Sygn. akt: KIO 1812/12
Sygn. akt: KIO 1824/12

WYROK
z dnia 7 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 września 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2012 r. przez **Odwołujących:**
A. MEGATEL Sp. z o.o. sp. k., ul. Balicka 75, 30-149 Kraków,
B. TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa,
w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Akademia Górniczo - Hutnicza im. Stanisława Staszica, Al. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków,
przy udziale **Wykonawcy:**

A. TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1812/12, po stronie Zamawiającego;
B. MEGATEL Sp. z o.o. sp. k., ul. Balicka 75, 30-149 Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1824/12, po stronie Zamawiającego;

orzeka:
a) w sprawie o sygn. akt KIO 1812/12:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa, dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Przystępującego** - TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - MEGATEL Sp. z o.o. sp. k., ul. Balicka 75, 30-149 Kraków, tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Przystępującego** - TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa, na rzecz **Odwołującego** - MEGATEL Sp. z o.o. sp. k., ul. Balicka 75, 30-149 Kraków, kwotę **19 363 zł 94 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt trzy złote dziewięćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

b) w sprawie o sygn. akt KIO 1824/12:

3. **Oddala odwołanie.**

4. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa, i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
4.2. zasądza od **Odwołującego** - TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa, na rzecz **Zamawiającego** - Akademia Górniczo - Hutnicza im.

Stanisława Staszica, Al. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków, kwotę **685 zł 50 gr** (słownie: sześćset osiemdziesiąt pięć złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Krakowie.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający – Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie, Al. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Dostawę, montaż, konfigurację i uruchomienie serwera obliczeniowego dla Akademickiego Centrum Materiałów i Nanotechnologii (ACMiN) AGH”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 2 czerwca 2012 roku pod numerem 2012/S 104-173706.

Zamawiający dnia 17 sierpnia 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania, w tym wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę TRADEX SYSTEMS sp. z o.o., ul. Opaczewska 42 lok. 110; 02-372 Warszawa.

KIO 1812/12

Dnia 27 sierpnia 2012 roku (pismem z dnia 24 sierpnia 2012 roku) wykonawca MEGATEL sp. z o.o. sp.k., ul. Balicka 75; 30-149 Kraków (zwany dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie od:

1. Czynności badania i oceny ofert w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez TRAODEX SYSTEMS.
3. Zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez TRADEX SYSTEMS jako niejawnych części oferty w zakresie „Wykazu dostaw” wraz z potwierdzeniem należytego ich wykonania, pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
4. Zaniechania przez zamawiającego wystąpienia do TRADEX SYSTEMS o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
5. Zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez ATM Systemy Informatyczne (dalej: ATM Systemy Informatyczne) jako niejawnych części oferty w zakresie dokumentów od strony 22 do 45, pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

---

6. Zaniechania przez zamawiającego wystąpienia do ATM Systemy Informatyczne o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) Naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, poprzez wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2) Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TRADEX SYSTEMS pomimo niezgodności tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

3) Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2009 Nr 153, poz. 1503, dalej: Ustawa ZNK), poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez TRADEX SYSTEMS jako niejawnych części oferty w zakresie „Wykazu dostaw" wraz z potwierdzeniem należytego ich wykonania, pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
4) Naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wystąpienia do TRADEX SYSTEMS o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
5) Naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 Ustawy ZNK, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez ATM Systemy Informatyczne jako niejawnych części oferty w zakresie dokumentów od strony 22 do 45, pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
6) Naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku art. 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wystąpienia do ATM Systemy Informatyczne o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia jako części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty TRADEX SYSTEMS jako najkorzystniejszej.
2. Nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty TRADEX SYSTEMS jako niespełniającej wymogów określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

