

Sygn. akt: KIO 2518/13

WYROK
z dnia 12 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2013 r. przez **wykonawcę Tradex Systems Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42, lok. 110, 02-372 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Atende S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Tradex Systems Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42, lok. 110, 02-372 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Tradex Systems Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42, lok. 110, 02-372 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Tradex Systems Sp. z o.o., ul. Opaczewska 42, lok. 110, 02-372 Warszawa** na rzecz **Uniwersytetu Warszawskiego, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytet Warszawski (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę i instalację klastra o dużej mocy obliczeniowej dla systemu wirtualnej rzeczywistości”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 19 czerwca 2013 r. pod nr 2013/S 117-199340.

W postępowaniu tym wykonawca Tradex Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 28 października 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, informacja o dokonaniu których została przekazana Odwołującemu w dniu 17 października 2013 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 29 października 2013 r. W dniu 31 października 2013 r. wykonawca Atende S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej swoje zgłoszenie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 8 listopada 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ustawy Pzp, poprzez nieudostępnienie oferty Przystępującego w zakresie pełnej specyfikacji oferowanego rozwiązania wraz z oświadczeniem producenta, pomimo że takie informacje nie stanowią tajemnicy

przedsiębiorstwa Przystępującego w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędną ocenę i nie odrzucenie oferty Przystępującego;
- 3) art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie zwrócenia się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że zachodzi uzasadnione przypuszczenie, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę (4 673 385,00 PLN brutto), odbiegającą w istotny sposób (o 25,5%) od ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia wynoszącej 6 273 000,00 PLN z uwzględnieniem podatku VAT;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży poniżej kosztów własnych w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo złożenia nieuczciwej, jedynie pozornie najkorzystniejszej oferty, tj. zaoferowania realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych z zamiarem wyrównania poniesionych strat z zysku uzyskanego z realizacji zamówień, obejmujących rozszerzenie pierwotnego zakresu zamówień.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu udostępnienia części oferty Przystępującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności badania i oceny oferty Przystępującego i jej odrzucenie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Przystępujący w swojej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł część techniczną przedmiotu zamówienia zawierającą pełną specyfikację oferowanego rozwiązania wraz z oświadczeniem producenta (str. 73-272). Zamawiający w dniu 21 października 2013 r. odmówił Odwołującemu

zapoznanie się z tymi dokumentami oferty. Zdaniem Odwołującego zastrzeżenie to jest nieuprawnione wobec tego, że Przystępujący w części jawnej swojej oferty w formularzu ofertowym podał informacje, jaki sprzęt, jakiego producenta oferuje, a na utajnioną część techniczną oferty składają się w głównej mierze dokumentacje techniczne i opisy producenta, tj. firmy IBM, dostępne powszechnie na jego stronie internetowej. Podkreślił też, że Przystępujący w unieważnionym przez Zamawiającego wcześniejszym postępowaniu (ogłoszenie o zamówieniu nr 2012/S 249-412345) nie uznał, że te informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał na zasadę jawności postępowania jako naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych i na konieczność wezwania przez Zamawiającego Przystępującego do złożenia wyjaśnień wraz z przedstawieniem dowodów w tym zakresie, potwierdzających zasadność dokonanego zastrzeżenia. Odwołujący wskazał na art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego, wskazujące, że za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać informacje, jeśli:

- nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- posiadają wartość gospodarczą,
- podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z informacjami zawartymi w formularzu ofertowym Przystępującego zaoferował standardowe urządzenia, powszechnie dostępne na rynku, a dane i ich zakres składające się na pełną specyfikację oferowanego rozwiązania są informacjami ogólnodostępnymi i powszechnie publikowanymi (specyfikacje produktów, ulotki produktowe producenta dostępne na stronach internetowych IBM). Podkreślił, że Przystępujący zastrzegł te informacje jedynie po to, by utrudnić Odwołującemu podważenie oferty Przystępującego. Zdaniem Odwołującego, Przystępujący oferuje standardowy sprzęt, którego konfiguracja jest wypadkową określonych kombinacji szczegółowo opisanych przez producenta podzespołów, ograniczona jedynie wymogami Zamawiającego, stąd też nie stanowi know-how wykonawcy. Powołał się na orzecznictwo KIO w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu (wyrok w sprawie: KIO/UZP 338/09 oraz w sprawie: KIO 100/12), a także uchwałę Sądu Najwyższego w sprawie: III CZP 74/05. Podkreślił, że pomimo, iż Zamawiający w tej sprawie zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień co od tej kwestii, to nie zweryfikował on w sposób należyty złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia nie mogą być uznane za skuteczne bowiem nie zawierają takich informacji, które stanowią określoną wartość handlową dla Przystępującego, a ponadto zostały podane do wiadomości publicznej jako informacje producenta IBM.

Co do zarzutów odnoszących się do niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ Odwołujący podniósł, że z uwagi na zastrzeżenie przez Przystępującego części

