

Sygn. akt: KIO 1772/11

KIO 1783/11

**WYROK**  
**z dnia 2 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 sierpnia 2011 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **22.08.2011 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

**A. w dniu 18.08.2011 r. przez wykonawcę Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski, ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra (sygn. akt. KIO 1772/11);**

**B. w dniu 18.08.2011 r. przez wykonawcę Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (sygn. akt KIO 1783/11)**

w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70,**

**00-175 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa infrastruktury serwerowej dla systemu OFSA na bardziej wydajną ze względu na zwiększenie ilości użytkowników” (znak sprawy DZP-2610-11/2011).

**A.** przy udziale wykonawcy **TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1772/11.

**B.** przy udziale wykonawcy **TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1783/11.

**orzeka:**

1.

**A.** oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1772/11;

**B.** oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1783/11;

2. Kosztami postępowania obciąża

**A.** Jacka Michalskiego prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **GALAXY Jacek Michalski, ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra (sygn. akt KIO 1772/11);**

**B.** **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (sygn. akt 1783/11);**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez odwołujących się, w tym:
  - A** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski, ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra,**

**B** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,**

2)

**A** dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski, ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra** na rzecz wykonawcy **TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą;

**B** dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** na rzecz **TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 2 września 2011 r. w sprawie KIO 1772/11 i KIO 1783/11**

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa infrastruktury serwerowej dla systemu OFSA na bardziej wydajną ze względu na zwiększenie ilości użytkowników” (znak sprawy DZP-2610-11/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **23.05.2011 r.** Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu **26.05.2011 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 101-165525.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja IV, pkt 2.2.) oraz w SIWZ (Rozdział IV) przewidział w niniejszym postępowaniu w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzenie aukcji elektronicznej zgodnie z postanowieniami art. 91b oraz 91c ustawy Pzp. Zamawiający wskazał ponadto, iż przeprowadzi aukcję elektroniczną w poszczególnych zadaniach, jeżeli zostaną złożone w danym zadaniu, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Jeżeli w danym zadaniu nie zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu aukcja elektroniczna w danym zadaniu nie zostanie przeprowadzona, a oferta najkorzystniejsza zostanie wybrana spośród ofert pisemnych, złożonych w toku postępowania.

W dniu 08.08.2011 r. Zamawiający pismem z dnia 05.08.2011 r. poinformował wykonawców, zgodnie z treścią art. 91a ustawy Pzp, że w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zaprosi do udziału w aukcji elektronicznej następujących wykonawców:  
w ramach zadania nr 1:

1. Jacek Michalski GALAXY, ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra;
2. G2 Consulting Spółka z o.o., ul. Jarzębowa 14, 61-432 Poznań;
3. TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa.

w ramach zadania nr 2:

1. Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów;

2. G2 Consulting Spółka z o.o., ul. Jarzębowa 14, 61-432 Poznań;
3. TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., ul. Opaczewska 42/110, 02-372 Warszawa.

### **Sygn. akt KIO 1772/11**

Odwołanie o sygn. akt KIO 1772/11 zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18.08.2011** r. przez wykonawcę Jacek Michalski prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski od czynności Zamawiającego – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, polegającej na zaproszeniu do aukcji elektronicznej wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. w związku z zaniechaniem odrzucenia przez Zamawiającego oferty ww. wykonawcy w ramach zadania nr 1.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego w toku postępowania art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i przez to nieodrzućenie oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców wskutek nieodrzućenia oferty Wykonawcy, która nie spełnia postawionych przez Zamawiającego w SIWZ wymagań i dopuszczenie spółki „TRADEX SYSTEMS” sp. z o.o. do aukcji elektronicznej.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu ponownego poprawnego dokonania oceny ofert,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez spółkę „TRADEX SYSTEMS” Spółka z o.o.,

Ponadto Odwołujący powołując się na art. 190 ust 2 i 3 ustawy Pzp wniósł o:

- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania,
- 6) dopuszczenie i przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego z dziedziny informatyki - posiadającego wiadomości specjalne z zakresu technologii IT w celu stwierdzenia czy zaoferowane serwery Blade spełniają wymogi SIWZ w punkcie dot. interfejsów sieciowych (LAN) tj. czy zaoferowane serwery mają możliwość podzielenia logicznego na min. 8 interfejsów każdy z odrębnym adresem MAC i przepustowością nie mniejszą niż 1Gb, w szczególności czy zgodnie z postawionymi wymaganiami podział na interfejsy logiczne jest w istocie niezależny od zainstalowanego na serwerze systemu operacyjnego lub programowej platformy wirtualizacyjnej.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż został zaproszony przez Zamawiającego do aukcji elektronicznej mającej na celu wybór oferty najkorzystniejszej w trybie art. 91 a ustawy Pzp, a zatem ma realną szansę na uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu. Wskazał ponadto, iż zachodzi również możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, w razie udzielenia przez Zamawiającego zamówienia wykonawcy, którego dotyczą zarzuty podniesione w odwołaniu, a którego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Szkoda, w jego ocenie, pozostaje zatem w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, że dnia 08.08.2011 r. Odwołujący otrzymał w drodze fax-u pismo o wykluczeniu firmy GALAXY Jacek Michalski z postępowania w ramach zadania 3 oraz zaproszenie do aukcji elektronicznej dot. zadania 1. Z zawiadomienia tego Odwołujący powziął jednocześnie informację o zaproszeniu do aukcji elektronicznej w zadaniu 1 spółki „TRADEX SYSTEMS” Spółka z o.o. oraz G2 Consulting Spółka z o.o. W ocenie Odwołującego oferta spółki „TRADEX SYSTEMS” Spółka z o.o. nie spełnia wymagań SIWZ, a w konsekwencji powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący podniósł, iż zgodnie z wymaganiami Rozdziału I, pkt 3 ppkt 4a) lit. i) SIWZ zawartego w tabeli pod pozycją nr 7, Zamawiający wymagał aby: „interfejsy sieciowe (LAN) - 2 interfejsy 10 Gb Ethernet z możliwością podzielenia logicznego na min. 8 interfejsów każdy z odrębnym adresem MAC i przepustowością nie mniejszą niż 1Gb. Podział na interfejsy logiczne powinien być niezależny od zainstalowanego na serwerze systemu operacyjnego lub programowej platformy wirtualizacyjnej lub równoważne. 8 interfejsów fizycznych 1 Gb (każdy z własnym adresem MAC) przy spełnieniu powiązanych wymagań zawartych w opisie infrastruktury Blade”.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, iż wymagania postawione przez Zamawiającego dla interfejsów sieciowych LAN mają na celu usprawnienie i poprawienie wydajności systemów wirtualizacyjnych. Technologie wirtualizacyjne są kupowane przez poszczególnych producentów i implementowana do serwerów. W przypadku wykorzystywania technologii wirtualizacyjnych może być ona wdrażana na poziomie;

- tzw. sprzętowym i wtedy jest niezależna od systemu operacyjnego serwera lub
- na poziomie sprzętowym z wykorzystaniem platformy wirtualizacyjnej i/lub oprogramowania.

W dalszej części uzasadnienia wskazał, iż w pierwszym z omawianych przypadków po fizycznym uruchomieniu serwera odpowiednie funkcje inicjowane są wraz z BIOSem. BIOS - Basic Input/Output System jest podstawowym system wejścia - wyjścia zapisanym w pamięci stałej (zestawem podstawowych procedur pośredniczących pomiędzy systemem

operacyjnym a sprzętem). Jest to program zapisany w pamięci ROM (Read Only Memory - pamięć tylko do odczytu) płyty głównej oraz innych urządzeń. I na takim właśnie rozwiązaniu, niezależnym od systemu operacyjnego, zależało, w ocenie Odwołującego, Zamawiającemu.

Jak wskazał Odwołujący drugi sposób implementacji technologii daje możliwość stworzenie na pojedynczej karcie sieciowej 10Gb logicznych interfejsów sieciowych z własnym adresem MAC i przepustowością nie mniejszą niż 1Gb jednakże wymaga to wdrożenia na poziomie nie sprzętowym (jak wymagał tego Zamawiający) a na poziomie software, tj. oprogramowania, które zawsze zależne będzie od systemu operacyjnego. Podsumowując sposób implementowania technologii wirtualizacji zależy od jej rodzaju i sposobu wdrożenia. Może się to odbywać na poziomie:

- sprzętowym (co jest zgodne z wymaganiami SIWZ)
- sprzętowym wraz z platformą wirtualizacyjną i/lub oprogramowaniem (oprogramowanie zależne jest od systemu operacyjnego) czyli po rozruchu serwera dla osiągnięcia określonych parametrów konieczne jest uprzednie uruchomienie systemu operacyjnego i następnie oprogramowania (co jest, jak wskazał Odwołujący, niedopuszczalne zgodnie z wymaganiami postawionymi w SIWZ).

Odwołujący podniósł, iż producentem technologii pozwalającej na osiągnięcie postawionych wymagań jest między innymi firma Intel. Technologia wirtualizacji Intel VT-c (Intel® Virtualization Technology for Connectivity, w tym Intel® VT-d oraz VMDc) w połączeniu z technologią SR-IOV (Single Root I/O Virtualization) w kartach Intel Ethernet 10Gb (takich jak zastosowane w zaoficerowanych przez „TRADEX SYSTEM” sp. z o.o. serwerach Blade) pozwala na stworzenie na pojedynczej karcie sieciowej 10Gb logicznych interfejsów sieciowych z własnym adresem MAC i przepustowością nie mniejszą niż 1Gb.

Jak zostało wskazane w uzasadnieniu odwołania wymaga jednak do poprawnego działania następujących modułów w serwerze:

- procesor Intel,
- BIOS (możliwy wymagany update),
- programowa platforma wirtualizacyjna (Wirtualizacyjny system operacyjny) - virtual machine monitor (VMM), zwany również potocznie hypervisorem,
- dodatkowe oprogramowanie dla hypervisora (przykładowo odpowiedni sterownik dla wirtualnych maszyn).