---

3. Nakazanie zamawiającemu wystąpienia do TRADEX SYSTEMS o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty.
4. Nakazanie zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych przez TRADEX SYSTEMS jako niejawnych części oferty, które zostały bezpodstawnie zastrzeżone przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, czyli „Wykazu dostaw" wraz z potwierdzeniem ich należytego wykonania.
5. Nakazanie wystąpienia do ATM Systemy zamawiającemu Informatyczne o wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty.
6. Nakazanie odtajnienia przez zamawiającemu ATM Systemy zastrzeżonych części zostały jako oferty, które Informatyczne niejawnych bezpodstawnie zastrzeżone przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, czyli w zakresie dokumentów od strony 22 do 45 oferty ATM Systemy Informatyczne.
7. Nakazanie zamawiającemu zawiadomienia odwołującego o odtajnieniu ww. dokumentów.
8. Nakazanie zamawiającemu udostępnienia odwołującemu ww. dokumentów.
9. Nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wskazane powyżej niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania zamawiającego, w ocenie odwołującego naruszyły jego interes prawny, ponieważ odwołujący złożył ofertę, która w świetle kryteriów oceny ofert przyjętych przez zamawiającego jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy Pzp, a sprzeczne z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania zamawiającego uniemożliwiły odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego. W związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp odwołujący wskazał, że może ponieść szkodę. Jedynym kryterium oceny ofert, które przyjął w s.i.w.z. zamawiający jest zaoferowana przez wykonawców cena. Oferta najkorzystniejsza cenowo (złożona przez ATM Systemy informatyczne) została odrzucona przez zamawiającego. Oferta druga w kolejności (złożona przez TRADEX SYSTEMS) została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo zaistnienia oczywistych przesłanek do jej odrzucenia przez zamawiającego. Tym samym zgodnie z ustawą Pzp zamawiający powinien był dokonać wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty spełniającej wymagania określone przez zamawiającego w s.i.w.z.

i wynikające z ustawy Pzp. Tym samym wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących udzielenie zamówienia publicznego odwołujący podniósł, że może ponieść szkodę polegającą na utracie zysków w związku z niezrealizowaniem niniejszego zamówienia.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 24 sierpnia 2012 roku.

5

Zamawiający, dnia 27 sierpnia 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.
Dnia 30 sierpnia 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca TRADEX SYSTEMS sp. z o.o., ul. Opaczewska 42 lok. 110; 02-372 Warszawa.
Zamawiający dnia 6 września 2012 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołującego w całości.

Przystępujący na posiedzeniu złożył oświadczenie, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.
Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący 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 zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z cofnięciem przez odwołującego zarzutów odnoszących się do wykonawcy ATM Systemy Informatyczne, Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania Izba stwierdziła, co następuje.
Zarzut dotyczący nieudostępnienia odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz zarzut dotyczący zaniechania zamawiającego polegającego na niewezwaniu przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała za zasadny.

6

Wskazać bowiem należy, że przystępujący zarówno w treści oferty, w treści dokumentów złożonych w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani na rozprawie nie udowodnił, że zamówienia, które były przez przystępującego zrealizowane i wykazane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia podlegają ochronie przewidzianej przepisem art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2009 r. Nr 153, poz. 1503). Swobodne twierdzenia przystępującego o rzekomych klauzulach umownych stosowanych w umowach o pracę z osobami realizującymi przedmiotową inwestycję o nakazie poufności, czy też o rzekomych klauzulach umownych zawartych w kontrakcie w zakresie poufności realizowanego przedmiotu kontraktu, nie zostały potwierdzone żadnym dowodem. Nie potwierdzona została również okoliczność podnoszona przez przystępującego dotycząca poufności umowy z uwagi na niepodleganie jej przepisom o dostępie do informacji publicznej czy zamówieniach publicznych.

Izba wskazuje, że podmiot zastrzegający w ofercie treść dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa musi tę okoliczność przynajmniej uprawdopodobnić. Brak takiego uprawdopodobnienia, popartego stosownymi dowodami, chociażby wskazaniem procedur podjętych w celu zachowania zasady poufności, musi prowadzić do sytuacji, w której zamawiający, czy pozostali wykonawcy mogą skutecznie podnosić zarzuty w stosunku do takiego zastrzeżenia.