swojej oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący został pozbawiony możliwości weryfikacji oferty Przystępującego w pełnym zakresie. Niemniej Odwołujący, bazując na weryfikacji danych zawartych w ofercie Przystępującego złożonej we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez tego samego Zamawiającego, a następnie unieważnionym przez niego, stwierdził, że zaoferowany przez Przystępującego przedmiot zamówienia jest sprzeczny z treścią SIWZ i oferta ta powinna być odrzucona. Podkreślił, że w ofercie tej brak jest możliwości właściwego zasilania węzłów (serwerów), składających się na podstawową wyspę obliczeniową. Wskazał, że zgodnie z SIWZ art. 3 § 1 (str. 3 i dalsze) przedmiotem zamówienia miała być dostawa, instalacja i uruchomienie kompletnego rozwiązania klastra obliczeniowego, natomiast zaoferowana przez Przystępującego obudowa węzłów obliczeniowych wyspy obliczeniowej dx360 M4 IBM została wyposażona wyłącznie w jeden zasilacz o mocy 900 W, tj. o mocy niewystarczającej o zasilenia zainstalowanych w niej dwóch węzłów obliczeniowych z procesorami Intel Xeon E5-2680 o mocy 130W każdy. Według Odwołującego, zgodnie z danymi technicznymi firmy IBM, pobór mocy dwóch węzłów obliczeniowych zaoferowanych przez Przystępującego wynosi aż 913 W, a w konsekwencji jeden zasilacz o mocy 900 W nie pozwala na prawidłowe zasilanie węzłów obliczeniowych, a tym samym ich uruchomienie i prawidłową pracę. Podniósł też, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagania określonego w pkt 2.1.2.j. SIWZ, bowiem przy prawidłowo obliczonym poborze mocy wszystkich urządzeń umieszczonych na stelażach o szerokości 60 cm, pobór mocy na stelaż przekracza wartość 20 kW. Odwołujący wskazał też, że oferta Przystępującego nie spełnia wymagań z uwagi na to, że zaoferowane przez tego wykonawcę przełączniki InfiniBand Mellanox IS 5030 nie pozwalają na utworzenie sieci InfiniBand, których ilość powinna wynosić 146 szt.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, że ten nie zwrócił się z wezwaniem do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, poprzez zaistnienie znacznej różnicy pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a wartością szacunkową zamówienia. Podkreślił, że cena zaoferowana przez Przystępującego w znaczący sposób odbiega również od ceny zaoferowanej przez Odwołującego, co w konsekwencji skutkuje uznaniem, że nie jest to cena rynkowa i jest to cena nierealistyczna. Wskazał też, że cena tego wykonawcy jest o 231 240,00 PLN niższa od ceny oferty tego wykonawcy zaoferowanej w unieważnionym postępowaniu, pomimo iż wymagana moc obliczeniowa przedmiotu zamówienia uległa ponad dwukrotnemu zwiększeniu z 59,6 TFLOPS do 120 TFLOPS, a tym samym zwiększeniu uległa ilość oferowanych przez tego wykonawcę węzłów obliczeniowych, serwerów i infrastruktury

sieciowej, w tym przełączników Ethernet, przełączników InfiniBand, kabli i osprzętu. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 1562/11 i KIO 2737/11). Wskazał też na wartości ofert w tym postępowaniu (oferta Odwołującego: 5 518 768,92 PLN i oferta Przystępującego: 4 673 385,00 PLN). Wskazał na wartość szacunkową zamówienia w kwocie brutto: 6 273 000,00 PLN. Tym samym podkreślił też, że cena oferty Przystępującego jest niższa od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia o 1 599 615,00 PLN, tj. 25,5%, wskazując jednocześnie na specyfikę przedmiotu zamówienia i wartość postępowania, które – w jego ocenie – uniemożliwiają wystąpienie tak znaczących różnic cenowych w normalnych warunkach konkurencji. Według niego cena oferty Przystępującego wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej realnych kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący podniósł również, że wobec argumentów o rażąco niskiej cenie w ofercie Przystępującego złożenie tej oferty stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przywołał w tym zakresie art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, wskazując, że zaoferowanie przez Przystępującego rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż poniżej kosztów zakupu lub świadczenia usług. Powołał się w tym zakresie na opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o tym, iż sprzeczne ze wskazaną ustawą jest utrudnianie dostępu do rynku w świetle art. 15 tej ustawy, a także takie działanie, które narusza klauzulę generalną z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Powołując się na wyrok SO w Białymstoku (II Ca 431/07) oraz wyrok Zespołu Arbitrów (UZP/ZO/3740/05), podkreślił, że przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji jest osobną przesłanką do odrzucenia oferty w postępowaniu, niezależnie od przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Dodatkowo jako dowody w sprawie przedłożył kopię wyciągu oferty Przystępującego, wskazując na str. 72 i 73 tej oferty, gdzie przywołuje się adresy stron internetowych IBM – sprzętu oferowanego przez Przystępującego, jak również wyciąg ze strony internetowej tego producenta, wskazujący na oferowane produkty. Co do zarzutów odnoszących się do niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ podkreślił, że oferowane przez wykonawcę rozwiązanie ma być zgodne nie tylko z SIWZ, ale również z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, a skoro powyższego zaoferowane przez Przystępującego rozwiązanie nie będzie spełniać, ponieważ nie będzie działać, jest ono niezgodne z SIWZ. Wykazując, że zaoferowany przez Przystępującego zasilacz zamiast dwóch zasilaczy dla