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności potwierdzają dokumenty zamieszczone na stronach producenta Intel:

„Achieving Fast, Scalable I/O for Virtualized Servers - With Intel® Virtualization Technology and the PCI-SIG\* Single Root I/O Virtualization and Sharing Specification”  
<http://download.intel.com/network/connectivity/products/whitepapers/322680.pdf>.

Specyfikacja techniczna Intel®82599ES/EB 10 Gigabit Ethernet Controller zawarta jest na stronie: [http://download.intel.com/design/network/datashts/82599\\_datashts.pdf](http://download.intel.com/design/network/datashts/82599_datashts.pdf).

W ocenie Odwołującego z oferty złożonej przez spółkę „TRADEX SYSTEMS” Spółka z o.o. wynika, iż zaoferowała ona serwer blade: FUJITSU PRIMERGY BX924S2. Z opisu technicznego zamieszczonego na stronie producenta wynika, iż serwery te posiadają interfejs sieciowy LAN wyposażony w podwójny port 10 Gigabit Ethernet controller Intel® 82599, którego specyfikacja została załączona wraz z odwołaniem.

Odwołujący podniósł, iż z informacji uzyskanych ze stron internetowych producenta technologii oraz producenta serwerów BX924S2 wynika, że uzyskanie podzielenia logicznego na min. 8 interfejsów każdy z odrębnym adresem MAC i przepustowością nie mniejszą niż 1Gb przy użyciu technologii spółki INTEL determinuje konieczność zastosowania dla implementacji technologii platformy wirtualizacyjnej i dodatkowego oprogramowania, co oznacza zależność od systemu operacyjnego. Tym samym, w ocenie Odwołującego, mamy tutaj do czynienia z wdrożeniem technologii wirtualizacyjnej na poziomie sprzętowym (odpowiednia karta) wraz z oprogramowaniem (software). Oprogramowanie zaś jest zależne od systemu operacyjnego.

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający w rozdziale I, pkt 3 ppkt 4a) lit i) SIWZ w tabeli pod pozycją nr 7 wymagał, aby: interfejsy sieciowe (LAN) - 2 interfejsy 10 Gb Ethernet miały możliwość podzielenia logicznego na min. 8 interfejsów każdy z odrębnym adresem MAC i przepustowością nie mniejszą niż 1Gb, niezależnych od zainstalowanego na serwerze systemu operacyjnego lub programowej platformy wirtualizacyjnej lub równoważne 8 interfejsów fizycznych 1 Gb (każdy z własnym adresem MAC) przy spełnieniu powiązanych wymagań zawartych w opisie infrastruktury Blade.

W ocenie Odwołującego skoro więc interfejsy 10 Gb Ethernet zaoferowane przez „TRADEX SYSTEM” Spółka z o. o., co prawda mają możliwość podzielenia logicznego na min 8 interfejsów każdy z odrębnym adresem MAC i przepustowością nie mniejszą niż 1Gb, ale jest to zależne od zainstalowanego na serwerze systemu operacyjnego to treść oferty tego Wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ. Tym samym oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo odnosząc się do treści złożonej przez spółkę TRADEX SYSTEMS Spółka z o. o. oferty oraz treści SIWZ Odwołujący wskazał, co następuje. W Rozdziale I, pkt 3 ppkt 4a) lit v) SIWZ w tabeli pod pozycją nr 8 Zamawiający wymagał, aby przełącznik LAN 10 GbE w ramach zarządzania był zdolny do: „Zdalnej konfiguracji i zarządzania przez Web oraz linię komend (CLI), IEEE 802.1ab LLDP, port USB pozwalający na kopiowanie plików i z USB flash, serwery DHCP, serwer (RFC 2131), klient, snooping i realy, SNMPv1, v2c, aridv3, HTTPS management, sFlow lub odpowiednik”. Odwołujący podniósł, iż z oferty wykonawcy



TRADEX SYSTEM sp. o.o. wynika, iż oferuje on przełącznik LAN 10 GbE i ramach zarządzania będzie wyposażony w sFlow lub odpowiednik.

W ocenie Odwołującego takie sformułowanie oferty nie pozwala Zamawiającemu ocenić, czy jest ona zgodna z SIWZ. Skoro bowiem Wykonawca oferuje sFlow lub jego odpowiednik powinien wskazać, o jaki konkretnie odpowiednik chodzi - powinien wskazać jego nazwę. Tylko w takim przypadku Zamawiający jest w stanie zweryfikować, czy zaoferowana inna odpowiednia procedura posiada wszystkie cechy funkcji sFlow, a tym samym spełnia wymagania Zamawiającego. Sposób zaoferowania odpowiednika poprzez jedynie ogólne wskazanie, że nie będzie to sFlow, a może być jej odpowiednik nie pozwala w istocie na dokonanie takiej oceny. Tym samym decyduje o tym, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy oferta spełnia jego wymagania. Skoro zatem Zamawiający nie jest w stanie z winy Wykonawcy sprawdzić czy jego oferta spełnia postawione w SIWZ wymagania powinien ją odrzucić.

Kolejny zarzut do oferty złożonej przez spółkę TRADEX SYSTEMS Spółka z o. o. dotyczy obudowy Blade wraz z infrastrukturą. W elemencie typ infrastruktury (lp. 1) Zamawiający wymagał aby: „infrastruktura składała się z obudów Blade montowanych w szafach IT19 zapewniających możliwość instalacji co najmniej 30 serwerów wyspecyfikowanych powyżej w jednej szafie IT 19”.

Jak wskazał Odwołujący wykonawca TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. zaoferował infrastrukturę składającą się z obudów Blade montowanych w szafach IT19" zapewniających możliwość instalacji, co 30 serwerów wyspecyfikowanych powyżej w jednej szafie IT 19". Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że w żadnym razie zaoferowana infrastruktura nie spełnia wymagań Zamawiającego, a w dwóch szafach nie zmieszczą się wszystkie serwery, tak jak tego wymagał Zamawiający.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przyjętą linią doktryny „Zamawiający, po wpisaniu do specyfikacji wymogu wykazania przez wykonawcę szczegółowych cech oferowanego przedmiotu, jest obowiązany sprawdzić spełnienie szczegółowych wymagań przez wykonawcę. Zamawiający podczas badania nie może poprzestać na ogólnym stwierdzeniu wykonawcy zawartym w formularzu oferty (...) Zamawiający jest obowiązany do zbadania oferty z należytą starannością, zwłaszcza gdy inny wykonawca zarzuca, że czynność ta została dokonana bez zareagowania na choćby najmniejsze odstępstwa oferty od specyfikacji". W dalszej części uzasadnienia ww. wyroku Izba wskazała, że: „Zamawiający badając ofertę ma obowiązek stosować się do przepisów Prawa zamówień publicznych i nie może nie reagować na jakiegokolwiek odstępstwa poczynione przez wykonawcę od swoich postanowień postawionych w specyfikacji”.

Podniósł również, iż z normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, ze względu na posłużenie się przez ustawodawcę kategorią zwrotną „Zamawiający odrzuca ofertę (..)” wynika, iż czynność odrzucenia oferty w przypadku, gdy istnieją ku temu jednoznaczne przesłanki, nie jest zależna od uznania zamawiającego. Powyższe, zdaniem Odwołującego, zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 907/09; KIO/UZP 915/09), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: „Zamawiający na każdym etapie badania oferty - bez względu, czy jest to ocena składanych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów (w zakresie przedmiotu zamówienia - ocena przedmiotowa), czy też jest to ocena oferowanego rozwiązania na etapie przeprowadzania testów - ma możliwość i wręcz obowiązek, w przypadku powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących możliwość zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., do odrzucenia oferty wykonawcy, który takiemu przepisowi podlega”.

Wskazał również, iż obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy wszystkich wykonawców, których oferty spełniają kryteria unormowane w ww. przepisie ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższa instytucja powinna w szczególności respektować zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy, który stanowi, że: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców” oraz że: „Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm”. W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że konieczność respektowania powyższych zasad potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 133/09) stwierdzając, że: „Działanie Zamawiającego polegające na wybiórczym traktowaniu wymagań ustalonych w siwz, jest na etapie oceny ofert niedopuszczalne, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.” (Informator...). W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie stosując wymagań postawionych w SIWZ wobec wszystkich Wykonawców naruszył zasadę równości i uczciwej konkurencji, a tym samym naruszył przepisy Ustawy.

W dniu **18.08.2011 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania o sygn. akt KIO 1772/11.

W ramach odwołania o sygn. akt KIO 1772/11 swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania skutecznie złożył w dniu **22.08.2011 r.** po stronie Zamawiającego wykonawca TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o.

W toku posiedzenia mającego swoje miejsce w dniu 30.08.2011 r. Zamawiający złożył do protokołu oświadczenie woli, iż uwzględni w całości odwołanie wniesione przez

wykonawcę Jacek Michalski prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski.

W związku z powyższym oświadczeniem wykonawca TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. na etapie posiedzenia złożył oświadczenie woli, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

### **Sygn. akt KIO 1783/11**

Odwołanie o sygn. akt KIO 1783/11 zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18.08.2011** r. przez wykonawcę Asseco Poland S.A. od czynności Zamawiającego – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, związanej z czynnością oceny ofert, czynności polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., czynności polegającej na przeprowadzeniu zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wbrew regulacjom art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 ustawy Pzp oraz czynności zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ramach zadania nr 3.

W jego treści Odwołujący wskazał, iż jego przedmiotem są następujące, niezgodne z przepisami ustawy Pzp, czynności Zamawiającego:

- 1) czynność polegająca na ocenie ofert,
- 2) czynność polegająca na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TRADEX SYSTEM Spółka z o. o.,
- 3) czynności polegająca na przeprowadzeniu i zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wbrew regulacjom art. 91a ust. 1 oraz 91b ust. 1 ustawy Pzp,
- 4) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w trakcie przedmiotowego postępowania następujących przepisów:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
- b) art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do przeprowadzenia aukcji elektronicznej pomimo, iż nie złożono co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu,
- c) art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kręgu podmiotów, które Zamawiający zaprosi do udziału w aukcji elektronicznej z udziałem wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu,
- d) art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców wskutek zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy, która nie spełnia postawionych przez

Zamawiającego w SIWZ wymagań i pomimo tego dopuszczenie i zaproszenia spółki TRADEX SYSTEM sp. z o.o. do aukcji elektronicznej.