Zarzut dotyczący braku wyszczególnienia w ofercie przystępującego wymaganych informacji dotyczących kabli Infiniband oraz braku wyszczególnienia wszystkich elementów pozostałych kabli (Ethernet, Fibre Channel) i urządzeń porządkujących okablowanie, Izba uznała za niezasadny.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądał podania przez wykonawców informacji dotyczących odpowiednio: producenta oraz liczby kabli Infiniband dla każdej długości, wyszczególnienia wszystkich elementów kabli pozostałych (Ethernet, Fibre Channel) i urządzeń porządkujących okablowanie.

Przystępujący w odpowiedzi na powyższe żądania podał odpowiednio, że oferuje komplet kabli przyłączeniowych i połączeniowych firmy ACE Plus Corp. O odpowiednich długościach w ilości niezbędnej do właściwego połączenia wszystkich urządzeń i prawidłowej pracy serwera obliczeniowego oraz komplet kabli przyłączeniowych i połączeniowych o odpowiednich długościach oraz elementów (urządzeń) porządkujących okablowanie w ilości niezbędnej do właściwego połączenia wszystkich urządzeń i prawidłowej pracy serwera obliczeniowego. Przełączniki sieci zarządzającej Ethernet: D-Lin Des-1210-52.

Takim sformułowaniom ofertowym przystępującego trudno odmówić zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Istotnych jest bowiem fakt, aby oferowane

---

okablowanie pokrywało potrzeby w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Na tym etapie postępowania trudnym do określenia jest chociażby długość kabli w szczególności gdy zamawiający szczegółowo nie podał wymiarów pomieszczenia, czy też miejsca posadowienia zamawianych urządzeń. Informacja przystępującego zawarta w ofercie, iż odpowiednia liczba kabli o odpowiedniej długości jest informacją rzetelną, bardziej odpowiadającą faktycznemu zapotrzebowaniu przy zapewnieniu kompletności okablowania niż podanie zdefiniowanych ich długości świadczy okoliczność, że zdefiniowanie odpowiednich długości, w trakcie realizacji przedmiotu umowy może faktycznie być niewystarczająca. Zamawiający zobowiązany takim przedmiotem oferty nie będzie mógł następnie, na etapie realizacji zamówienia zobligować wykonawcę by w cenie oferty zwiększył liczbę kabli, czy też ich długość.

Zarzut dotyczący nieobjęcia przedmiotem oferty biblioteki LAPACK, Izba uznała za zasadny.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądał m.in. aby przedmiot oferty obejmował biblioteki BLAS i LAPACK dla kart akceleratorów.

Przystępujący w swojej ofercie podał, że dla kart akceleratorów NVIDIA Tesla M2070 dostępne są narzędzia: kompilatory CUDA C/C++, Fortran, biblioteki LAPACK, BLAS, narzędzia do debugowania i profilowania: gdb, Visual Profiler. Powyższe oprogramowanie wchodzi w skład pakietu CUDA 4.2, udostępnianego przez firmę NVIDIA bezpłatnie i bezterminowo.

Jak wynika z dowodu zgłoszonego przez odwołującego firma NVIDIA samodzielnie nie udostępnia biblioteki LAPACK, gdyż jej nie posiada. Natomiast firma NVIDIA rekomenduje stosowanie bibliotek LAPACK pochodzących od EM Photonics lub z Uniwersytetu Tennessee, Knoxville. Powyższe oznacza, że przystępujący nie mógł zaoferować biblioteki LAPACK pochodzącej od firmy NVIDIA, gdyż NVIDIA takiego produktu nie posiada.

W zakresie przedmiotowego zarzutu przystępujący zgłosił dowód przeciwny, tj. oświadczenie producenta i dostawcy serwerów – firmy Fujitsu, w którym firma potwierdziła, że oprogramowanie PCM Fujitsu Edition HPC Software Stack uzupełnione o narzędzia i biblioteki, w tym CUDA 4.x, udostępniane przez firmę NVIDIA, dostarczają kompletne biblioteki LAPACK i BLAS dla kart akceleratorów Tesla.