dwóch węzłów nie będzie spełniał wymaganej w tym przypadku mocy, przedłożył wydruk z raportu EnergyStar co do węzłów produkcji IBM, wskazując, że dokument ten odwołuje się do mocy wyjściowej zasilacza na poziomie 913 W. Przedłożył też wydruk z Wikipedii, wskazujący czym jest test LINPACK, podkreślając, że Zamawiający wymagał podania w ofercie dwóch wartości poboru mocy: wartości rzeczywistej, a także - biorąc pod uwagę sprzęt zaoferowany przez Przystępującego - z całą pewnością wartość ta dla jednej szafy musi być przekroczona mocy przedstawiana w oparciu o test LINPACK ma wykazać jedynie moc obliczeniową w tym zakresie, niezależnie od rzeczywistej wartości poboru mocy wymaganej dla prawidłowego działania urządzeń. Zwrócił uwagę na to, że dla niniejszego postępowania wartości wynikające z testu LINPACK nie uwzględniają poboru mocy przez inne urządzenia wymagane przez Zamawiającego, a zgodnie z SIWZ należało uwzględnić np. pobór mocy z kart i dysków, czego testy te nie uwzględniają. Podkreślił, że biorąc pod uwagę sprzęt zaoferowany przez Przystępującego z całą pewnością wartość poboru mocy na stelażach dla jednej szafy musiała przekroczyć 20 kW. Przedłożył do akt sprawy fragment prezentacji oraz dokumentację techniczną dotyczące zaoferowanych przez Przystępującego przełączników Infiniband Melanom IS5030, wskazując, iż Przystępujący dla wypełnienia wskazanych wymogów SIWZ powinien był zaoferować inny rodzaj przełączników, tj. IS5035. Podkreślił, że przełączniki zaoferowane przez Przystępującego nie obsługują takiej dużej sieci, jaką obejmuje niniejsze postępowanie, gdyż obsługują nie więcej niż 108 węzłów, natomiast ilość zaoferowanych przez Przystępującego interfejsów to nie mniej niż 146. Jako dowód w sprawie przedłożył też do akt sprawy sporządzone przez siebie zestawienie cen podstawowych oferowanego przez Przystępującego sprzętu IBM i Dataplex, wskazując, iż rzeczywista wartość zaoferowanego aktualnie przez Przystępującego sprzętu powinna być wyceniona na poziomie 9 176 000,00 zł netto, tymczasem oferta tego wykonawcy kształtuje się na poziomie około 4 mln brutto. Podkreślił, że dla przedstawienia niniejszego zestawienia cenowego przyjął rzeczywiste ceny sprzętu oferowanego przez Przystępującego w oparciu o ceny katalogowe sprzętu IBM. Podkreślił przy tym, iż nie jest możliwe stosowanie aż takich dużych upustów przez Przystępującego, biorąc pod uwagę również okoliczność, iż we wcześniejszym postępowaniu cena ofertowa Przystępującego była wyższa, w szczególności wobec zwiększania zakresu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Przedłożył do akt sprawy również treść ogłoszenia o zamówieniu z dnia 28 grudnia 2012 r. nr 2012/S249-412345 wraz z treścią SIWZ z dnia 19 grudnia 2012 r., dotyczące wcześniej prowadzonego przez Zamawiającego na podobny przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczność porównania przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu i poprzednim postępowaniu. Odwołujący w toku rozprawy wniósł również o powołanie biegłego o specjalizacji informatyka i telekomunikacja na okoliczność:

- 1) ustalenia, jaki jest rzeczywisty pobór mocy węzłów wchodzących w skład klastra zaoferowanego przez Przystępującego, zgodnie z wymogiem sformułowanym w pkt 2.1.2 j) SIWZ;
- 2) czy został dochowany warunek nie przekroczenia poboru mocy w wysokości 20 kW dla stelażu o szerokości 60 cm;
- 3) czy możliwa jest obsługa więcej niż 108 interfejsów Infiniband przez przełącznik Mellanox IS5030 w konfiguracji zaoferowanej przez Przystępującego.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 8 listopada 2013 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał w niej, że zarzuty dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa są spóźnione, bowiem Zamawiający na otwarciu ofert poinformował wszystkich wykonawców obecnych w tym czasie u Zamawiającego o zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty Przystępującego, jak i o tym, że w tym zakresie wystąpi z wnioskiem o wyjaśnienia do wykonawcy. Podkreślił też, że w dniu 27 września 2013 r. wezwał zarówno Odwołującego, jak i Przystępującego o wyjaśnienie kwestii związanych z zastrzeżeniem w ich ofertach tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia takie od Przystępującego wpłynęły w dniu 1 października 2013 r. i w związku z tym Odwołujący od tego momentu powinien był liczyć sobie termin na wniesienie odwołania co do tajemnicy przedsiębiorstwa. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO (KIO 2342/12 i 2351/13 oraz 183/11, KIO 191/11 i 190/11 oraz KIO 1938/11). Niezależnie od powyższego Zamawiający odniósł się również merytorycznie do podniesionego zarzutu wskazując na jego niezasadność. Podkreślił, że wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie i te wyjaśnienia zostały przez wykonawcę złożone. W ich wyniku odtajnione zostały na stronie 75 oferty formularz nr 5 omyłkowo zastrzeżony, przy czym w pozostałym zakresie podtrzymane została oświadczenie Przystępującego o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa pozostałych zastrzeżonych fragmentów oferty. Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia wyczerpują znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa określone w przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo podniósł również, że także oferta Odwołującego został w analogicznym zakresie co oferta Przystępującego zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa nieujawnienie oferty Przystępującego przy jednoczesnym pozostawieniu tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Odwołującego prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu i uczciwej konkurencji. Według Zamawiającego fakt, iż poszczególne elementy systemu mogą stanowić standardowe produkty, nie oznacza, że całość stanowiąca unikalne połączenie stworzone przez wykonawcę na użytek konkretnego postępowania nie stanowi informacji o charakterze

