak określenia stopnia szczegółowości wobec niespornych postanowień SIWZ, tak odnośnie akapitu 5, jak i kolumny 3 oraz 4. Izba także wzięła pod uwagę oświadczenie producenta złożone przez Zamawiającego na rozprawie - oświadczenie producenta z 09.11.2016 r. (zadane pytanie zacytowane we fragmencie w protokole). W zakresie, wyroku KIO z KIO z 06.05.2016 r., sygn. akt: KIO 620/16, Izba podzieliła stanowisko Przystępującego, co do jego nieadekwatności wyrażone szczegółowo na rozprawie. Przywołana przez Odwołującego uchwała KIO z 28.04.2014 r., sygn. akt: KIO/KD 37/14 wyrażona w zakresie kontroli doraźnej – dotyczyła innej sytuacji – postępowania z wolnej ręki w trybie art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji oddalenia zarzutu pierwszego, który Izba uznała za kluczowy, w ocenie Izby, brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu drugiego, jak i trzeciego. Zamawiający w wyniku pisma Odwołującego - pisma Q. S.A. z 05.10.2016 r. - złożonego w postępowaniu wezwał Przystępującego do wyjaśnień - wezwanie do wyjaśnień skierowane przez Zamawiającego do A.G. Sp. z o.o. z 10.10.2016 r. Uzyskane wyjaśnienia Przystępującego - wyjaśnienia A.G. Sp. z o.o. z 12.10.2016 r. - w kontekście stanowiska wyrażonego odnośnie zarzutu pierwszego, nie dają podstawy do uwzględnienia zarzutu drugiego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 2052/16 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 2049/16, sygn. akt: KIO 2052/16 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 w związku z § 5 ust. 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

36

---

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

37