Izba uznała za bardziej przekonywujący dowód zgłoszony przez odwołującego, wystawiony przez samego producenta oprogramowania, który bezsprzecznie wskazuje, jakiego rodzaju biblioteki możliwe są do zaoferowania przez firmę NVIDIA, a z jakich, trzecich podmiotów

należy skorzystać w pozostałym zakresie.

Zarzut dotyczący nie zaoferowania infrastruktury zapewniającej pełną redundancję zasilania i chłodzenia, Izba uznała za niezasadny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dowody zgłoszone przez odwołującego „Karta Techniczna Produktu" wraz z informacją prasową o dostępności urządzenia obliczeniowego vCORE Express 2075 GPU stanowią jedynie domniemania, które zostały zniesione oświadczeniem – dowód zgłoszony przez przystępującego – autoryzowanego dystrybutora produktów TESLA M2070, w którym jednoznacznie zostało potwierdzone, że obudowy zewnętrzne dla kart akceleratorów Tesla dostarczane są z rozwiązaniami redundantnego chłodzenia i zasilania.

Tym samym zarzut odwołującego, iż nie podanie takich informacji w karcie katalogowej produktu stanowi o okoliczności nie zaoferowania takiego parametru jest niezasadny. Wskazać należy, że Izba wielokrotnie wypowiadała się na podobne tematy wskazując, iż dla danego postępowania, określone produkty są przygotowywane specjalnie i nie wszystkie parametry tego specjalnego zamówienia muszą znajdować swoje odzwierciedlenie w ogólnych firmowych katalogach.

Zarzut dotyczący nie zapewnienia co najmniej 96 identycznych węzłów obliczeniowych, Izba uznała za niezasadny.

Zarzut powyższy odwołujący wywodził m.in. z faktu zaoferowania określonej liczby szaf serwerowych i ich wielkości i w związku z tym brakiem możliwości zainstalowania dodatkowych kart z uwagi na brak miejsca w tychże szafach.

Zgodnie z pkt 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał dostawy identycznych węzłów obliczeniowych, różniących się obsadzeniem modułami pamięci RAM oraz wyposażeniem w karty akceleratorów. W opisie parametrów węzłów obliczeniowych znajduje się wymaganie aby każdy węzeł obliczeniowy posiadał co najmniej dwa gniazda PCI-e 3.0x16 umożliwiające podłączenie dwóch kart akceleratorów (kart z procesorami GPU lub kart z innymi akceleratorami, np. Intel MIC), a dalszej części specyfikacji technicznej zawarte są wymagania dotyczące kart akceleratorów. Zaoferowane przez przystępującego rozwiązanie składające się z kart akceleratorów instalowanych w zewnętrznej obudowie stanowi komplet i jest tożsame z kartami zainstalowanymi wewnątrz serwera. Z żadnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika zakaz instalowania kart na zewnątrz serwera. Wymóg dotyczący gniazd PCI-e nie wyklucza możliwości zaoferowania rozwiązań, w których karty akceleratorów będą podłączane do gniazd PCI-e zamiast w nich instalowane, co jednoznacznie wskazuje na możliwość zaoferowania takiego rozwiązania.

Powyższe stanowisko potwierdzone zostało przez autoryzowanego dystrybutora produktów Tesla M2070 firmy NVIDIA oraz vCORE Express 2075 firmy NextIO, który oświadczył, że

karty akceleratorów Tesla montowane w obudowach zewnętrznych, np. vCORE Express 2075, są tożsame i pracują w ten sam sposób jak karty akceleratorów montowane wewnątrz serwerów.

W ocenie Izby przystępujący, w omawianym zakresie, zaproponował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami zamawiającego. Faktem jest, że oferowane przez przystępującego rozwiązanie różni się od rozwiązania zaproponowanego przez odwołującego, co nie wyklucza jednak zachowania funkcjonalności przedmiotu oferty przystępującego. Z faktu odmiennego sposobu wypełnienia żądań zamawiającego opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie można wywodzić negatywnych skutków prawnych skutkujących odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący nie zapewnienia wymaganego wsparcia technicznego dla przedmiotu zamówienia, Izba uznała za niezasadny.

Zamawiający w pkt. 3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby „Wykonawca udzielił na przedmiot zamówienia gwarancji na okres 3 lat (parametry serwisu:

czas reakcji 48 godzin, czas naprawy 14 dni roboczych, z wyjątkiem macierzy dyskowej, dla której czas naprawy powinien wynosić 3 dni) i w tym okresie realizował wsparcie techniczne dla przedmiotu zamówienia (łącznie ze wsparciem dla dostarczonego oprogramowania oraz konfiguracji serwera), w tym wsparcie w przypadku ewentualnego rozszerzenia o dodatkowe karty akceleratorów oraz system wirtualnej pamięci wspólnej vSMP".

Przystępujący w swojej ofercie złożył oświadczenie w powyższym zakresie.

Zdaniem odwołującego, zaoferowane przez przystępującego urządzenie NextIO vCORE Express 2075 nie jest zgodne z systemem wirtualnej pamięci wspólnej vSMP producenta ScaleMP, co wyklucza w przypadku rozszerzenia przedmiotu zamówienia o system wirtualnej pamięci wspólnej vSMP – wsparcie producenta ScaleMP.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić, gdyż wskazać należy na istotną okoliczność związaną z faktem, iż zarówno samo urządzenie (obudowy NextIO) jak i karty akceleratorów nie stanowią elementu mającego wpływ na działanie oprogramowania vSMP firmy ScaleMP. Wymagane karty nie są również wykorzystywane przez oprogramowanie vSMP. Powyższe oznacza, iż elementy, z których nie będzie korzystało oprogramowanie vSMP zaproponowane przez przystępującego nie muszą gwarantować wsparcia dla tego rodzaju oprogramowania.

Stanowisko powyższe wynika jednoznacznie również z oświadczenia producenta oferowanego serwera – firmę Fujitsu, który stwierdził, że *oprogramowanie vSMP firmy ScaleMP nie wykorzystuje kart akceleratorów Tesla z uwagi na ich odmienną niż x86*

architekturę. W konsekwencji, karty akceleratorów Tesla nie mają i nie mogą mieć najmniejszego wpływu na działanie oprogramowania vSMP.

Zarzut dotyczący zaoferowania elementów serwera, które wykluczają zainstalowanie wirtualnej pamięci wspólnej vSMP firmy ScaleMP, Izba uznała za niezasadny.

Zdaniem odwołującego zaoferowana przez przystępującego konfiguracja sprzętu nie spełnia wymagania zgodności z systemem vSMP. Oferowany przez przystępującego "węzeł" Fujitsu RX300 S7 co prawda znajduje się na internetowej liście zgodności ScaleMP, ale według stanu na dzień złożenia oferty (a także według stanu na dzień złożenia odwołania) na liście zgodności ScaleMP nie ma urządzenia NextIO vCore Express 2075. 16 sztuk urządzeń NextIO vCore Express 2075, które są komponentami dla 32 kart akceleratorowych, stanowi istotne technicznie i liczbowo elementy serwera zaoferowanego przez przystępującego. Ponadto przystępujący nie dołączył do swojej oferty wymaganego przez zamawiającego oświadczenia producenta oprogramowania firmy ScaleMP, co do spełnienia warunku zgodności z systemem vSMP, ani w żaden inny sposób nie wykazał, że elementy zaoferowanego serwera znajdują się na internetowej liście zgodności ScaleMP. Na potwierdzenie powyższego zarzutu odwołujący przedstawił wydruk z internetowej strony firmy ScaleMP oraz oświadczenie tego producenta, iż sprzęt wyprodukowany przez NextIO nie posiada certyfikacji dla wykorzystania go wraz z vSMP Foundation.

Izba wskazuje, że odwołujący nie udowodnił, iż oferowane przez przystępującego urządzenie korzysta z oprogramowania vSMP i w związku z tym, złożona przez przystępującego oferta niezgodna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba podziela stanowisko przystępującego, że obudowa NextIO, w której zostaną zainstalowane karty akceleratorów, stanowią odrębny element montowany na zewnątrz serwera. To specyficzne rozwiązanie nie powoduje niezgodności treści oferty z s.i.w.z. Zatem skoro karty akceleratorów nie korzystają z oprogramowania vSMP to tym samym obudowa do nich korzystać z takiego oprogramowania nie musi, a odwołujący stanowiska przeciwnego nie udowodnił.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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).

KIO 1824/12

Dnia 27 sierpnia 2012 roku wykonawca TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. ul. Opaczewska 42 lok. 110; 02-372 Warszawa (zwany dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę i nie odrzucenie oferty wykonawcy MEGATEL sp. z o.o. sp. k., która nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Ponadto z treści odwołania wynika, iż odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MEGATEL sp. z o.o. sp. k. , a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp,
2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MEGATEL sp. z o.o. sp. k. z uwagi na fakt, że treść oferty wykonawcy MEGATEL sp. z o.o. sp. k. jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

Stawiając powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,
2) nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny oferty firmy MEAGTEL sp. z o.o. sp. k.

Zdaniem odwołującego powyższe naruszenia ustawy Pzp, powodują naruszenie interesu prawnego odwołującego. Nie odrzucenie oferty nie spełniającej wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia narusza art. 7 ust. 1 ustawy oraz godzi w interes prawny odwołującego poprzez ograniczenie jego możliwości uzyskania zamówienia.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 27 sierpnia 2012 roku.

Zamawiający, dnia 29 sierpnia 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 31 sierpnia 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca MEGATEL sp. z o.o. sp.k., ul. Balicka 75; 30-149 Kraków.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Wskazać należy, że krąg podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej w trakcie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego określa art. 179 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem warunkiem przysługiwania środków ochrony prawnej, do których należy odwołanie, jest posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz ponoszenie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący wskazuje w odwołaniu, iż nieodrzucenie oferty przystępującego godzi w jego interes prawny poprzez ograniczenie jego możliwości uzyskania zamówienia. Stwierdzenie to nie jest prawdziwe. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jedynym

kryterium oceny ofert przyjętym przez zamawiającego była cena o wadze 100 %.

Zgodnie z decyzją zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2012 roku, za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez odwołującego.

Należy wskazać, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy sytuacja odwołującego *de facto* nie ulega zmianie. Rozważyć bowiem należy sytuację czysto hipotetyczną, w której Izba uwzględniłaby przedmiotowe odwołanie i w tym zakresie oferta odwołującego nadal pozostawałaby ofertą najkorzystniejszą z jednoczesnym odrzuceniem oferty przystępującego. Przyjmując, że przedmiotowe odwołanie należy rozpoznawać łącznie z odwołaniem w sprawie o sygn. akt KIO 1812/12 wskazać należy, że przy założeniu uwzględnienia tego odwołania przez Izbę oferta odwołującego zostanie odrzucona, co powoduje niezasadność wnoszenia własnego odwołania. Z kolei przy założeniu oddalenia odwołania oferta odwołującego pozostaje nadal ofertą najkorzystniejszą.

Powyższe oznacza, że przytoczone wyżej różne okoliczności nie wywołują u odwołującego stanu, który determinowałby posiadanie przez odwołującego interesu we wniesieniu odwołania, nie wywołują u niego również skutku w postaci poniesienia szkody. Nie można bowiem utożsamiać posiadania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w unieważnieniu postępowania, a taki zdaje się cel przyjął odwołujący. Interes musi być

rozpoznawany w uzyskaniu danego zamówienia. Nie można go upatrywać w unieważnieniu postępowania.

Za zasadne należy uznać stanowisko, iż dla wykazania interesu konieczne jest co najmniej wykazanie zagrożenia, potencjalnej możliwości prowadzącej do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, że wynik danego postępowania wpłynie na sytuację podmiotu odwołującego się.

Odwołujący w przedmiotowym odwołaniu nie wykazał takiego zagrożenia.

Jak wynika z powyższego, dla uzyskania zamówienia przez odwołującego nie ma znaczenia odrzucenie oferty przystępującego, tym samym odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

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

Przewodniczący: ……