technicznym, technologicznym w myśl przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że wszystkie elementy tajemnicy przedsiębiorstwa zostały tutaj wykazane, przede wszystkim w ramach udzielonych przez tego wykonawcę Zamawiającemu wyjaśnień. Podkreślił, że sam Odwołujący przyznał, że nie wszystkie informacje z oferty Przystępującego są powszechnie dostępne. Co do przywoływanego przez Odwołującego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało przez Zamawiającego unieważnione, Zamawiający potwierdził, iż powyższe wskazuje jednakże, że było to postępowanie dotyczące dostaw o innej konfiguracji. Jego zdaniem fakt, że wykonawca nie zastrzegł określonych informacji na potrzebę jednego postępowania nie wyłącza automatycznie możliwości zastrzeżenia podobnych informacji w innym postępowaniu. Podkreślił też, że podejmując decyzję o nieujawnieniu zastrzeżonych informacji w poprzednim postępowaniu kierował się wytycznymi zawartymi w wyroku KIO z dnia 16 kwietnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 623/13 i KIO 631/13.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania podkreślił, że zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ Odwołujący sformułował hipotetycznie, nie przedstawiając żadnych dowodów, tak, jeśli chodzi o rodzaj zaoferowanego przez Przystępującego sprzętu, jak również to, że sprzęt ten nie spełnia wymogów SIWZ. Z treści odwołania – jego zdaniem – nie wynika, że Odwołujący zastosował prawidłowe obliczenia, gdyż wykonawca ten nie wskazał żadnego, dającego się zweryfikować sposobu, dzięki któremu otrzymał określony, kwestionowany rezultat, wskazujący, że pobór mocy dwóch węzłów obliczeniowych zaoferowanych przez Przystępującego wynosi 913 W. Według niego Przystępujący zaoferował w tym zakresie rozwiązanie zgodne z SIWZ (str. 183-189 i str. 123 oferty). Zamawiający nie stwierdził również, aby pobór mocy dokonywany przez zasilacze oraz urządzenia zawarte na stelażach w ofercie Przystępującego przekraczał normy wynikające z § 1 pkt 2.1.2.j SIWZ, tj. 20 kW. Przekroczenie przyjęte przez Odwołującego we wskazanym zakresie – zdaniem Zamawiającego – nie wynika nawet z przyjętych przez Odwołującego błędnych wartości odnoszących się do zasilania węzłów obliczeniowych. Co do przełączników InfinityBand podkreślił, że Odwołujący nie poparł swoich twierdzeń dowodami, ani nie uzasadnił skąd jego zdaniem wynika, że ilość interfejsów InfiniBand powinna wynosić 146 szt., gdyż Zamawiający takiego wymagania w SIWZ nie określił.

Co do zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny podkreślił, że zarzuty są niesłuszne, a on posiada wiedzę i rozeznanie co do cen, jakie występują na rynku informatycznym i wedle jego wiedzy Przystępujący jest w stanie za oferowaną cenę wykonać zamówienie. Powołał się na poparcie swojego stanowiska na orzecznictwo KIO (KIO 1236/11, KIO/UZP 193/10 i KIO/UZP 214/10, jak i KIO/UZP 1906/09). W tym zakresie – jego zdaniem – brak

było podstaw do wzywania Przystępującego o wyjaśnienia jego ceny ofertowej, zaś procentowa różnica pomiędzy cenami zawartymi w ofercie Przystępującego a wartością szacunkową przedmiotu zamówienia, jak i różnica pomiędzy tą ofertą, a ofertą Odwołującego nie wskazują na znaczące odbieganie od tych wartości.

Odnosząc się do zarzutów nieuczciwej konkurencji podkreślił, że konkurencja pomiędzy wykonawcami jest zjawiskiem normalnym i jest jedną z podstawowych zasad gospodarki rynkowej. W jego ocenie nie sposób uznać, że oferta Przystępującego zakłada realizację zamówienia poniżej kosztów własnych i rezygnuje z zysku. Odwołujący w tym względzie – zdaniem Zamawiającego – poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach nie uzasadniając ich. Odwołujący nie wykazał nadto, iżby ewentualne takowe działanie Przystępującego miało na celu eliminację innych przedsiębiorców. Wskazał na ciężar dowodowy obciążający w tym względzie Odwołującego. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 1145/12, KIO/UZP 704/10 i KIO 430/13).

W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko i dodatkowo wniósł jako dowód w sprawie materiały z wyszukiwarek internetowych Ceneo, Taniomania i Fujitsu dla wykazania, że ta sama karta graficzna, tego samego producenta może być wyceniona w różny sposób u różnych dostawców.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania.

W toku rozprawy podtrzymał powyższe i poparł stanowisko Zamawiającego. Wskazał, że w stosunku do wcześniej unieważnionego przez Zamawiającego postępowania w niniejszym postępowaniu dwukrotnie zwiększyła się moc obliczeniowa, co wymagało przeprojektowania całego klastra, przy czym w stosunku do poprzedniego postępowania nie zmieniła się fizyczna przestrzeń 2,2 m², na której powyższe ma być zaprojektowane i ta specyfika przedmiotu zamówienia wymagała indywidualnego podejścia i stworzenia szczególnej konfiguracji oferowanych urządzeń stanowiących know-how Przystępującego. Przystępujący powołał się na ofertę przedstawiciela producenta firmy Tech Data z 24 września 2013 r., która została dedykowana dla niniejszego postępowania o zamówienie publiczne i dla Zamawiającego. Podkreślił, że na tej ofercie, gdzie przedstawiono Przystępującemu szczegółową specyfikację techniczną, oparł treść swojej oferty dla niniejszego postępowania, która została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Podkreślił też, że w części jawnej jego oferty ujawniono tylko 7 istotnych elementów całego systemu, zaś szereg szczegółowych elementów technicznych opracowanych w oparciu o przywołaną ofertę producenta znajduje się w części niejawnej oferty Przystępującego. Podkreślił też, że oferta Tech Data zawiera zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Tech Data, a tym samym przez producenta IBM urządzeń.

Co do zarzutów odnoszących się do niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ podkreślił, że konfiguracja zaoferowana przez Przystępującego jest inna niż ta, która została przedstawiona przez Odwołującego w toku rozprawy w ramach testu Energy Star. Podkreślił też, że w zależności od konfiguracji serwera pobór mocy jest różny, a Zamawiający w SIWZ wymagał podania wartości rzeczywistej oferowanych elementów, a nie przy największej konfiguracji. Co do zarzutu w zakresie poboru mocy i przełączników Infiniti podniósł, że Odwołujący nie wskazał żadnego wymogu SIWZ, z którym oferta Przystępującego byłaby sprzeczna. Podkreślił, że to całość rozwiązania ma spełniać określone wymogi SIWZ, zaś Odwołujący kwestionuje możliwość działania określonych elementów systemu. Wskazał, że z SIWZ nie wynika ilość portów w liczbie 146 wskazana przez Odwołującego, zaś w ofercie Przystępującego mamy też inną ilość tych portów. Podkreślił, że nawet przy przyjęciu maksymalnego obciążenia, tj. w jednej szafie mamy maksymalnie 42 serwery, a jeden zasilacz odpowiada za dwa serwery i nie mamy tutaj przekroczonej, wymaganej przez Zamawiającego wartości 20 kW i przy tym obliczeniu jest to wartość 19,173 kW. Podkreślił jednak, że w jego ofercie przyjęto w tym zakresie inne założenia. Wskazał też, że dla osiągnięcia konfiguracji zgodnej z wymogami SIWZ przyjęto użycie szczególnego oprogramowania IBM, na co również wskazywano w ofercie Tech Data. Przystępujący wskazał też na wymagania SIWZ zawarte na str. 17 pkt a), gdzie Zamawiający wymagał podania algorytmu wykorzystywanego w procesie szacowania, badania mocy i Zamawiający nie wymagał tutaj podania tego algorytmu wyłącznie w oparciu o test LINPACK. Podkreślił, że przedstawił takie badania w oparciu o wskazany test, a przy ocenie spełniania wymogu wykorzystania mocy istotne znaczenie ma konkretna konfiguracja, dla której przedstawiony został przez niego test LINPACK. Wrócił uwagę na to, że wyniki badania Energy Star przedstawione przez Odwołującego nie dotyczą w żadnej mierze konfiguracji przedstawionej w ofercie Przystępującego, choćby co do ilości użytych zasilaczy i ilości pamięci.

Powołał się na str. 122 swojej oferty, gdzie podano szczegółowy bilans urządzeń zamontowanych w jednym stelażu, które dają pobór mocy poniżej 20 kW. Jego zdaniem z przedstawionego w części niejawniej jego oferty obliczenia wynika, że pobór mocy jest dużo mniejszy i spełniający wymogi SIWZ. Przywołał też str. 183 i następne swojej oferty, gdzie znajdują się również dane dotyczące poboru mocy poszczególnych urządzeń zmierzone przez producenta IBM i jest to oświadczenie producenta załączone do oferty, w którym wskazano dokładnie, który węzeł ile mocy pobiera i ta moc dla jednego węzła w ofercie Przystępującego jest dużo niższa niż wskazuje to Odwołujący – tj. wynosi: 708 W na dwa węzły obliczeniowe.

Co do przełączników Infiniti Przystępujący wskazał, że przełącznik IS5030, jak i IS5025 jest w stanie obsłużyć więcej niż 108 węzłów przy użyciu określonego

oprogramowania, które jest dostarczane bezpłatnie i które zostało zaoferowane przez niego. Wskazał, że specyfikacja techniczna przełączników przedłożona przez Odwołującego na rozprawie zawiera jedynie fragment wyjęty z kontekstu w przetłumaczonej na język polski części tego dokumentu, tymczasem choćby na str. 41 w pkt 4.1 tego dokumentu, która nie została przetłumaczona, wskazuje się właśnie na możliwość stosowania w tym względzie dodatkowego oprogramowania. Dodatkowo na str. 48 tego dokumentu również nie przetłumaczonego wskazuje się, że zarządzanie klastrami może odbywać się nie tylko przy użyciu węzłów.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny Przystępujący powołał się również na ofertę Tech Data otrzymaną dla niniejszego postępowania, która pozwalała mu na zaoferowanie ceny ofertowej pozwalającej na osiągnięcie dużego zapasu pozwalającego m.in. na marżę.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy Atende S.A. z siedzibą w Warszawie do niniejszego postępowania odwoławczego. Tym samym wskazany wykonawca uzyskał przymiot uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące zaniechania udostępnienia mu w całości oferty Przystępującego oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, wykazał swój uszczerbek w interesie, polegający na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, w szczególności w sytuacji, gdy ofertę w postępowaniu obok Przystępującego złożył jedynie Odwołujący. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu w dniu 19 czerwca 2013 r. Zamawiający ustalił wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia publicznego na kwotę: 5 100 000 zł netto, tj. 1 268 782,96 euro. W postępowaniu tym do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 25 września 2013 r., wpłynęły do niego dwie oferty, tj. oferta Przystępującego z ceną: 4 673 385,00 zł oraz oferta Odwołującego z ceną: 5 518 768,92 zł. Zamawiający w dniu 17 października 2013 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Wskazana czynność została zaskarżona przez Odwołującego w ramach rozpoznawanego aktualnie przez Izbę odwołania.

Izba ustaliła również, że na wskazany przedmiot zamówienia Zamawiający wcześniej prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – ogłoszenie o zamówieniu z dnia 28 grudnia 2012 r. (nr 2012/S 249-412345), które następnie zostało przez niego unieważnione. W przedmiocie tego postępowania o zamówienie publiczne został wydany wyrok przez KIO z dnia 16 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 623/13 i KIO 631/13).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu tajemnicy przedsiębiorstwa Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu Zamawiającego i uznania, że zarzut zaniechania udostępnienia Odwołującemu części oferty Przystępującego z uwagi na objęcie jej tajemnicą przedsiębiorstwa i naruszenia zasady jawności postępowania został podniesiony po terminie. Termin na zaskarżenie zaniechania udostępniania przez Zamawiającego do wglądu Odwołującego części oferty Przystępującego objętej tajemnicą przedsiębiorstwa rozpoczął swój bieg w przedmiotowej sprawie dopiero od momentu poinformowania wykonawcy o zakończeniu czynności badania i oceny ofert, tj. od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Od tego momentu bowiem Odwołujący- w świetle art. 182 ust. 3 ustawy Pzp - mógł, przy dochowaniu należytej staranności, powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę zarzutu – nieudostępnienia części oferty Przystępującego i zaniechania odtajnienia elementów tej oferty. W tym dopiero momencie Zamawiający zakończył ostatecznie czynność badania i oceny ofert, w ramach której również prosił o

złożenie wyjaśnień przez Przystępującego, jak i Odwołującego co do zasadności zastrzeżenia części ofert obydwu wykonawców. Wcześniej, w toku tych czynności Zamawiający samodzielnie nie informował wykonawców o ewentualnym zakończeniu tych czynności i obowiązku takiego wprost nie nakładają na niego w tym zakresie obowiązujące przepisy prawa. Stąd też dopiero informacja o wyniku postępowania kończąca ostatecznie czynność badania i oceny ofert w postępowaniu może wskazywać w sposób ostateczny i wiarygodny na określone, skarżone przez Odwołującego zaniechanie dokonania określonych czynności – odtajnienia części oferty Przystępującego. Oczekiwanie ze strony Zamawiającego, iż Odwołujący poprzez samo otwarcie ofert oraz czynność wezwania do złożenia wyjaśnień co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w jego ofercie poweźmie informację o zakończeniu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie konkurenta jest zbyt daleko idące i niedopuszczalne. Przepisy ustawy Pzp nie nakładają na Zamawiającego obowiązku dokonania weryfikacji oferty wykonawcy pod kątem prawidłowego zastrzeżenia w jej treści tajemnicy przedsiębiorstwa w konkretnym momencie postępowania, np. w dniu otwarcia ofert. Z tych też względów wywodzenie, że w tym właśnie momencie Zamawiający dokona tej czynności jest daleko idące i nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy, który pewność, iż Zamawiający zakończył czynność badania i oceny ofert, w tym ich weryfikację pod kątem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć dopiero po formalnym zakończeniu czynności badania i oceny ofert, chyba że Zamawiający wprost poinformuje wykonawców odrębnie o zakończeniu na wcześniejszym etapie tej czynności (weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), co jednak w tej sprawie nie miało miejsca.

Stąd też Izba rozpoznała merytorycznie wskazany zarzut odwołania. W tym zakresie Izba ustaliła, że w ofercie Przystępującego zostały zastrzeżone określone informacje zawarte na str. 73-272. Wprowadzone zastrzeżenie dotyczyło części oferty zawierającej szczegółowy opis techniczny oferowanego przez tego wykonawcę rozwiązania. Analogiczna część oferty Odwołującego została również zastrzeżona przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem z dnia 27 września 2013 r. zwrócił się do obydwu wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w obydwu ofertach. Obydwaj wykonawcy udzielili Zamawiającemu w tym zakresie stosownych wyjaśnień, w tym Przystępujący uczynił to w piśmie z dnia 1 października 2013 r. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach podtrzymał swoje oświadczenie o zachowaniu w poufności jako tajemnica przedsiębiorstwa zastrzeżonych informacji za wyjątkiem oświadczenia zawartego na str. 75 oferty dotyczącego parametrów technicznych, które – jak wskazał – zostało przez niego zastrzeżone omyłkowo.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należało, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odnoszących się do udostępniania dokumentacji z postępowania oraz naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności w postępowaniu nie potwierdził się. Izba dokonała oceny tak treści oferty Przystępującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak i udzielonych przez niego wyjaśnień w tym przedmiocie i stwierdziła, że w tym zakresie wypełnione zostały trzy istotne przesłanki kwalifikujące określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przesłanki te zostały określone w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Przywołany przepis wskazuje, że tajemnicą przedsiębiorstwa są:

- nieujawnione do wiadomości publicznej,
- informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, które nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Zdaniem Izby informacje zawarte na str. 76 - 272 oferty Przystępującego wypełniają przywołane powyżej przesłanki wskazujące na tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Niewątpliwie informacje dotyczące sposobu zaprojektowania przez Przystępującego określonego rozwiązania technicznego, specjalnie dedykowanego dla Zamawiającego, a dotyczącego szczególnego zadania: dostawy i instalacji klastra o dużej mocy obliczeniowej dla systemu wirtualnej rzeczywistości, gdzie każdy z wykonawców miał przedstawić własne, autorskie zaprojektowanie wskazanego rozwiązania technicznego, w szczególności przy ograniczonych możliwościach powierzchni, na której ma być dokonywana instalacja wszystkich oferowanych urządzeń rozwiązania, stanowią informacje techniczne posiadające wartość gospodarczą dla Przystępującego. Przystępujący w toku rozprawy wyjaśnił również, iż swoje rozwiązanie zaoferowane Zamawiającemu oparł na ofercie, którą otrzymał od producenta oferowanych urządzeń, tj. firmy IBM, która to firma złożyła mu ową informację handlową i swoją ofertę pod rygorem zachowania jej w poufności jako tajemnica przedsiębiorstwa. Waleń informacji o charakterze technicznym istotny z punktu widzenia wartości gospodarczej dla przedsiębiorstwa Przystępującego został zatem wykazany przez tego wykonawcę. W odniesieniu do tych informacji Przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania tych informacji w poufności m. in. poprzez złożenie w ofercie wyraźnego oświadczenia o zastrzeżeniu tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób odpowiedni, wydzielając je z treści oferty. Tym samym zatem również druga przesłanka tajemnicy przedsiębiorstwa została w tym przypadku wypełniona. Co do przesłanki

nieujawnienia do wiadomości publicznej informacji, na które powołuje się Przystępujący – zdaniem Izby – Odwołujący nie wykazał, aby owe informacje, zawarte w ofercie Przystępującego, w jakikolwiek sposób zostały podane do publicznej wiadomości. Powoływanie się przez Odwołującego na treść formularza ofertowego Przystępującego, gdzie w części jawnej oferty podano nazwę oferowanych urządzeń, ich nr katalogowe oraz producenta (firmę IBM) nie mogą wskazywać na upublicznienie wszystkich technicznych informacji zawartych w ofercie Przystępującego i uznanych przez niego za tajemnicę przedsiębiorstwa. W zastrzeżonej części oferty Przystępującego bowiem zawarte są istotne, szczegółowe informacje techniczne o sposobie konkretnej konfiguracji oferowanego przez Przystępującego sprzętu w taki sposób, aby w całości tworzył określone rozwiązanie techniczne spełniające podstawowe wymogi określone w tym zakresie przez Zamawiającego w SIWZ. Część jawna oferty Przystępującego zawiera tylko wyszczególnienie kilku urządzeń (siedem pozycji), zaś część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa zawiera konkretne obliczenia Przystępującego i konkretną konfigurację wskazanych urządzeń wraz z innymi dodatkowymi urządzeniami oferowanymi w ramach wskazanego rozwiązania technicznego Zamawiającemu. Również argument Odwołującego, o tym, iż we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez tego samego Zamawiającego na podobny przedmiot zamówienia, Przystępujący nie objął tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji dotyczących sposobu konfiguracji oferowanego wówczas Zamawiającemu rozwiązania, opartego na sprzęcie tego samego producenta (IBM), zdaniem Izby, nie mają znaczenia dla zastrzeżenia w niniejszym postępowaniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji. Zamawiający w toku rozprawy podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu uległ istotnej zmianie w stosunku do uprzednio prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, że w niniejszym postępowaniu zwiększeniu uległa wymagana moc – Zamawiający wymaga bowiem całkowitego wypełnienia szaf z brakiem możliwości przekroczenia wartości 200 kW i to ta okoliczność w sposób istotny różni aktualnie prowadzone postępowanie od prowadzonego wcześniej. Wskazany przez Zamawiającego wymóg świadczy o szczególnym oczekiwaniu od wykonawcy wykazania się takim *know-how*, które pozwoli na zaproponowanie Zamawiającemu takiego rozwiązania technicznego, które będzie wypełniało ten wymóg. Niezbędna zatem w tym zakresie jest szczególna wiedza wykonawcy, który, wykorzystując w tym celu swoje doświadczenia, ale również w tym przypadku korzystając z rozwiązań dedykowanych dla tego postępowania przez producenta sprzętu, ma prawo zabezpieczyć swoje *know-how* przed innymi podmiotami, które mogłyby z owego, autorskiego rozwiązania skorzystać w sposób nieuprawniony.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty w tym zakresie nie potwierdziły się, a okolicznością dodatkową, ale nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii, było to, że analogiczne elementy w ofercie Odwołującego również zostały zastrzeżone przez tego wykonawcę jako stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się. W pierwszej kolejności odnosząc się generalnie do tych zarzutów stwierdzić należało, że mają one charakter ogólny i nie zostały przez Odwołującego udowodnione. Odwołujący powołuje się na rzekome sprzeczności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, nie wskazując, na czym opiera swoje zarzuty, nie przywołując również konkretnych postanowień SIWZ, z którymi wykazywane przez niego elementy oferty Przystępującego miałyby być sprzeczne. Opiera swoje zarzuty na przywoływanych przez siebie obliczeniach, które nie znajdują się w treści oferty Przystępującego. Odwołujący nawet nie przedstawia tych obliczeń, na których opiera zarzuty w swoim odwołaniu, nie prezentuje też generalnych podstaw, które przyjął dla przywoływanych przez siebie obliczeń.

Co do pierwszej kwestii braku możliwości właściwego zasilania węzłów składających się na podstawową wyspę obliczeniową Izba stwierdziła, że Odwołujący przywoływał w tym zakresie okoliczność, iż obudowa węzłów obliczeniowych podstawowej wyspy obliczeniowej oferowanych przez Przystępującego została wyposażona wyłącznie w jeden zasilacz o mocy 900 W, tj. – jego zdaniem – mocy niewystarczającej do zasilania zainstalowanych w niej dwóch węzłów obliczeniowych z procesorami Intel Xeon E5-2680 o mocy 130W każdy. Odwołujący podniósł, że zgodnie z danymi firmy IBM pobór mocy dwóch węzłów obliczeniowych zaoferowanych przez Przystępującego wynosi aż 913 W, co uniemożliwia uruchomienie węzłów i ich prawidłową pracę. Izba dokonując oceny wskazanego zarzutu i opierając się o treść oferty, objętej tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego ustaliła, że na str. 123 oraz 183-188 tej oferty znajduje się potwierdzenie wypełniania wymogu dotyczącego poboru mocy zasilacza. W ofercie Przystępującego znajduje się w tym zakresie także oświadczenie producenta, które odnosi się do tej kwestii i w żadnym razie nie może wskazywać ono na jakąkolwiek niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ. Oświadczenie producenta oferowanego sprzętu (firmy IBM) zamieszczone na str. 183 i nast. oferty Przystępującego w jej zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części nie potwierdza zarzutu jakoby węzeł obliczeniowy wymagał poboru mocy powyżej 900 W, tj. jak wskazał Odwołujący 913 W. Podkreślić również należy, że Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił konkretnego wymogu z SIWZ, z którym rzekomo oferta Przystępującego miałaby

być sprzeczna. Przedłożony przez Odwołującego jako dowód w sprawie test Energy Star i dane techniczne w nim przedstawione nie mają odniesienia do obliczeń przyjętych w tym zakresie przez Przystępującego w jego ofercie.

Co do drugiej kwestii, iż pobór mocy na stelaż w ofercie Przystępującego przekracza wartość 20 kW przy prawidłowo obliczonym poborze mocy wszystkich urządzeń umieszczonych na stelażach o szerokości 60 cm, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. W tym przypadku Odwołujący przywołał postanowienie SIWZ - pkt 2.1.2.j – z którymi rzekomo oferta Przystępującego jest niezgodna. Zgodnie z przywołanym wymogiem SIWZ wykonawcy mieli obowiązek wykazać się, iż oferowane rozwiązanie umieszczone na stelażu o szerokości 60 cm nie może przekraczać poboru mocy powyżej 20 kW. Zamawiający po zmianach SIWZ w tym zakresie wskazał, że oczekuje podania bilansu poboru mocy urządzeń umieszczonych w stelażu i przypadających na 60 cm szerokości stelaża oraz załączenia kopii dokumentacji technicznej potwierdzającej uwzględniony pobór mocy poszczególnych urządzeń. Podkreślił on też, że przez parametr poboru mocy 20 kW rozumie maksymalną moc pobieraną przez część klastra umieszczoną w stelażu o szerokości 60 cm przy założeniu, że węzły obliczeniowe wykonują test High Performance Linpack w określony, opisany w SIWZ sposób. Zamawiający wskazał też, że pobór mocy urządzeń pomocniczych zainstalowanych w stelażu będzie oceniany na podstawie mocy znamionowej zasilaczy tych urządzeń podanej przez producenta, zaś uwzględniony pobór mocy kart GPU ma być zgodny także z dokumentacją ich producenta. Podkreślił wreszcie, że sumaryczna moc urządzeń przypadających na stelaż o szerokości 60 cm będzie obliczona jako suma mocy wszystkich elementów w nim zamontowanych. Mając powyższe wymogi SIWZ na uwadze i dokonując oceny części niejawniej oferty Przystępującego, Izba uznała, że wskazany wymóg SIWZ został w ofercie Przystępującego wypełniony. Wskazał w tym zakresie przede wszystkim należy na str. 122 oferty Przystępującego, gdzie zamieszczono wymagany w SIWZ szczegółowy bilans urządzeń, gdzie określono wartość poboru mocy na stelaż, która nie przekracza wartości 20 kW wskazanej jako podstawa zarzutu podniesionego przez Odwołującego.

Co do trzeciej kwestii związanej z oferowanymi przez Przystępującego przełącznikami InfiniBand Mellanox IS 5030, które – zdaniem Odwołującego – nie pozwalają na utworzenie sieci InfiniBand, obejmującej wszystkie wymagane interfejsy InfiniBand, których ilość powinna wynosić 146 szt. Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Odwołujący nie wskazał w tym zakresie żadnego postanowienia SIWZ, z którym rzekomo oferta Przystępującego byłaby sprzeczna. Ponadto w podstawie zarzutu Odwołujący wskazuje na wymóg ilości interfejsów na poziomie 146 szt., który to wymóg nie został określony nigdzie w SIWZ. Przystępujący w toku rozprawy wskazywał też na zastosowanie w

tym zakresie określonego oprogramowania, które zostało przez Przystępującego zaoferowane Zamawiającemu i które pozwala przy oferowanych przełącznikach na utworzenie sieci InfiniBand.

Niezależnie od powyższego podkreślić również należy, że dowody przedłożone przez Odwołującego na potwierdzenie zarzutów dotyczących niegodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ w toku rozprawy nie mogły być uznane przez Izbę za wiarygodne. Są to dokumenty techniczne, składane w języku angielskim, jedynie z wybiórczym tłumaczeniem określonych zdań z tych dokumentów, które jedynie mogą wprowadzać w błąd, nie wnosząc nic do sprawy.

Odnosząc się do zarzutu braku żądania przez Zamawiającego od Przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów ceny ofertowej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, a także poprzez to dopuszczenie się przez tego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji i zaniechanie odrzucenia jego oferty z tego powodu przez Zamawiającego, Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba, odnosząc się do tych zarzutów przede wszystkim stwierdziła, że Odwołujący zarzutów związanych z rażąco niską ceną w ofercie Przystępującego w żadnej mierze nie udowodnił. Odwołujący jako podstawę swoich zarzutów stawia zasadniczo rozbieżność na określonym, procentowym poziomie pomiędzy ofertą Przystępującego, a ofertą Odwołującego oraz wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT. Stwierdzić należy, że określona rozbieżność cenowa, czy też konkretny wskaźnik procentowy tej rozbieżności nie może samodzielnie stanowić podstawy do uznania, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, czy też – tym samym - podstawą do wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienie elementów ceny mających wpływ na jej wysokość w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący, wskazując jedynie na tę okoliczność i stwierdzając tym samym, że mamy do czynienia z ceną nierealistyczną, za którą nie może zostać prawidłowo zrealizowany przedmiot zamówienia nie wykazał żadnych okoliczności, które mogłyby wskazywać choćby na podejrzenie co do tego, że cena ofertowa Przystępującego w sposób istotny odbiega od realiów rynkowych i w związku z tym nie jest możliwe zrealizowanie przez tego wykonawcę zamówienia bez ponoszenia strat. W ocenie Izby różnice pomiędzy cenami obydwu wykonawców oraz przyjętą przez Zamawiającego wartością szacunkową zamówienia nie odbiegają znacząco od siebie i – bez jakiegokolwiek dodatkowego argumentu, czy dowodu po stronie Odwołującego w tym zakresie – stanowią jedynie o normalnej walce konkurencyjnej na rynku danych usług informatycznych w sferze publicznych zakupów.

Tym samym również okoliczność czynu nieuczciwej konkurencji podnoszona w tym kontekście jako odrębny zarzut, nie mogła być uznana przez Izbę za istotną dla potwierdzenia się zarzutu. Odwołujący również w tym zakresie swój zarzut opiera jedynie na przywołaniu ogólnych opinii, orzecznictwa czy treści przepisów, nie odnosząc konkretnych okoliczności niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do tych stanowisk, czy przepisów prawa.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł wynikające z rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: