

WYROK
z dnia 26 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Tradex Systems spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Agencję Rynku Rolnego w trybie przetargu nieograniczonego na *„zakup i dostawę kompletnej obudowy serverowej typu blade, 8 serwerówkasetowych do obudowy blade, oprogramowania zarządzającego serwerami i obudową typu blade, wraz z usługą instalacji i konfiguracji dostarczonego sprzętu”*

przy udziale Przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego – Kapsch spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Tradex Systems spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Tradex Systems spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„zakup i dostawę kompletnej obudowy serverowej typu blade, 8 serwerówkasetowych do obudowy blade, oprogramowania zarządzającego serwerami i obudową typu blade, wraz z usługą instalacji i konfiguracji*

dostarczonego sprzętu” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy wynosi 151.081 euro (580.000 zł).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 157-242740 w dniu 14 sierpnia 2010r.

Odwolujący w dniu 6 października 2010r. otrzymał informację o wyniku postępowania, zaś w dniu 15 października 2010r. wniósł odwołanie wobec odrzucenia Jego oferty.

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,
- 2) naruszenie art. 26 ust. 3 Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Odwolujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym,
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert w zakresie zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i w jej wyniku uznanie, iż oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawo zamówień publicznych,
- 3) wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- 4) dokonanie powtórnej czynności oceny ofert oraz dopuszczenie Odwołującego do udziału

w aukcji elektronicznej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucając Jego ofertę stwierdził, że zaoferowany system blade PRIMERGY BX900S1 firmy Fujitsu (Fujitsu Technology Solutions) nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia; ponadto Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, zarzucając niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

KIO 2244/10 2

Odwołujący argumentuje, że Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym; że oferta Odwołującego jest zgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie powinna zostać odrzucona, a w konsekwencji Odwołujący powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W rozstrzygnięciu postępowania, Zamawiający dokonał badania wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie treści ulotek i materiałów informacyjnych zamieszczonych na stronach internetowych, które nie są częścią oferty Odwołującego. Takie działanie Zamawiającego jest, zdaniem Odwołującego, całkowicie bezpodstawne i bezprawne. Ustawodawca nie upoważnił Zamawiającego do tego typu praktyk. Podkreślono, że na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zobligowany jest do badania zgodności treści oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w żadnym miejscu rozstrzygnięcia nie wykazał niezgodności treści oferty z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, co do treści oferty, Zamawiający miał prawo do wezwania Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego nie uczynił.

Podkreślono że zaoferowany przez Odwołującego sprzęt i oprogramowanie są zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co znajduje jednoznaczne potwierdzenie w treści oferty. Odwołujący podał, że materiały i ulotki o charakterze reklamowym zamieszczane na stronach internetowych nie są i nie mogą być miarodajnym źródłem informacji technicznych. W żadnym wypadku informacje takie nie mogą stanowić przesłanki do uznania, że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wybiórczo stosuje przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w zależności od Wykonawcy, którego dotyczą. W ocenie Odwołującego, rażącym naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wezwanie Wykonawcy ZETO-RZESZÓW Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów i zaniechanie tej czynności w stosunku do oferty Odwołującego, pomimo iż treść oferty Odwołującego jest zgodna z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący końcowo podnosi, że dokonana przez Zamawiającego ocena ofert została przeprowadzona bez zachowania należytej staranności, czego konsekwencją jest wybór oferty o wyższej cenie co skutkuje niepotrzebnym wydatkowaniem dodatkowych środków publicznych

KIO 2244/10 3

oraz narusza postanowienia art. 17 Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 17 grudnia 2004 r. (Dz. U. 2005 Nr 14 poz. 114 wraz z późn. zm.).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Kapsch spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykazując swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, przeprowadzone na rozprawie dowody jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 16 sierpnia 2010r. (data zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na tablicy

ogłoszeń Zamawiającego oraz Jego stronie internetowej www.arr.gov.pl) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa

KIO 2244/10 4

zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania – w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą w tym postępowaniu (cena zaoferowana przez Odwołującego wynosi 492.648,20 zł, oferta Kapsch sp. z o.o. zawiera cenę 699.060,00 zł, oferta ZETO – Rzeszów sp. z o.o. zawiera cenę 704.916,00 zł), w związku z czym wykonawca miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowane w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności Zamawiającego należało uznać, że odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszym rzędzie podzielić należało ocenę Odwołującego, iż dokumenty, takie jak opłacona polisa oraz wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Na gruncie analizowanej sprawy, w pkt VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia - DOKUMENTY I OŚWIADCZENIA POTWIERDZAJĄCE SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ BRAK PODSTAW DO WYKLUCZENIA, w ust. 1, Zamawiający zastrzegł: w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żąda następujących dokumentów i oświadczeń: a) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z „Załącznikiem nr 3” do

KIO 2244/10 5

SIWZ; b) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że

dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie („Załącznik nr 5” do SMW); c) opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Odwołujący nie załączył do złożonej w postępowaniu oferty wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ponadto załączona do oferty polisa z dnia 13 lipca 2010r. zawiera wyraźną informację, że nie jest ona opłacona: w polu *IV Forma i warunki płatności składki ubezpieczeniowej w przypadku płatności odroczonej* podano: „Płatna przelewem do dnia 2010-07-27”, wskazano dalej: „Potwierdza się dokonanie wpłaty wkwocie 0,00 (słownie złotych: 00/100). Dokumenty te podlegałyby uzupełnieniu, pod tym jednak warunkiem, że oferta nie podlega odrzuceniu.

Dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego zasadnie potwierdziła, że oferta podlega odrzuceniu z powodu jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający ukształtował analizowane postępowanie w ten sposób, że wykonawcy zobowiązani byli podać w formularzu ofertowym dane oferowanego w postępowaniu przedmiotu. Potwierdzeniem spełniania szczegółowych warunków i parametrów oferowanego przedmiotu miało być oświadczenie wykonawcy, polegające na podaniu w formularzu ofertowym informacji dotyczących oferowanej obudowy typu blade, serwerów blade oraz oprogramowania zarządzającego infrastrukturą serwerów blade. W ust. 4 rozdziału VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił bowiem warunek, iż *w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda opisu, zgodnego ze wzorem określonym w załączniku nr 1a do Formularza ofertowego, zawierającego dokładne parametry i informacje na temat oferowanego sprzętu*. Opisany załącznik wymaga podania producenta oferowanego sprzętu, modelu, typu i roku jego produkcji; zawiera nadto w ujęciu tabelarycznym pola do

KIO 2244/10 6

wypełnienia przez wykonawców w odniesieniu do odpowiednich, oferowanych elementów: infrastruktury blade; oprogramowania zarządzającego infrastrukturą serwerów blade; serwerów typu blade (typ 1) – 8 sztuk. Zamawiający zatem przyjął w tym postępowaniu zasadę, że oceny ofert będzie dokonywał nie w oparciu o złożone przez wykonawców opisy urządzeń technicznych czy instrukcje obsługi dotyczące oferowanego sprzętu i oprogramowania, ale na podstawie zawartych w ofertach informacji dotyczących producenta, typu i modelu sprzętu oraz roku jego produkcji sięgając do własnej wiedzy oraz źródeł zewnętrznych w celu porównania jego charakterystyki i skonfrontowania z postawionymi w postępowaniu wymaganiami. Tym samym, przyjętym w przedmiotowym postępowaniu sposobem wykazania przez wykonawców spełniania przez oferowany sprzęt i oprogramowanie wymagań Zamawiającego było oświadczenie wykonawcy zawarte w formularzu ofertowym (załączniku do niego) w zakresie parametrów oferowanego przedmiotu (opis tego przedmiotu w odpowiednich trzech częściach tabeli załączonej do formularza ofertowego).

Wykonawca, którego oferta została zakwestionowana przez Zamawiającego w analizowanej sprawie jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia uczynił zatem zadość obowiązkowi potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego, składając wypełniony formularz ofertowy zgodnie z wytycznymi Zamawiającego, co jest równoznaczne z potwierdzeniem spełniania przez oferowane dostawy wymagań postawionych przez Zamawiającego.