Tym samym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez spółkę TRADEX SYSTEM Spółka z o. o.,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny wszelkich ofert, w szczególności z ofertą Odwołującej, a w rezultacie uznania oferty Odwołującej, jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującej kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania powziął w dniu 08.08.2011 r. otrzymując w drodze fax-u pismo zawierające zaproszenie do aukcji elektronicznej i wyniki oceny ofert w ramach zadania 3. Tym samym, w ocenie Odwołującego, dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został dochowany.

Odwołujący podniósł, iż jest podmiotem, który wykazał, że jest zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia. W wyniku działań Zamawiającego, Odwołujący już na etapie oceny ofert, a bez aukcji elektronicznej, został pozbawiony możliwości uzyskania niniejszego zamówienia, a tym samym został naruszony jego interes, w szczególności interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż w doktrynie oraz judykaturze zespołów arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych orzekających w sprawach dotyczących zamówień publicznych przyjął się pogląd, iż interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać konkretnego uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą, (co potwierdza Waldemar Łysakowski w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, pod red. Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007 r., str. 504). Zatem w jego ocenie w wyniku dokonanej przez organizatora przetargu oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ, interes Odwołującej w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, w związku, z czym nie ulega wątpliwości, że jest on legitymowany do wniesienia środka ochrony prawnej.

Odwołujący obecnie jest skazany na udział w aukcji elektronicznej z podmiotem, którego oferta nie spełnia wymagań SIWZ, a przez to może być tańsza niż prawidłowa oferta Odwołującej. Poza niższą ceną, oferta niezgodna z SIWZ może mieć inne elementy korzystniejsze od cech oferty Odwołującej, także przesądzające o możliwości jej uznania za ofertę najkorzystniejszą na skutek wadliwie przeprowadzonej aukcji elektronicznej, pomimo

obowiązku odrzucenia. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący podniósł, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż został zaproszony przez Zamawiającego do aukcji elektronicznej mającej na celu wybór oferty najkorzystniejszej w trybie art. 91a ustawy Pzp, a zatem ma realną szansę na uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zachodzi również możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, w razie udzielenia przez Zamawiającego zamówienia wykonawcy, którego dotyczą zarzuty podniesione w odwołaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał czynności oceny ofert na podstawie, której dnia 08.08.2011 r. poinformował o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w zadaniu nr 3 oraz określił krąg podmiotów, których zaprosi do udziału w aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że oferta firmy TRADEX SYSTEM Spółka z o.o. została uznana za ofertę spełniającą wymagania Zamawiającego określone w SIWZ i jednocześnie ofertę której treść jest zgodna z treścią SIWZ.

W ocenie Odwołującej oferta spółki TRADEX SYSTEM Spółka z o.o. nie spełnia wymagań SIWZ, a w konsekwencji powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W pkt 1 uzasadnienia Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ramach zadania nr 3 w SIWZ w części 3. 4) c) i) 13 postawił następujący wymóg: „Możliwość dynamicznego zwiększania i zmniejszania pojemności woluminów logicznych oraz wielkości grup dyskowych (poprzez dodanie/odjęcie dysków) z poziomu kontrolera macierzowego bez przerywania dostępu do danych”.

Odwołujący w odniesieniu do powyższego wskazał, że wykonawca TRADEX SYSTEM Spółka z o. o. zaoferował macierze Fujitsu Eternus DX440. W oferowanych macierzach istnieje możliwość zwiększania pojemności woluminów logicznych oraz wielkości grup dyskowych (tzw. LUN Expansion i LUN Concatenation), nie ma jednak możliwości ich zmniejszania bez przerywania dostępu do danych. Oznacza to, że zaoferowany przez firmę TRADEX SYSTEM sp. z o.o. przedmiot nie spełnia wymagań Zamawiającego.

W pkt 2 uzasadnienia Odwołujący podniósł, iż w części SIWZ 3. 4) c) i) 19 Zamawiający postawił następujący wymóg: „Możliwość dokonywania na żądanie tzw. migawkowej kopii danych (snapshot, point-in time) w ramach macierzy za pomocą wewnętrznych kontrolerów macierzowych. Kopia migawkowa wykonuje się bez alokowania dodatkowej przestrzeni dyskowej na potrzeby kopii. Zajmowanie dodatkowej przestrzeni dyskowej następuje w momencie zmiany danych na dysku źródłowym lub na jego kopii”. W ocenie Odwołującego w zaoferowanych przez firmę TRADEX SYSTEM sp. z o.o. macierzach Fujitsu Eternus DX440 wykonanie kopii migawkowej (tzw. SnapOPC) wymaga

uprzedniego utworzenia woluminu docelowego (tzw. SDV) na potrzeby kopii. Wielkość takiego woluminu jest definiowana przez administratora i wynosi min. 0,1% wielkości woluminu źródłowego.

W pkt 3 uzasadnienia Odwołujący wskazał, iż w części SIWZ 3. 4) c) i) 20 Zamawiający postawił następujący wymóg: „Możliwość zdalnej replikacji danych typu on-line do innej macierzy tej samej rodziny. (...) W oparciu o ww. mechanizmy zdalnej replikacji danych wymagana jest możliwość dostarczenia i zaimplementowania w przyszłości oprogramowania klastra rozległego geograficznie, co najmniej dla systemów HP-UX (w oparciu o MC/Serviceguard), Windows (w oparciu o MSCS), VMware (Site Recovery Manager)". Odwołujący, zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą wskazał, że dla macierzy Fujitsu Eternus DX440 nie jest dostępne oprogramowanie umożliwiające budowę klastra rozległego geograficznie dla systemów HP-UX w oparciu o MC/ServiceGuard. Przesądza to o fakcie, że zaoferowany przez Wykonawcę TRADEX SYSTEM Spółka z o.o. przedmiot oferty jest niezgodny z wymaganiami SIWZ, przez co oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał, że podziela pogląd wyrażony w poniższych wyrokach zgodnie, z którymi oferty Wykonawców bezwzględnie muszą spełniać wymagania SIWZ. Następnie przywołał fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

1. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 2010-08-09 w sprawie o sygn. akt O z KIO/1530/10: „Izba stwierdza, iż opis przedmiotu zamówienia, w tym również opis sposobu wykonania tego przedmiotu, jest obowiązkiem zamawiającego. Wykonawcy nie mogą samodzielnie zmieniać sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, nawet, jeżeli uważają, że wymagania w zakresie tego wykonania są nieadekwatne do samego przedmiotu zamówienia bądź też z innych względów nieuzasadnione”.

2. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 2010-07- 07, w sprawie o sygn. akt KIO 1228/10: „Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów przedmiotu zamówienia.”

3. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 2010-07- 30 w sprawie o sygn. akt. KIO 1484/10: „Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę

zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego" (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08)."

Odwołujący wskazał, że obowiązek zbadania czy oferta Wykonawcy jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ należy do Zamawiającego. To Zamawiający dokonuje czynności oceny ofert. Podkreślenia wymaga, że nie jest to jego uprawnienie, lecz ustawowo nałożony obowiązek.

Odwołujący podniósł ponadto, iż podziela poglądy zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt. KIO/UZP 907/09; KIO/UZP 915/09, w którym Izba wskazała, że: „Zamawiający, po wpisaniu do specyfikacji wymogu wykazania przez wykonawcę szczegółowych cech oferowanego przedmiotu, jest obowiązany sprawdzić spełnienie szczegółowych wymagań przez wykonawcę. Zamawiający podczas badania nie może poprzestać na ogólnym stwierdzeniu wykonawcy zawartym w formularzu oferty (...) Zamawiający jest obowiązany do zbadania oferty z należytą starannością, zwłaszcza, gdy inny wykonawca zarzuca, że czynność ta została dokonana bez zareagowania na choćby najmniejsze odstępstwa oferty od specyfikacji”. „Zamawiający badając ofertę ma obowiązek stosować się do przepisów Prawa zamówień publicznych i nie może nie reagować na jakiegokolwiek odstępstwa poczynione przez wykonawcę od swoich postanowień postawionych w specyfikacji”.

W ocenie Odwołującego wszystkie wyżej wymienione zarzuty dotyczące oferty firmy TRADEX SYSTEM Spółka z o.o. skutkują koniecznością uznania tej ofert za ofertę, której „treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”, a zatem skutkują koniecznością odrzucenia przez Zamawiającego każdej takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 ustawy, „Zamawiający odrzuca ofertę (...)” wynika, iż czynność odrzucenia oferty w przypadku, gdy istnieją ku temu jednoznaczne przesłanki, nie jest zależna od uznania zamawiającego, lecz skutek w postaci konieczności podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wynika wprost z przepisu ustawy Pzp.

W dalszej części uzasadnienia odwołania zostało przywołane orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w postaci wyroku z dnia 3 sierpnia 2009 r. sprawie o sygn. akt KIO/UZP 907/09; KIO/UZP 915/09, w którym Izba wskazał, że: „Zamawiający na każdym etapie badania oferty - bez względu, czy jest to ocena składanych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów (w zakresie przedmiotu zamówienia - ocena przedmiotowa), czy też jest to ocena oferowanego rozwiązania na etapie przeprowadzania testów - ma możliwość i wręcz obowiązek, w przypadku powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących możliwość

zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., do odrzucenia oferty wykonawcy, który takiemu przepisowi podlega".

Odwołujący ponadto wskazał, iż taki pogląd potwierdzają również inne liczne orzeczenia w tym przywołane poniżej:

1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 3 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 2303/10:

„Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter obligatoryjny, i tym samym oferta sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji podlega odrzuceniu. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia."

2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 2 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 2255/10:

„Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Taka konstrukcja przepisu każdorazowo wymusza na zamawiającym, w związku z obowiązkiem podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazania tak treści SIWZ, jak i treści oferty, które okazały się ze sobą niezgodne, a dodatkowo uzasadnienia, dlaczego niezgodności te nie mogły zostać zakwalifikowane do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawione."

3. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 12 października 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 2115/10: „W przypadku ujawnienia się okoliczności wskazujących na sprzeczność oferty danego wykonawcy z treścią SIWZ, nawet jeżeli informacje te wynikają z dokumentacji danego postępowania (w tym wszelkich dokumentów składanych w postępowaniu przez wykonawców), ujawniona sprzeczność winna skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy."

Jak wskazał Odwołujący istotny jest również fakt, że Zamawiający dopuszczając do wyboru w przedmiotowym postępowaniu oferty niezgodnej z SIWZ, naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania, w ocenie Odwołującego, jest jedną z podstawowych zasad zgodnie, z którymi Zamawiający powinien przeprowadzać postępowanie. Zasada równego traktowania oznacza przede wszystkim równe traktowanie Wykonawców w znaczeniu stosowania takich samych warunków opisanych w SIWZ oraz takich samych sankcji, jakie przewidują przepisy ustawy PZP za niedotrzymanie lub złamanie warunków przez któregokolwiek z Wykonawców.

Odwołujący wskazał również, iż obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy wszystkich wykonawców, których oferty spełniają kryteria unormowane w ww. przepisie ustawy Pzp. Powyższa instytucja powinna w szczególności respektować zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.



Następnie w uzasadnieniu zostało wskazane, że konieczność respektowania powyższych zasad potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 133/09 stwierdzając, że: „Działanie Zamawiającego polegające na wybiórczym traktowaniu wymagań ustalonych w siwz, jest na etapie oceny ofert niedopuszczalne, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.” (Informator...). W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie stosując wymagań postawionych w SIWZ wobec wszystkich Wykonawców naruszył zasadę równości i uczciwej konkurencji, a tym samym naruszył przepisy Ustawy PZP.” oraz w następujących orzeczeniach:

1. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 14 marca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 387/11:

„Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.”

2. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 26 kwietnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt. KIO/UZP 555/10: „Aby oferta Odwołującego mogła podlegać ocenie w kategorii zaoferowanej ceny, jako najkorzystniejsza, uprzednio musiałaby ona być uznana za zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca”.

3. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 18 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 733/11: „W sytuacji, gdy zamawiający dokonuje wyboru oferty ja korzystniejszej nie mając pewności, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie podlega wykluczeniu, narusza tym samym zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji.”

4. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 11 lutego 2011 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 184/11: „1. SIWZ wiąże wykonawców, ale przede wszystkim zamawiającego. Skoro zamawiający sformułował treść SIWZ, powinien przestrzegać zawartych w niej procedur. 2. Oferty muszą podlegać ocenie jednakową miarą, co służy realizacji zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. Każda oferta powinna zostać oceniona na podstawie tych samych kryteriów postawionych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.”

Odwołujący podniósł na zakończenie, że złożył ofertę zgodną z wymaganiami SIWZ. W związku, z czym nie może zostać narażony na negatywne konsekwencje z powodu działań Zamawiającego polegających na dopuszczeniu do udziału w aukcji konkurencyjnego

Wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona. Odwołujący nie może także zgodzić się na zaniechanie odrzucenia oferty takiego wykonawcy.

W dniu **18.08.2011 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania o sygn. akt KIO 1783/11.

W ramach odwołania o sygn. akt KIO 1783/11 swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania skutecznie złożył w dniu **22.08.2011 r.** po stronie Zamawiającego wykonawca TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o.

W toku posiedzenia mającego swoje miejsce w dniu 30.08.2011 r. Zamawiający złożył do protokołu oświadczenie woli, iż uwzględni w całości odwołanie wniesione przez wykonawcę Asseco Poland S.A.

W związku z powyższym oświadczeniem wykonawca TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. na etapie posiedzenia złożył oświadczenie woli, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne odwołania o sygn. akt KIO 1772/11 oraz o sygn. akt KIO 1783/11 podlegały merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 1772/11 była czynność Zamawiającego polegająca na zaproszeniu do aukcji elektronicznej wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. w związku z zaniechaniem odrzucenia przez Zamawiającego oferty ww. wykonawcy w ramach zadania nr 1.

Izba ustaliła ponadto, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 1783/11 była czynność Zamawiającego obejmująca ocenę ofert, czynność polegająca na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., czynność polegająca na przeprowadzeniu i zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wbrew regulacjom art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 ustawy Pzp oraz czynność zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ramach zadania nr 3.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez wykonawcę**

**TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem o sygn. akt KIO 1772/11 oraz o sygn. akt KIO 1783/11, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1772/11 oraz o sygn. akt KIO 1783/11 nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

### **Sygn. akt KIO 1772/11**

Jednocześnie Izba stwierdziła, w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1772/11, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia w ramach zadania nr 1, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody. Izba ustaliła, iż Odwołujący – Jacek Michalski prowadzący działalność gospodarcza pod firmą GALAXY Jacek Michalski złożył w przedmiotowym postępowaniu w ramach zadania nr 1 ofertę z ceną wynoszącą 3.408.377,97 zł brutto pozwalającą zakwalifikować tego wykonawcę na drugim miejscu w rankingu ofert. Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do wyeliminowania z postępowania w ramach zadania nr 1 oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., którego oferta zawiera najniższą cenę wynoszącą 1.450.467,66 zł brutto. Tym samym, biorąc pod uwagę fakt, iż w ramach zadania nr 1 Zamawiający zaprosił do aukcji elektronicznej 3 wykonawców, oraz postanowienia ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja IV, pkt 2.2.) oraz w SIWZ (Rozdział IV) uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający we wskazanych powyżej postanowieniach ogłoszenia o zamówienia oraz SIWZ przewidział, że w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zostanie przeprowadzona aukcja

elektroniczna zgodnie z postanowieniami art. 91b oraz 91c ustawy Pzp. Zamawiający wskazał ponadto, iż przeprowadzi aukcję elektroniczną w poszczególnych zadaniach, jeżeli zostaną złożone w danym zadaniu, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Jeżeli w danym zadaniu nie zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu aukcja elektroniczna w danym zadaniu nie zostanie przeprowadzona, a oferta najkorzystniejsza zostanie wybrana spośród ofert pisemnych, złożonych w toku postępowania.

W odniesieniu do zawartego w treści odwołania oraz podtrzymanego w toku rozprawy wniosku Odwołującego dotyczącego przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego Izba oddaliła powyższy wniosek na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp. Odwołujący w treści odwołania wniósł o: *„dopuszczenie i przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego z dziedziny informatyki - posiadającego wiadomości specjalne z zakresu technologii IT w celu stwierdzenia czy zaoferowane serwery Blade spełniają wymogi SIWZ w punkcie dot. interfejsów sieciowych (LAN) tj. czy zaoferowane serwery mają możliwość podzielenia logicznego na min. 8 interfejsów każdy z odrębnym adresem MAC i przepustowością nie mniejszą niż 1Gb, w szczególności czy zgodnie z postawionymi wymaganiami podział na interfejsy logiczne jest w istocie niezależny od zainstalowanego na serwerze systemu operacyjnego lub programowej platformy wirtualizacyjnej”*. Powyższy wniosek został przez Odwołującego podtrzymany na etapie rozprawy. W toku rozprawy Odwołujący zmodyfikował swój wniosek wskazując, iż *„dowód taki mógłby zostać przeprowadzony poprzez badanie samego serwera, jeżeli Przystępujący kwestionuje oświadczenie samego producenta”*.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż dopuszczenie dowodu z opinii biegłego jest możliwe wówczas, gdy istnieje kompletny i zupełny materiał pozwalający na wydanie opinii. W ocenie Izby, na co wskazuje również treść ekspertyzy przedłożonej przez Odwołującego (str. 5), brak jest kompletnego materiału pozwalającego na ocenę spełnienia przez zaoferowane przez wykonawcę TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. urządzenie wymagań Zamawiającego. Jak zostało wskazane w komentarzu do art. 278 Kodeksu postępowania cywilnego ([w] Bodio J., Demendecki T., Jakubecki A., Marcewicz O. Telenga P., Wójcik M. P., Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Oficyna 2008, wyd. III) *„W świetle stanowiska judykatury zadaniem biegłego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i wyjaśnienie przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego biegłemu materiału sprawy”*. Powyższe zostało potwierdzone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 1969 r. (sygn. akt I CR 140.69, OSNC 1970, Nr 5, poz. 85) oraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2006 r. o sygn. akt V CSK 360/06 (Lex, nr 238973). Zatem celem dowodu z opinii biegłego jest ocena zgromadzonego w sprawie materiału przy uwzględnieniu posiadanych przez biegłego

wiadomości specjalnych, a nie pozyskanie wiadomości z możliwych dostępnych źródeł. Powyższa argumentacja odnosi się również do podniesionego w toku rozprawy przez Odwołującego stanowiska, iż dowód taki mógłby zostać przeprowadzony poprzez badanie samego serwera. Zmodyfikowanie w ten sposób tezy dowodowej winno uwzględniać możliwości zaimplementowania oferowanego serwera Blade w odpowiednim środowisku i poddanie tego urządzenia symulacji w normalnych warunkach jego pracy.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego stanowiska. W takich okolicznościach nie jest konieczne zasięgnięcie opinii biegłego w celu uzyskania wiadomości specjalnych, nie pozostających w dyspozycji stron oraz składu orzekającego.

Trudno wszakże założyć, iż dowód z opinii biegłego mógłby zostać przeprowadzony w oparciu o wybiórczo zgromadzony przez strony i uczestników postępowania odwoławczego materiał. Powszechną praktyką producentów oraz dostawców urządzeń i rozwiązań informatycznych jest zatajanie pewnych faktów, gdyż jest to wynikiem ich polityki gospodarczej. Izba wskazuje, iż inicjatywa dowodowa ciąży każdorazowo na podmiocie, który z faktów będących przedmiotem procesu dowodzenia wywodzi dla siebie korzystne skutki prawne. Jeżeli Odwołujący zaniechał zgromadzenia pełnego materiału dowodowego umożliwiającego rozstrzygnięcie istotnych dla postępowania odwoławczego kwestii to trudno założyć, iż tego rodzaju czynność zostanie dokonana przez biegłego. Nietrudno wszakże przewidzieć sytuację, iż strona przeciwna zakwestionuje powyższą opinię ze względu na zaniechanie uwzględnienia w jej treści pełnego materiału dotyczącego opiniowanego zagadnienia. Opinia biegłego, jak wyżej wskazano, winna obejmować rozstrzygnięcie istotnych dla postępowania kwestii w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał, jeżeli jego ocena wymaga wiadomości specjalnych, tj. ocena zgromadzonego materiału wymaga zasięgnięcia opinii osoby posiadającej wiedzę umożliwiającą wyprowadzenie właściwych wniosków z już posiadanych dowodów.

W niniejszej sprawie strony przedstawiły dowody z dokumentów w postaci oświadczenia Intel Technology Poland Spółka z o.o. (Odwołujący) oraz oświadczenia Fujitsu Technology Solutions Spółka z o.o. (Przystępujący), zaś do ich oceny, zdaniem Izby, nie jest wymagane posiadanie wiedzy specjalistycznej. Strony i uczestnicy postępowania mieli możliwość odniesienia się do powyższych dowodów, czego wynikiem są ich oświadczenia złożone w toku rozprawy do protokołu. Wskazuje to na fakt, iż strony i uczestnicy postępowania odwoławczego, posiadają wiedzę umożliwiającą ocenę zaprezentowanych w postępowaniu dowodów. Na znamienne zasługuje okoliczność, iż strony i uczestnicy postępowania swoje uwagi koncentrowały w przeważającej części w odniesieniu do kwestii formalnych przedstawionych dowodów – nie zaś do ich merytorycznej treści.

Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem prowadzonym między profesjonalistami, i to nie tylko w znaczeniu zorganizowanego sposobu prowadzenia działalności, ale przede wszystkim profesjonalistami w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. Taką samą wiedzą winien dysponować Zamawiający dokonując w ramach prowadzonej działalności statutowej zakupu urządzeń informatycznych.

Tym samym Izba uznała, iż wniosek o powołanie dowodu z opinii biegłego winien zostać oddalony ze względu na brak kompletnego i zupełnego materiału pozwalającego na przeprowadzenie takiego środka dowodowego, jak również ze względu na fakt, iż przedstawione przez strony i uczestników postępowania odwoławczego dowody z dokumentów umożliwiają rozstrzygnięcie spornych kwestii.

W odniesieniu do przywołanej przez Odwołującego jako dowód z dokumentu ekspertyzy wykonanej na zlecenie Odwołującego przez Polskie Towarzystwo Informatyczne Izba uznała ten dokument jako stanowisko własne Odwołującego. Izba wskazuje, iż prywatne opinie i ekspertyzy, sporządzone nawet przez osoby i instytucje posiadające wiedzę specjalistyczną, nie stanowią dowodów *sensu stricte*. Dowód przeprowadza się za pomocą środka dowodowego, który świadczy o pewnych faktach mających istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia, zaś wszelkie rodzaju opinie i ekspertyzy nie dowodzą o istnieniu określonych faktów, lecz stanowią one jedynie prywatne opinie osób je wypowiadających. „Prywatne ekspertyzy opracowywane na zlecenie stron, przed lub w toku postępowania, należy traktować więc, w razie ich przyjęcia przez sąd orzekający, jako wyjaśnienia stanowiące poparcie, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, stanowisko stron. (...) Oparcie orzeczenia na pozasądowym oświadczeniu biegłego stanowi uchybienie procesowe. (Komentarz do art. 278 Kodeksu postępowania cywilnego [w] Bodio J., Demendecki T., Jakubecki A., Marcewicz O. Telenga P., Wójcik M. P., Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Oficyna 2008, wyd. III).

Za zasadniczy dowód Izba uznała treść SIWZ, treść oferty złożonej w ramach postępowania przez wykonawcę TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., dowody przedstawione w ramach rozprawy przez Odwołującego i Przystępującego (oświadczenia przedstawicieli Intel i Fijitsu, dowód z dokumentu zawnioskowany w treści odwołania, dokumentację techniczną obudowy serwera Blade Fujitsu Primergy BX900 S1), jak również korespondencję prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym oraz wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie o sygn. akt KIO 1772/11 nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ i zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców wskutek zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. i dopuszczenia tego wykonawcy do aukcji elektronicznej Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania nie skorzystał z instytucji uregulowanej w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie żądał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą dokumentów technicznych potwierdzających, iż oferowane przez nich dostawy spełniają wymagania Zamawiającego poprzestając w tym zakresie na samych oświadczeniach wykonawców. Zatem potwierdzeniem spełniania szczegółowych warunków i parametrów oferowanych urządzeń miało być jedynie oświadczenie wykonawcy, polegające na podaniu w formularzu ofertowym informacji dotyczących oferowanych urządzeń.

Należy wskazać, iż wykonawca, którego oferta została zakwestionowana przez Odwołującego pod względem spełnienia wymogów technicznych i zakładanych przez Zamawiającego funkcjonalności uczynił zadość powyższym wymaganiom i dokonał w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1A (dla zadania nr 1) do SIWZ, potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego.

I. W odniesieniu do pierwszej przesłanki faktycznej obejmującej wymóg zawarty w Rozdziale I zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanym „Specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4a) zatytułowanym „Szczegółowa specyfikacja przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1” lit. i) (serwer Blade – 30 szt.) SIWZ w tabeli pod pozycją nr 7 Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, iż oferta wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia dla zadania nr 1 jest zgodnie z Rozdziałem I SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” sprzedaż i dostarczenie łącznie z instalacją do Zamawiającego (fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego użytkowania):

- a) serwerów typu Blade wraz z niezbędną infrastrukturą blade – 30 szt.;
- b) obudów Blade wraz z infrastrukturą – 2 szt.;
- c) szafy serwerowej 19" – 2 szt.;
- d) przełączników LAN 10 GbE – 2 szt.;
- e) switchy SAN – 2 szt.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale I zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanym „Specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4a) zatytułowanym „Szczegółowa specyfikacja przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1” lit. i) (serwer Blade – 30 szt.) SIWZ w tabeli pod pozycją nr 7, wymagał aby: „Interfejsy sieciowe (LAN) - 2 interfejsy 10Gb Ethernet z możliwością podzielenia logicznego na min. 8 interfejsów każdy z odrębnym adresem MAC i przepustowością nie mniejszą niż 1Gb; podział na interfejsy logiczne powinien być niezależny od zainstalowanego na serwerze systemu operacyjnego lub programowej platformy wirtualizacyjnej lub równoważne. 8 interfejsów fizycznych 1 Gb (każdy z własnym adresem MAC) przy spełnieniu powiązanych wymagań zawartych w opisie infrastruktury Blade”.

Następnie Izba ustaliła, iż wykonawca TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. w złożonej ofercie w formularzu ofertowym dla zadania nr 1 w tabeli 1.1. dotyczącej 30 szt. Serwerów Blade potwierdził określony przez Zamawiającego w Rozdziale I zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanym „Specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4a) zatytułowanym „Szczegółowa specyfikacja przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1” lit. i) (serwer Blade – 30 szt.) SIWZ w tabeli pod pozycją nr 7 wymóg poprzez wpisanie w kolumnie nr 4 tabeli zatytułowanej „Charakterystyka (wymagania oferowane)” w wierszu nr 6 następującego zwrotu: „2 interfejsy 10Gb Ethernet z możliwością podzielenia logicznego na min. 8 interfejsów każdy z odrębnym adresem MAC i przepustowością nie mniejszą niż 1Gb; podział na interfejsy logiczne powinien być niezależny od zainstalowanego na serwerze systemu operacyjnego lub programowej platformy wirtualizacyjnej”.

Ponadto, jak wynika z zawartej na stronie 12 oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. tabeli wykonawca zaoferował serwer Blade Fujitsu Primergy BX924S2 w ilości 30 szt.

W odniesieniu do powyższego należy w pierwszej kolejności wskazać, iż zgodnie z treścią art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska, wyrażonego m.in. w przedłożonej na etapie rozprawy ekspertyzie Polskiego Towarzystwa Informatycznego z dnia 28.08.2011 r. sporządzonej przez Mirosława Kowalewskiego wskazał, że interfejsy 10Gb Ethernet zaoferowane przez wykonawcę TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. mają możliwość



podzielenia logicznego an min. 8 interfejsów, każdy z odrębnym adresem MAC i przepustowością nie mniejszą niż 1Gb, to jednak jest to zależne od zainstalowanego na serwerze systemu, załączył wraz z odwołaniem dowód w postaci karty katalogowej kasetowego serwera typu blade Fujitsu Primergy BX924S2, z którego wynika, iż serwer ten może zostać wyposażony w interfejs sieciowy LAN wykorzystujący kartę Intel Ethernet 10Gb opartą na kontrolerze 10 Gigabit Ethernet Controller Intel 82599.

Jednakże należy wskazać, iż Odwołujący nie przedstawił bezsprzecznego dowodu, że zaoferowany w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Przystępującego serwer Fujitsu PRIMERGY BX924S2 uniemożliwia zaoferowanie wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności.

Odwołujący swoje twierdzenia wywodzi z faktu, iż uzyskanie tego rodzaju funkcjonalności uniemożliwia oprogramowanie i urządzenia dostarczane przez jednego z dostawców tego rodzaju technologii, tj. Intel Technology. Przedstawione przez Odwołującego pismo Intel Technology Poland Spółka z o.o. z dnia 11.08.2011 r. wskazuje na możliwości i ograniczenia technologii Intel Virtualization Technology oraz PCI-SIG Single Root I/O Virtualization and Sharing Specification dla kart Intel Ethernet 10Gb, w związku ze skierowanym przez Odwołującego zapytaniem, którego treść nie została przedstawiona przez tego ostatniego. W dalszej części powyższego pisma zostało wskazane, iż: „Jako producent i dostawca technologii dla producentów serwerów, z wiedzy jaką na dziś posiadamy, firma Fujitsu nie zaimplementowała w serwerach Primergy BX 924S2 rozwiązania umożliwiającego dzielenie karty sieciowej na logiczne interfejsy sieciowe opisane powyżej. Z elementów jakie Intel dostarcza do Fujitsu, bez dodatkowego oprogramowania, nie da się zrealizować funkcjonalności podzielenia karty sieciowej Intel 10Gb Ethernet na logiczne interfejsy sieciowe.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż zaprezentowane przez Odwołującego oraz Przystępującego dowody (oświadczenie Fujitsu, oświadczenie Intel oraz dokumentacja techniczna serwera Fujitsu Primergy BX 924S2) potwierdzają w zupełnie odmienny sposób tezy zaprezentowane przez obie strony.

Izba dopuściła powyższe dowody pod względem formalnym, jednakże poddała ocenie sposób wywiedzenia prezentowanej przez przeciwników procesowych tezy dowodowej. Jest to wynikiem faktu, iż oba dowody zmierzają do potwierdzenia prezentowanych przez wnioskodawców tez, które znajdują się w stosunku do siebie w opozycji. Obydwa oświadczenia (Fujitsu oraz Intel), stanowiące oświadczenia wiedzy osób je podpisujących, świadczą o określonych faktach i stanowią one oświadczenia osób trzecich, nie będąc tym samym oświadczeniami stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Otóż Przystępujący wykazał za pomocą oświadczenia producenta zaoferowanego systemu serwerowego tj. Fujitsu Technology Solutions z dnia 29.08.2011 r., iż zaoferowane w

przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. urządzenie spełniało w dniu otwarcia ofert, jak również spełnia i będzie spełniało zakładaną przez Zamawiającego funkcjonalność. Należy wobec powyższego stwierdzić, iż przedłożony przez Przystępującego dowód ma charakter bezpośredni. Przystępujący wnioskuje o przeprowadzenie powyższego dowodu z dokumentu, celem wykazania postawionej przez siebie tezy, wykazał, w ocenie Izby, iż oferowane w ramach niniejszego postępowania urządzenie spełnia wymagania SIWZ. Należy również wskazać, iż sporządzenie powyższego oświadczenia na potrzeby konkretnego postępowania odwoławczego oraz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czyni go w tym wypadku bardziej adekwatnym w odniesieniu do postawionej przez Przystępującego tezy.

Izba oceniając przedstawione przez strony dowody uznała dowody przedstawione przez Przystępującego za bardziej wiarygodne. Powyższe wynika z faktu, w ocenie Izby, iż Przystępujący tezę o posiadaniu przez zaoferowane urządzenie funkcjonalności wymaganej przez Zamawiającego wywiódł wprost z oświadczenia producenta tego urządzenia, którego identyfikacja wskazuje na fakt, iż serwer blade Fujitsu Primergy BX924S2 zaoferowany przez wykonawcę TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spełnia wymóg wskazany w Rozdziale I zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanym „Specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4a) zatytułowanym „Szczegółowa specyfikacja przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1” lit. i) (serwer Blade – 30 szt.) SIWZ w tabeli pod pozycją nr 7. Dowód zaprezentowany przez Przystępującego należy uznać za dowód z dokumentu zawierającego oświadczenie wiedzy określonej osoby mającej bezpośrednią wiedzę o właściwościach danego urządzenia.

Z dowodów przedstawionych przez Odwołującego wynika, iż oferowane na rynku serwery Fujitsu Primergy BX924S2 wykorzystują określoną technologię firmy Intel, zaś z elementów jakie Intel dostarcza do Fujitsu, bez dodatkowego oprogramowania, nie da się zrealizować funkcjonalności podzielenia karty sieciowej Intel 10Gb Ethernet na logiczne interfejsy sieciowe. Powyższe nie wyklucza jednak jednoznacznie możliwości zaimplementowania takiej funkcjonalności na oferowanym serwerze Fujitsu Primergy BX924S2 przy użyciu dostępnych na rynku rozwiązań oferowanych przez innych producentów lub technologii własnej producenta serwera. Taka możliwość została wszakże zasygnalizowana przez przedstawiciela firmy Intel, który wskazał, że: „Na dzień dzisiejszy jedyna oficjalna implementacja powyższego rozwiązania podziału karty 10Gb na interfejsy logiczne została zrealizowana w platformie wirtualizacyjnej Red Hat Enterprise Linux 5.5 Xen/KVM. Implementacje w innych platformach wirtualizacyjnych takich jak VMWare i Hyper-V są w planach”. Biorąc pod uwagę powyższe wskazany przez Odwołującego dowód potwierdza popieraną przez Odwołującego tezę dowodową w sposób pośredni, gdyż wnioski

końcowe zaprezentowane w oświadczeniu przedstawiciela Intel nie są wynikiem bezpośredniej analizy właściwości urządzenia, lecz wynikają z pośrednich okoliczności, w tym wiedzy o kontaktach handlowych pomiędzy Intel a Fujitsu, powszechnie znanych informacjach na temat oferty handlowej Fujitsu, jak również posiadanej wiedzy o zaawansowaniu technologicznym oferowanych przez tego producenta urządzeń.

W ramach prawa do swobodnej oceny dowodów Krajowa Izba Odwoławcza poddała analizie sposób wywiedzenia w przedłożonych oświadczeniach przedstawicieli Fujitsu oraz Intel zawartych tam wniosków. Analiza treści przedstawionych dokumentów pozwala uznać, iż w zupełnie odmienny sposób zostały wywiedzione zawarte w nich wnioski, gdyż różne są podstawy ich wyprowadzenia. Otóż konkluzja w oświadczeniu przedstawiciela Intel jest wynikiem szeregu domniemań w oparciu o znane składającemu oświadczenie fakty i opinie, niekoniecznie bezpośrednio związane z przedmiotem, o którego właściwościach zaprezentowany został sąd o faktach. Innymi słowy z treści tegoż oświadczenia nie wynika, aby zawarta tam opinia na poparcie tezy prezentowanej przez Odwołującego była wynikiem sądu opartego bezpośrednio na przedmiocie, którego właściwości zostają poddane ocenie. Odmiennie zaś kształtuje się droga do wniosków wyrażonych w oświadczeniu przedstawiciela Fujitsu, z którego wynika, że przedmiotem sądu jest wprost urządzenie (serwer Blade Fujitsu Primergy BX924S2), którego właściwości zostały określone wprost w tym dokumencie. Dowód ten zatem, w wyniku jego oceny dokonanej przez Izbę, uznać należy za bardziej wiarygodny, gdyż odnosi się wprost i bezpośrednio do urządzenia będącego przedmiotem sądu, tj. sąd o pewnych faktach został w tymże oświadczeniu oparty na wiedzy dotyczącej urządzenia, którego dotyczy dowodzona teza dowodowa. Tym samym w oświadczeniu przedstawiciela Fujitsu zawarta tam konkluzja jest wynikiem bezpośredniej oceny faktów, co powoduje, iż pomiędzy tymi faktami a zawartą tam konkluzją zachodzi bezpośredni związek, wolny od domniemań i przypuszczeń opartych na oderwanych od przedmiotu oceny założeniach i sądach. Należy również wskazać, iż w oświadczeniu Intel nie zostało wskazane, z jakiego okresu informacje zostały uwzględnione przy wydaniu przedmiotowego oświadczenia.

Izba wskazuje, iż dostawcy rozwiązań informatycznych nierzadko realizują poszczególne zamówienia ściśle pod kątem konkretnego zamawiającego. Ponadto możliwość konfiguracji urządzeń w dowolny sposób jest synonimem tego rodzaju zamówień. Rynek urządzeń informatycznych podlega ciągłym i dynamicznym zmianom. Jest to najszybciej rozwijająca się gałąź przemysłu i stan wiedzy w momencie wszczęcia postępowania może znacznie różnić się w momencie jego rozstrzygnięcia.

Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał braku spełnienia przez zaofertowany przez

Przystępującego serwer Blade Fujitsu Primergy BX 924S2 wymogu określonego w Rozdziale I pkt 3 ppkt 4a lit. i) SIWZ zawartego w tabeli pod poz. nr 7.

II. W odniesieniu do drugiej przesłanki faktycznej obejmującej wymóg zawarty w Rozdziale I zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanego „specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4a zatytułowanego „szczegółowa specyfikacja przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1”, lit. v „przełączniki LAN 10 GbE – 2 szt.” SIWZ w pozycji nr 8 tabeli Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, iż oferta wykonawcy TRADEX SYTSEMS Spółka z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ. W tym zakresie Odwołujący odniósł się do cechy przełącznika LAN 10GbE w zakresie zarządzania obejmującej sFlow lub odpowiednik.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia dla zadania nr 1 jest zgodnie z Rozdziałem I SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” sprzedaż i dostarczenie łącznie z instalacją) do Zamawiającego (fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego użytkowania):

- a) serwerów typu Blade wraz z niezbędną infrastrukturą blade – 30 szt.;
- b) obudów Blade wraz z infrastrukturą – 2 szt.;
- c) szafy serwerowej 19” – 2 szt.;
- d) przełączników LAN 10 GbE – 2 szt.;
- e) switchy SAN – 2 szt.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale I zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanym „Specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4a) zatytułowanym „Szczegółowa specyfikacja przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1” lit. v) (przełącznik LAN 10GbE – 2 szt.) SIWZ w tabeli pod pozycją nr 8 w zakresie cech oferowanego urządzenia był zdolny do: „Zdalnej konfiguracji i zarządzania przez Web oraz linię komend (CLI), IEEE 802 1ab LLDP, port USB pozwalający na kopiowanie plików i z USF flash, serwery DHCP, serwer (RFC 2131), klient, snooping i realy, SNMPv1, v2c, aridv3, HTTPS management, sFlow lub odpowiednik”.

Następnie Izba ustaliła, iż wykonawca TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. w złożonej ofercie w formularzu ofertowym dla zadania nr 1 w tabeli 1.5. dotyczącej 2 szt. Przełączników LAN 10GbE potwierdził określony przez Zamawiającego w Rozdziale I zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanym „Specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4a) zatytułowanym „Szczegółowa specyfikacja przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1” lit. v) (przełącznik LAN 10GbE – 2 szt.) SIWZ w tabeli pod pozycją nr 8 na stronie 10 oferty w zakresie cech oferowanego urządzenia, że w zakresie zarządzania będzie wyposażony w sFlow lub odpowiednik.

Ponadto, jak wynika z zawartej na stronie 12 oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. tabeli w kolumnie b zatytułowanej „Producent, typ i model” został wskazany dla wiersza zatytułowanego „Przełączniki LAN 10GbE” konkretny produkt Hewlett Packard A5820X-24XG-SFP+.

Izba na wstępie wskazuje, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec konkurencyjnej oferty winien odnosić się do zaoferowanego przedmiotu świadczenia. Tym samym aby można było mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Odwołujący, kwestionujący ofertę konkurencyjną, winien odnieść się do całej jej treści a nie jedynie wybranych fragmentów. Odwołujący w niniejszej sprawie pominął istotną okoliczność, iż oprócz literalnego zaakceptowania przez Przystępującego warunku w tabeli nr 1.5. dla zadania nr 1 Przystępujący na str. 12 oferty w tabeli w kolumnie b zatytułowanej „Producent, typ i model” wskazał konkretny typ urządzenia. Jednakże Odwołujący nie odniósł się w odwołaniu do cech zaoferowanego produktu i nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów wskazując jedynie, iż brak jest możliwości oceny przez Zamawiającego spełnienia wymogów zawartych w SIWZ ze względu na sposób zaoferowania odpowiednika poprzez jedynie ogólne wskazanie, iż wykonawca oferuje dla przełącznika LAN 10GbE w zakresie zarządzania sFlow lub odpowiednik. Ponadto Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, iż Przystępujący winien wskazać nazwę odpowiednika, gdyż tylko w taki przypadku Zamawiający jest w stanie zweryfikować, czy zaoferowana inna odpowiednia procedura posiada wszystkie cechy funkcji sFlow, a tym samym spełnia wymagania Zamawiającego.

W ocenie Izby wskazanie nazwy konkretnego produktu, systemu, technologii lub indywidualnych i właściwych dla określonego produktu cech stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W takim wypadku, w ocenie Izby, nie jest wystarczające dopuszczenie rozwiązań równoważnych, lecz konieczne jest określenie zakresu równoważności. Należy zgodzić się z prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które powinny zostać określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pożądane cechy oferowanego przez wykonawców produktu winny zostać precyzyjnie określone. Ich ogólne sformułowanie prowadzi bowiem do sytuacji, iż wykonawcy oferując produkt o zbliżonych cechach będą oczekiwać uznania go za odpowiadający założonym ogólnym parametrom, tj.

uznania go za równoważny. Tym samym Zamawiający dopuszczając złożenie oferty na produkt równoważny winien wskazać, jakie cechy powinien on spełniać, aby mógł być za taki uznany. Znaczny stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia Zamawiającemu w większym stopniu podjęcie prawidłowej decyzji w tym zakresie. Jest to o tyle istotne, że na podstawie swoich wymagań określonych wyraźnie w SIWZ Zamawiający będzie mógł ocenić, czy złożone oferty na system równoważny są zgodne z treścią SIWZ. Brak doprecyzowania w niniejszym stanie faktycznym zakresu równoważności funkcji zarządzania sFlow dla przełącznika LAN 10GbE powoduje, iż trudno jest dokonać oceny, czy ewentualne inne rozwiązania spełniają wymagania Zamawiającego. Zamawiający winien określić bowiem, jakich zbliżonych cech dla tejże funkcjonalności oczekuje od innych urządzeń opartych na odmiennej technologii niż sFlow.

Wobec powyższego Izba stoi na stanowisku, ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Analizując treść zarzutu i jego uzasadnienia należy wskazać, iż Odwołujący braku możliwości oceny przez Zamawiającego zgodności treści oferty z treścią SIWZ upatruje w dosłownym powtórzeniu przez Przystępującego zapisu zawartego w tabeli nr 1.5. dotyczącej przełącznika LAN 10GbE – 2 szt. w wierszu nr 8 w kolumnie zatytułowanej „Charakterystyka (wymagania oferowane dla każdego przełącznika” z zapisem zawartym we wzorze załącznika i kolumnie tej samej tabeli zatytułowanej „Charakterystyka (wymagania minimalne dla każdego przełącznika)”. W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż w zakresie przełączników LAN 10GbE dla zadania nr 1 proces oferowania został zrealizowany w tabeli znajdującej się na str. 12 oferty. W powyższej tabeli w kolumnie b zatytułowanej „Producent, typ i model” został wskazany dla wiersza zatytułowanego „Przełączniki LAN 10GbE” konkretny produkt Hewlett Packard A5820X-24XG-SFP+. Tym samym ocena zgodności oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. w zakresie oferowanych przełączników LAN 10GbE dla których Zamawiający określił wymagania minimalne winna zostać przeprowadzona z uwzględnieniem zaoferowanego urządzenia. Nie jest możliwe pominięcie tego faktu w kontekście badania naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe determinuje przewidziany przez Zamawiającego w SIWZ sposób sporządzenia oferty. Wykonawcy mieli obowiązek potwierdzenia w tabeli wymogów minimalnych dla zaoferowanych urządzeń przy jednoczesnym wskazaniu w tabeli znajdującej się w pkt 2 formularza ofertowego (załącznik nr 1A do SIWZ dla zadania nr 1)

szczegółowych danych w zakresie ilości oferowanych urządzeń, ich ceny, producenta, typu i modelu z jednoczesnym odniesieniem do pkt 1 załącznika zawierającego wymagania minimalne dla oferowanych urządzeń.

Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, iż zaoferowane przez Przystępującego przełączniki LAN 10GbE Hewlett Packard A5820X-24XG-SFP+ powodują, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z zaoferowaniem przez Przystępującego przełącznika LAN 10GbE Hewlett Packard A5820X-24XG-SFP+ przy uwzględnieniu wymogu określonego w Rozdziale I pkt 3 ppkt 4a lit. v) SIWZ zawartego w tabeli pod poz. nr 8.

III. W odniesieniu do trzeciej przesłanki faktycznej obejmującej wymóg zawarty w Rozdziale I zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanego „specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4a zatytułowanego „szczegółowa specyfikacja przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1”, lit. ii „obudowa Blade wraz z infrastrukturą – 2 szt.” SIWZ w pozycji nr 1 tabeli Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, iż oferta wykonawcy TRADEX SYTSEMS Spółka z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ. W tym zakresie Odwołujący odniósł się do obudowy Blade wraz z infrastrukturą i jej typu, gdzie zostało określone aby infrastruktura składała się z obudów blade montowanych w szafach IT 19” zapewniających możliwość instalacji co najmniej 28 serwerów wyspecyfikowanych powyżej w jednej szafie IT 19”.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia dla zadania nr 1 jest zgodnie z Rozdziałem I SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” sprzedaż i dostarczenie łącznie z instalacją) do Zamawiającego (fabrycznie nowych, nienoszących śladów poprzedniego użytkowania):

- a) serwerów typu Blade wraz z niezbędną infrastrukturą blade – 30 szt.;
- b) obudów Blade wraz z infrastrukturą – 2 szt.;
- c) szafy serwerowej 19” – 2 szt.;
- d) przełączników LAN 10 GbE – 2 szt.;
- e) switchy SAN – 2 szt.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale I zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanym „Specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4a) zatytułowanym „Szczegółowa specyfikacja przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1” lit. ii) „obudowa Blade wraz z infrastrukturą – 2 szt.” SIWZ w pozycji nr 1 tabeli zatytułowanej „Typ infrastruktury” w kolumnie „charakterystyka (wymagania minimalne” został zawarty następujący wymóg: „Infrastruktura składająca się z obudów blade montowanych w szafach

IT 19" zapewniających możliwość instalacji co najmniej 28 serwerów wyspecyfikowanych powyżej w jednej szafie IT 19".

Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 03.06.2011 r. dokonał modyfikacji pozycji nr 1 tabeli zawartej w Rozdziale I, pkt 3, ppkt 4a) lit ii) SIWZ poprzez zmianę liczby serwerów z 28 na 30.

Następnie Izba ustaliła, iż wykonawca TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. w złożonej ofercie w formularzu ofertowym dla zadania nr 1 w tabeli 1.2. dotyczącej 2 szt. Obudów blade wraz z infrastrukturą potwierdził określony przez Zamawiającego w Rozdziale I zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanym „Specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4a) zatytułowanym „Szczegółowa specyfikacja przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1” lit. ii) (obudowy Blade wraz z infrastrukturą – 2 szt.) SIWZ w tabeli pod pozycją nr 1 na stronie 6 oferty w zakresie cech oferowanego urządzenia wpisując w kolumnie zatytułowanej „Charakterystyka (wymagania oferowane)”: „Infrastruktura składająca się z obudów blade montowanych w szafach IT 19" zapewniających możliwość instalacji co 30 serwerów wyspecyfikowanych powyżej w jednej szafie IT 19".

Ponadto, jak wynika z zawartej na stronie 12 oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. tabeli w kolumnie b zatytułowanej „Producent, typ i model” został wskazany dla wiersza zatytułowanego „szafa serwerowa 19"” konkretny produkt Fujitsu Primecenter SME Rack 42U.

Izba wskazuje, iż Przystępujący w złożonej ofercie pominął na str. 6 oferty w pozycji nr 1 tabeli 1.2. dotyczącej obudowy Blade wraz z infrastrukturą słowo „najmniej” w kolumnie zatytułowanej „Charakterystyka (wymagania oferowane)”. Fakt ten potwierdził na etapie rozprawy przedstawiciel Przystępującego wskazując, iż Odwołujący wykorzystał zaistniałą w ofercie Przystępującego literówkę na stronie 5 odwołania, gdzie zostało wskazane „co 30 serwerów”, zaś zapis powinien brzmieć „co najmniej 30 serwerów”.

Tym samym izba uznała, iż analogicznie jak w zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego przełączników LAN 10GbE Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ. To Odwołujący wywodzi z tego faktu skutki prawne, polegające na ewentualnym uwzględnieniu odwołania, zatem na nim spoczywa ciężar dowodu. W tym zakresie Przystępujący na etapie rozprawy wskazał, że z dokumentacji technicznej (specyfikacji) zaoferowanych szaf serwerowych w jednej obudowie mieści się 18 serwerów (str. 3 dokumentacji technicznej wraz z tłumaczeniem), zaś z oferty wynika, iż obudów takich jest 2, zatem w szafie 42U można zainstalować 2 obudowy (str. 4 dokumentacji technicznej wraz z tłumaczeniem). Na dowód powyższego Przystępujący przedłożył wspomnianą wyżej dokumentację techniczną obudowy serwera blade Fujitsu Primergy BX900S1, z której ze str. 3 wynika, iż obudowa o wysokości 10U do montażu w



szafie rack 19" zawiera 18 wnęk przednich połowy wysokości lub 9 wnęk pełnej wysokości do instalacji serwerów blade lub urządzeń pamięci masowej blade. Ze str. 4 powyższej dokumentacji wynika, iż maksymalna liczba jednostek montowana w obudowie dla dwuprocessorowego serwera blade Fujitsu Primergy BX924S2 (zaferowanego przez Przystępującego w ofercie) wynosi 18.

Odwołujący nie odniósł się do powyższych dowodów, jak również nie przedstawił dowodów przeciwnych w tym zakresie. Tym samym Izba uznała, iż teza podniesiona przez Odwołującego, iż w dwóch szafach nie zmieszczą się wszystkie serwery została skutecznie podważona przez Przystępującego.

Wobec powyższego Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z wymogiem określonym w Rozdziale I pkt 3 ppkt 4a lit. ii) SIWZ zawartego w tabeli pod poz. 1.

Biorąc pod uwagę powyższe brak stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powoduje, iż Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1772/11 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 2.

### **Sygn. akt KIO 1783/11**

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1783/11 w odniesieniu do podniesionego przez Odwołującego wniosku w zakresie powołania dowodu z opinii biegłego Izba oddaliła

powyższy wniosek na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba podtrzymuje całą argumentację zawartą w uzasadnieniu oddalenia analogicznego wniosku w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1772/11, z tą różnicą, iż brak pełnego materiału sprawy umożliwiającego wydanie przez biegłego opinii jest skutkiem niedochowania przez Odwołującego wymogów formalnych dotyczących dokumentów przedstawionych przez strony oraz uczestników postępowania na etapie postępowania odwoławczego.

Odwołujący w toku rozprawy powołał się na dokument w języku angielskim w postaci dokumentacji technicznej znajdującej się na stronie producenta macierzy dyskowej Fujitsu wskazując adres strony internetowej ([www.fugijitsu.com/pt/storage/dx-400/download](http://www.fugijitsu.com/pt/storage/dx-400/download)). Zgodnie z treścią § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. Nr 48, poz. 280) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Tym samym Izba, uwzględniając wnioski Przystępującego w tym zakresie, nie dopuściła powyższego dowodu.

Ponadto Izba wskazuje, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwala uznać, iż fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami – zatem należy wskazać, iż wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego został podniesiony jedynie dla zwłoki postępowania. Przedstawione przez Przystępującego dowody, w szczególności oświadczenie przedstawiciela Fujitsu Technology Solutions Spółka z o.o., nie wymagają wiadomości specjalnych w celu oceny zawartych w nich wniosków i twierdzeń.

Za zasadniczy dowód Izba uznała treść SIWZ, treść oferty złożonej w ramach postępowania przez wykonawcę TADDEX SYSTEMS Spółka z o.o., dowody przedstawione w ramach rozprawy przez Przystępującego (oświadczenie Fujitsu Technology Solutions Spółka z o.o. z dnia 29.08.2011 r. oraz dokumentację techniczną wraz z tłumaczeniem Eternus SF AdvancedCopy Manager 14.1), jak również korespondencję prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym oraz wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy. Izba podzielił pogląd Przystępującego, iż przedłożone przez niego oświadczenie jest oświadczeniem wiedzy osoby je składającej i tym samym kwestionowanie umocowania osoby nie znajduje uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie o sygn. akt KIO 1783/11 nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego w ramach zadania nr 3 art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego powyższego przepisu.

Izba ustaliła, iż Odwołujący wskazał w odwołaniu, jako podstawę niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, fakt zaoferowania przez tego ostatniego macierzy dyskowej Fujitsu Eternus DX440, która w ocenie Odwołującego nie spełnia następujących wymagań SIWZ:

Zarzut nr 1: Brak możliwości zmniejszania pojemności woluminów logicznych oraz wielkości grup dyskowych (tzw. LUN Expansion i LUN Concatenation) bez przerywania dostępu do danych w kontekście wymogu określonego w Rozdziale I „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanego „specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4c „dla zadania nr 3” lit. i) w tabeli pod poz. 13, tj. „Możliwość dynamicznego zwiększania i zmniejszania pojemności woluminów logicznych oraz wielkości grup dyskowych (poprzez dodanie/odjęcie dysków) z poziomu kontrolera macierzowego bez przerywania dostępu do danych”;

Zarzut nr 2: Brak możliwości wykonania kopii migawkowej bez alokowania dodatkowej przestrzeni dyskowej na potrzeby kopii w kontekście określonego w Rozdziale I „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanego „specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4c „dla zadania nr 3” lit. i) w tabeli pod poz. 19, tj. „Możliwość dokonywania na żądanie tzw. migawkowej kopii danych (snapshot, point-in time) w ramach macierzy za pomocą wewnętrznych kontrolerów macierzowych. Kopia migawkowa wykonuje się bez alokowania dodatkowej przestrzeni dyskowej na potrzeby kopii. Zajmowanie dodatkowej przestrzeni dyskowej następuje w momencie zmiany danych na dysku źródłowym lub na jego kopii”;

Zarzut nr 3: brak dostępnego oprogramowania umożliwiającego budowę klastra rozległego geograficznie dla systemów HP-UX w oparciu o MC/ServiceGuard w kontekście określonego w Rozdziale I „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 zatytułowanego „specyfikacja przedmiotu zamówienia”, ppkt 4c „dla zadania nr 3” lit. i) w tabeli pod poz. 20, tj. „Możliwość zdalnej replikacji danych typu on-line do innej macierzy tej samej rodziny. (...) W oparciu o ww. mechanizmy zdalnej replikacji danych wymagana jest możliwość dostarczenia i zaimplementowania w przyszłości oprogramowania klastra rozległego

geograficznie, co najmniej dla systemów HP-UX (w oparciu o MC/Serviceguard), Windows (w oparciu o MSCS), VMware (Site Recovery Manager)".

Następnie Izba ustaliła, iż ze str. 19 oferty wynika, iż Przystępujący zaoferował macierz dyskową Fujitsu Eternus DX440.

Izba wskazuje, iż postawione przez Odwołującego tezy nie zostały poparte żadnymi dowodami. Na ich odparcie Przystępujący przedstawił oświadczenie przedstawiciela Fujitsu z dnia 29.08.2011 r., z którego wynika, iż zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu urządzenie spełniają wymagania określone w SIWZ w zakresie wszystkich kwestionowanych przez Odwołującego funkcjonalności macierzy dyskowej Fujitsu Eternus DX440.

W przedmiotowym oświadczeniu przedstawiciel Fujitsu Technology Solutions Spółka z o.o. oświadczył, iż:

1. „Jako producent potwierdzamy, że macierz dyskowa Eternus DX440 wspiera szereg klastrów różnych producentów, a w szczególności wspierany jest geograficzny klaster rozległy dla systemu HP-UX w oparciu o MC/ServiceGuard. Szczegółowe informacje o implementacji takiego klastra zawarte są m.in. w dokumentacji „ETERNUS SF AdvancedCopy Manager 14.1 Operator's Guide for Cluster Environment (J2X1-7452-02ENZ0(00))” oraz w dokumencie „ETERNUS DX440 series Server Support Matrix HP-UX FC connection Edition 47 as of August 3, 2011”;
2. Macierz dyskowa Eternus DX440 jest wyposażona w funkcjonalność AdvancedCopy Manager, dzięki której możliwa jest realizacja, za pomocą wewnętrznych kontrolerów macierzowych migawkowych kopii danych przy wykorzystaniu kilku różnych mechanizmów (One Point Copy – OPC, QuickOPC, SnapOPC, SnapOPC+). Dzięki tej funkcjonalności, kopia migawkowa może być wykonana bez alokowania dodatkowej przestrzeni dyskowej na potrzeby kopii, a zajmowanie dodatkowej przestrzeni dyskowej następuje w momencie zmiany danych na dysku źródłowym lub na jego kopii (...);
3. Macierz dyskowa Eternus DX440 (...) oferuje liczne zaawansowane funkcjonalności, w tym możliwość dynamicznego zwiększania i zmniejszania pojemności woluminów logicznych oraz wielkości grup dyskowych (poprzez dodanie/odjęcie dysków) z poziomu kontrolera macierzowego bez przerywania dostępu do danych. (...)

Ponadto w powyższym oświadczeniu zostało wskazane, iż: „Potwierdzamy, że powyższe funkcjonalności macierzy Eternus DX440 będą, są i były realizowane w dniu 2011.07.04, tj. w dniu złożenia oferty przez firmę TRADEX SYSTEMS Spółka z o.o. w postępowaniu na rozbudowę infrastruktury serwerowej dla systemu OFSA na bardziej wydajną ze względu na zwiększenie liczby użytkowników, nr postępowania: DZP-2610-11/2011 dla Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa”.

Ponadto Przystępujący przedstawił fragment dokumentacji technicznej (Instrukcja użytkownika dla zastosowań klastrowych firmy Fujitsu) wraz z jego tłumaczeniem na język polski w zakresie możliwości budowy klastra rozległego geograficznie dla systemów HP-UX w oparciu o MC/ServiceGuard.

Tym samym Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko Przystępującego, iż zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu w zakresie okoliczności, z których wywodzi on skutki prawne. Izba uznała, iż przedstawione przez Odwołującego okoliczności i tezy są jedynie jego stanowiskiem w sprawie nie mającym żadnego potwierdzenia w dokumentacji postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe brak stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powoduje, iż Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91a ust. 1, jak również 91b ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1783/11 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 2.

**Przewodniczący:**

.....