Zgodnie zaś z ogólną regułą ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 kodeksu cywilnego, znajdującą zastosowanie na gruncie postępowania w sprawie o zamówienie publiczne, ciężar dowodu na okoliczność danego faktu spoczywa na podmiocie, który z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W związku z tym, wobec złożenia przez Odwołującego w sposób określony przez Zamawiającego formularza ofertowego do którego załączono wymagane oświadczenia o oferowanym sprzęcie oraz oprogramowaniu, z których to oświadczeń wynika spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego należało przyjąć, że to Zamawiającego który kwestionuje spełnianie przez oferowany przedmiot wymagań stawianych treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia obciąża dowód na okoliczność przeciwną. Podkreślenia dalej

wymaga, że dowód ten musi mieć charakter pozytywnego, wskazującego na odmienne od przedstawionych w formularzu ofertowym informacji. Konieczne byłoby dla uznania zasadności stanowiska Zamawiającego przeprowadzenie przez niego dowodów w sposób pozytywnie

KIO 2244/10 7

dowodzący okoliczności odmiennych od wskazanych w innym dowodzie, to jest formularzu ofertowym wraz z załącznikiem złożonym w ofercie Odwołującego.

Przeprowadzone postępowanie odwoławcze wykazało, że ocena dokonana przez Zamawiającego w oparciu o informacje dotyczące producenta, typu i modelu oraz roku produkcji, dopełnione zebranymi przez Zamawiającego informacjami o szczegółowych parametrach tego sprzętu, pochodzącymi z dokumentacji technicznej i instrukcji użytkownika co do niezgodności oferowanego przez wykonawcę przedmiotu z wymaganiami Zamawiającego postawionymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadziła do trafnego wniosku, że oferowany przez Odwołującego przedmiot nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dostrzeżenia w tym miejscu jednak wymaga, że tak dokonana przez Zamawiającego na podstawie formularza ofertowego wraz z załącznikiem oraz własnych informacji Zamawiającego ocena powinna znaleźć ostateczne potwierdzenie w uprzednio uzyskanych od wykonawcy wyjaśnieniach dotyczących treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zaniechał wystąpienia do wykonawcy o złożenie takich wyjaśnień, co czyniło w momencie jego dokonywania wniosków w przedmiocie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia obarczonym ryzykiem nietrafnej oceny. Wniosek ten, jako dokonany jednostronnie, w oparciu o dokumenty nie pochodzące od wykonawcy (dokumentację techniczną i instrukcje użytkownika zebrane samodzielnie przez Zamawiającego od dostawców analogicznego jak oferowany przez Odwołującego sprzęt i oprogramowanie) zmierzający do odrzucenia oferty powinien być poprzedzony wystąpieniem do wykonawcy o wyjaśnienie oferty. Dostrzec trzeba bowiem, że co do zasady nie jest niedopuszczalne podejmowanie przez Zamawiającego jednostronnych czynności mających na celu wyjaśnienie czy oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, szczególnie wtedy gdy celem tych czynności jest rozwianie wątpliwości co do oferty i składających się na nią dokumentów. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyłącza bowiem tego rodzaju działań a przeciwnie – nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób bezstronny i obiektywny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami postawionymi treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie złożonej oferty i załączonych do niej dokumentów, jest uprawniony do sięgania do własnej wiedzy, w tym także zbierania informacji

KIO 2244/10 8

pochodzących z innych źródeł, aniżeli wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie. Dostrzec trzeba jednak w tym miejscu, że każdorazowo granicą dopuszczalności takiej praktyki będzie wyrażony w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwej konkurencji. Za niedopuszczalne należy zatem uznać takie działanie zamawiającego, które będzie zmierzało do usunięcia braków oferty czy też wątpliwości pojawiających się na jej tle za wykonawcę – zamawiający nie może bowiem podejmować czynności za wykonawcę, celem wykazania że oferowany przez niego przedmiot spełnia wymagania postawione w postępowaniu. W takiej sytuacji zamawiający stanie się bowiem rzecznikiem jednego z uczestników postępowania, zaś takie działanie może i powinno być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców.

Na gruncie analizowanej sprawy, Zamawiający zaniechał wspomnianego wystąpienia do wykonawcy, pozbawiając Odwołującego szansy na ewentualne przekonanie Zamawiającego, że jego oferta spełnia wymagania postawione w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak to uchybienie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący

bowiem złożył w postępowaniu odwoławczym wniosek dowodowy z oświadczenia producenta oferowanego przez Odwołującego sprzętu, celem wykazania, że oferowany przez Niego sprzęt spełnia wymagania postawione treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uwzględnienie odwołania wymagałoby ustalenia, że wszystkie wymienione przez Zamawiającego podstawy odrzucenia oferty Odwołującego (dostrzeżone niezgodności oferowanego sprzętu z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia) się nie potwierdziły, zaś uznanie, że oferta Odwołującego nie spełnia choćby jednego z postawionych wymagań skutkuje uznaniem, że oferta zasadnie podlegała odrzuceniu. Ze złożonego oświadczenia producenta oferowanego sprzętu wynika natomiast, że oferta Odwołującego przynajmniej w jednym aspekcie nie spełnia wymagań postawionych treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkowało uznaniem, że podlega ona odrzuceniu.

Poddając szczegółowej analizie zasygnalizowane przez Zamawiającego niezgodności oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w świetle brzmienia dowodu złożonego przez Odwołującego (pisma przedstawiciela Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie z dnia 14 października 2010r.), dostrzec należało w odniesieniu do KIO 2244/10 9

każdego z postawionych przez Zamawiającego wymagań oraz odpowiednich elementów oferowanego przez Odwołującego sprzętu:

1. W wierszu nr 8 załącznika nr 1 a dotyczącego infrastruktury blade, w części tytułowanej „parametr wymagany”, Zamawiający postawił wymaganie o treści: „Zasilanie: Zestaw zasilaczy redundantnych, typu Hot Plug. System zasilania zdolny do obsługi awarii połowy z zainstalowanych zasilaczy (dowolne N zasilaczy przy założeniu konfiguracji N+N), wymagane ciągłe 15/33 dostarczenie mocy niezbędnej do zasilenia obudowy obsadzonej wszystkimi serwerami. Procesory serwerów winny pracować z nominalną, maksymalną częstotliwością. Wymiana zasilacza nie może powodować konieczności odłączenia zewnętrznej infrastruktury zasilania (kable zasilającego).”

W odpowiedzi na tak opisane wymaganie Zamawiającego, Odwołujący podał w pozycji parametr oferowany: *Zestaw zasilaczy redundantnych, typu Hot Plug. System zasilania zdolny do obsługi awarii połowy z zainstalowanych zasilaczy (dowolne N zasilaczy przy założeniu konfiguracji N+N), zapewnione jest ciągłe 15/33 dostarczenie mocy niezbędnej do zasilenia obudowy obsadzonej wszystkimi serwerami. Procesory serwerów pracują z nominalną, maksymalną częstotliwością. Wymiana zasilacza nie może powodować konieczności odłączenia zewnętrznej infrastruktury zasilania (kable zasilającego).*”

Z przeprowadzonych w postępowaniu dowodów, w tym przede wszystkim z treści złożonego przez Odwołującego oświadczenia z dnia 14 października 2010r. przedstawiciela producenta oferowanego przez Odwołującego sprzętu (firmy Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie) wynika, iż w celu wymiany zasilacza, np. w przypadku jego uszkodzenia nie ma konieczności odłączenia kabla zasilającego; zasilacz może być wymieniony wraz z kablem zasilającym. Wystawca oświadczenia podał, iż zasilacze są wyposażone w system informacji wizualnej (świeące diody), który w przypadku wystąpienia uszkodzenia zasilacza eliminuje jakiegokolwiek niebezpieczeństwo wymiany niewłaściwego egzemplarza.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga treść wymagania postawionego przez Zamawiającego, gdzie Zamawiający zastrzegł, by wymiana zasilacza odbywała się bez możliwości odłączenia kabla zasilającego, co oznacza, że oferowane rozwiązanie ma być tak skonstruowane, by w trakcie wymiany zasilacza kabel zasilający w ogóle nie podlegał odłączeniu. Z oświadczenia przedstawiciela producenta oferowanego przez Odwołującego sprzętu wynika natomiast, że przy wymianie zasilacza istnieje możliwość odłączenia kabla zasilającego, nadto wskazano tam wyraźnie, że istnieje możliwość wymiany zasilacza razem z kablem zasilającym, co jednoznacznie wskazuje na odłączenie kabla w ramach czynności wymiany zasilacza, co stanowi o niezgodności oferowanego rozwiązania ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

KIO 2244/10 10

Analogiczny wniosek wynika z dowodu przeprowadzonego z inicjatywy Przystępującego, to jest z dokumentacji technicznej – instrukcji użytkownika PRIMERGY BX900 S1 Blade Server w wersji anglojęzycznej wraz z tłumaczeniem odpowiedniej części (stron 126 i 127). Zaprezentowana tam instrukcja wymiany zasilacza wskazuje na następującą kolejność kroków składających się na wymianę zasilacza: sprawdzenie diody LED na zasilaczu umieszczonej z tyłu

jednostki celem sprawdzenia, który zasilacz uległ uszkodzeniu; odłączenie kabla zasilającego od uszkodzonego zasilacza; odłączenie kabla zasilającego z gniazda zasilającego, do którego podłączony jest wadliwy zasilacz; wymiana zasilacza (wstawienie jednostki zasilacza w dedykowaną zatokę). Podobną konkluzję należy wywieść z przeprowadzonego na wniosek Przystępującego dowodu z oświadczenia autoryzowanego dystrybutora TS Fujitsu – firmy ABC Data SA w Warszawie z dnia 25 października 2010r., gdzie wystawca oświadczył, iż obudowa PRIMERGY BX900 S1 jest wyposażona w zasilacze z bezpośrednio podłączonym kablem zasilającym, który musi być odłączony przy wymianie zasilacza.

Powyższe prowadziło do uznania, że w ofercie Odwołującego nie zostało potwierdzone spełnienie wymagania postawionego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do opisanego wyżej rozwiązania dotyczącego wymiany zasilacza.

2. W wierszu nr 6 załącznika nr 1, dotyczącego infrastruktury blade, w części tytułowanej „parametr wymagany” Zamawiający postawił wymaganie o treści: *„Zarządzanie połączeniami LAN i SAN z serwerów blade: W ramach obudowy lub modułów LAN/SAN wymagana jest możliwość przydzielania predefiniowanych adresów MAC i WWN a karty Ethernet i Fibre Channel odpowiednio. Dodatkowo w ramach modułów Ethernet i kart na serwerach musi istnieć możliwość podzielenia każdej z kart na min 4 interfejsów sieciowych, widzianych, jako interfejsy fizyczne przez system operacyjny (posiadające predefiniowany MAC adres).*

Rozwiązanie musi być niezależne od systemu operacyjnego, dostarczane w ramach rozwiązania blade dla certyfikowanych systemów operacyjnych.”

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący podał w wypełnionym formularzu (według wzoru załącznika 1a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) jako parametr oferowany: *W ramach obudowy lub modułów LAN/SAN zapewniona jest możliwość przydzielania predefiniowanych adresów MAC i WWN a karty Ethernet i Fibre Channel odpowiednio. Dodatkowo w ramach modułów Ethernet i kart na serwerach istnieje możliwość podzielenia każdej z kart na min 4 interfejsów sieciowych, widziane, jako interfejsy fizyczne przez system operacyjny (posiadające predefiniowany MAC adres).*

Rozwiązanie

jest niezależne od systemu operacyjnego, dostarczane w ramach rozwiązania blade dla certyfikowanych systemów operacyjnych.

KIO 2244/10 11

Z przeprowadzonego w postępowaniu z inicjatywy Odwołującego dowodu z oświadczenia z dnia 14 października 2010r. przedstawiciela producenta oferowanego przez Odwołującego sprzętu (firmy Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie) wynika, iż w odniesieniu do systemu blade PRIMERGY BX900 S1 w ramach modułów Ethernet i kart sieciowych w serwerach blade użytkownik ma możliwość „podzielenia” każdej kart na 4 interfejsy sieciowe, widziane jako interfejs fizyczny przez system operacyjny (posiadające predefiniowane adresy MAC).

Złożony na wniosek Przystępującego dowód z oświadczenia autoryzowanego dystrybutora TS Fujitsu – firmy ABC Data SA w Warszawie z dnia 25 października 2010r., wskazuje natomiast ogólnie w odniesieniu do oferowanego przez Odwołującego rozwiązania, iż *„W ramach wskazanej obudowy blade PRIMERGY BX900 S1 i wskazanego modelu BX924S2 dostępne są technologie wirtualizacji kart sieciowych firmy Intel: Intel® VT-c (includes I/OAT, VMDq, VMDc=PCI-SIG SR_IOV).*

Powyższe należało uznać, wobec złożenia przez Odwołującego najpierw w ofercie oświadczenia o zaoferowaniu przedmiotu zgodnego wymaganiom postawionym w specyfikacji, następnie złożenia przez Odwołującego dowodu z oświadczenia producenta oferowanego sprzętu o treści odpowiadającej postawionemu wymaganiu, przy jednoczesnym braku dowodu przeciwnego ze strony Zamawiającego, za niewykazanie przez Zamawiającego, by oferowany przez Odwołującego sprzęt był niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tym samym uznano, że Odwołujący wykazał w sposób wymagany treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełnienie postawionego w tym zakresie warunku.

3. W wierszu 4 załącznika nr 1 a dotyczącego serwerów typu blade, w części tytułowanej „parametr wymagany” Zamawiający postawił wymaganie o treści: *„Interfejsy sieciowe (LAN): 2 Interfejsy (porty) sieciowe 10Gbit Ethernet, możliwość podzielenia każdego z interfejsu (portu) na min 4 interfejsy sieciowe o regulowanej prędkości 1-10Gbit posiadających swój adres MAC) realizowana przy współpracy z*

zaoferowanymi modułami sieci LAN wyprowadzającymi połączenia z obudowy.”

W odpowiedzi na tak opisane wymaganie Zamawiającego, Odwołujący podał w pozycji parametr oferowany: *„2 Interfejsy (porty) sieciowe 10Gbit Ethernet, możliwość podzielenia każdego z interfejsu (portu) na min 4 interfejsy sieciowe o regulowanej prędkości 1-10Gbit posiadających swój adres MAC) realizowana przy współpracy z zaoferowanymi modułami sieci LAN wyprowadzającymi połączenia z obudowy.”*

Z przeprowadzonego w postępowaniu z inicjatywy Odwołującego dowodu z oświadczenia z dnia 14 października 2010r. przedstawiciela producenta oferowanego przez Odwołującego sprzętu (firmy Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie) wynika, iż

KIO 2244/10 12

zastosowane w serwerach blade PRIMERGY BX924 S2 karty sieciowe 10 GB/s mają możliwość regulowania ich prędkości zakresie 1-10 Gb/s.

Zamawiający na rozprawie podał w odniesieniu do argumentacji Odwołującego i złożonego przez Niego dowodu, iż kwestia prędkości interfejsów jest bardzo skomplikowanym zagadnieniem i nie jest w stanie stwierdzić, czy istotnie w ofercie Odwołującego nie jest zapewnione spełnienie wymaganej w specyfikacji funkcjonalności. W odniesieniu do wymagania związanego z możliwością regulowania prędkości kart sieciowych w zakresie od 1-10 Gb/s (wymóg postawiony w pkt 4 części III załącznika nr 1a – serwery typu blade) Zamawiający wskazał na rozprawie, że nie jest w stanie ani potwierdzić ani zaprzeczyć czy oferta odwołującego spełnia ten warunek.

Uznano w powyższym zakresie, że Zamawiający nie udowodnił (nie podjął nawet inicjatywy dowodowej w powyższym zakresie) zasadności dokonanej oceny co do niespełnienia przez oferowane przez Odwołującego serwery opisanego wyżej wymagania, co – wobec niezakwestionowania skutecznie oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym oraz treści przeprowadzonego na rozprawie dowodu, wobec braku dowodów przeciwnych, a zarazem przy stwierdzeniu przez Zamawiającego na rozprawie, że nie potrafi definitywnie stwierdzić, że oferta jest w powyższym zakresie niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, uznano za przyznanie zasadności postawionego w odwołaniu zarzutu.

4. Zamawiający w wierszu nr 6 załącznika nr 1 a dotyczącego infrastruktury blade, w części tytułowanej „parametr wymagany” Zamawiający postawił wymaganie o treści: *„Zarządzanie połączeniami LAN i SAN z serwerów blade: W ramach obudowy lub modułów LAN/SAN wymagana jest możliwość przydzielania predefiniowanych adresów MAC i WWN a karty Ethernet i Fibre Channel odpowiednio. Dodatkowo w ramach modułów Ethernet i kart na serwerach musi istnieć możliwość podzielenia każdej z kart na min 4 interfejsów sieciowych, widzianych, jako interfejsy fizyczne przez system operacyjny (posiadające predefiniowany MAC adres). Rozwiązanie musi być niezależne od systemu operacyjnego, dostarczane w ramach rozwiązania blade dla certyfikowanych systemów operacyjnych.”*

Odwołujący w złożonej ofercie potwierdził spełnianie tak opisanego wymagania. Sporne w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do przytoczonego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia stało się (poza opisanym wyżej, w pkt 2 wymaganiem dotyczącym możliwości podzielenia kart na interfejsy sieciowe, rozpoznawane przez system jako interfejsy fizyczne), czy oprogramowanie zarządzające dedykowane dla obudowy blade jest niezależne od systemu operacyjnego.

KIO 2244/10 13

Z przeprowadzonego w postępowaniu z inicjatywy Odwołującego dowodu z oświadczenia z dnia 14 października 2010r. przedstawiciela producenta oferowanego przez Odwołującego sprzętu (firmy Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie) wynika, iż system blade PRIMERGY BX900 S1 dostarczany jest wraz z oprogramowaniem zarządzającym ServerView, który umożliwia zarządzanie połączeniami LAN i SAN. Oprogramowanie to jest integralną częścią systemu blade, nie wymaga dodatkowej instalacji, nie ma potrzeby korzystania z dedykowanej stacji zarządzającej oraz jest niezależne od systemu operacyjnego; w skład oprogramowania ServerView wchodzi moduł Virtual-IO Manager, który pozwala użytkownikowi na wygodniejszą i szybszą konfigurację sprzętu do zastosowań wirtualnych. Dla spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego nie jest konieczne korzystanie z modułu Virtual-IO Manager.

Analiza treści wskazanego dowodu prowadzi do wniosku, że spełnione zostało

wymaganie postawione treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie wykazał tezy odmiennej, zaś dowód z oświadczenia autoryzowanego dystrybutora TS Fujitsu – firmy ABC Data SA w Warszawie z dnia 25 października 2010r., przeprowadzony z inicjatywy Przystępującego po stronie Zamawiającego także nie przekonuje o niezgodności oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Dowód ten dotyczy tylko oprogramowania Virtual-IO Manager, wskazując, że oprogramowanie Fujitsu Virtual-IO Manager wspierane jest wyłącznie z systemami operacyjnymi: MS Windows Server 2003 (SP2), MS Windows Server 2003 R2 (SP2), MS Windows Server 2008 (SP1), MS Windows Server 2008 R2 (SP1), a także RedHat Enterprise Linux 5, Suse Linux Enterprise Server 10 tylko dla konsoli tekstowej, podczas gdy powyższego Odwołujący nie kwestionuje – z dowodu przeprowadzonego na wniosek Odwołującego wynika, że poza oprogramowaniem Virtual-IO Manager, które wymaga dla swego funkcjonowania wsparcia systemu operacyjnego, oferowana obudowa blade posiada także własne oprogramowanie, niezależne od niego.

Powyższe przemawiało za uznaniem zasadności zarzutu odwołania w powyższym zakresie.

Dano wiarę złożonemu przez Odwołującego dowodowi z oświadczenia z dnia 14 października 2010r. przedstawiciela producenta oferowanego przez Odwołującego sprzętu, uznając, że dowód ten można uznać za wystarczające i miarodajne źródło informacji o oferowanym w postępowaniu przedmiocie; został on przeprowadzony z inicjatywy Odwołującego dla wykazania okoliczności zgodnych z interesem Odwołującego, zaś zawarte w KIO 2244/10 14

nim oświadczenia pochodzą od podmiotu trzeciego, bezpośrednio niezaangażowanego w przedmiotowe postępowanie i niezainteresowanego jego wynikiem. Nadto, dowód ten okazał się być zgodnym w zakresie jego treści z innymi dowodami w tym postępowaniu, w tym dokumentacją techniczną oraz instrukcją użytkownika oferowanego przez Odwołującego sprzętu. Analiza tego dowodu prowadziła do wniosku, że potwierdziła się konkluzja uczyniona przez Zamawiającego w zakresie niezgodności oferowanej przez Odwołującego obudowy serwerowej typu blade z wymaganiem specyfikacji, zgodnie z którym wymiana zasilacza nie może powodować konieczności odłączenia zewnętrznej infrastruktury zasilania (kabla zasilającego), co czyniło uprawnioną decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Pozostałe dokumenty (dopuszczone jako dowód z inicjatywy Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego), stanowiące dokumentację techniczną - instrukcję użytkownika także potwierdzają powyższy wniosek.

Powyższe skutkowało oddaleniem odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: