

**Sygn. akt KIO 1981/14**

**KIO 2008/14**

**WYROK**

**z dnia 15 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2014 r. przez:

- A. wykonawcę **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (sygn. akt KIO 1981/14)**
- B. wykonawcę **It.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa (sygn. akt KIO 2008/14)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów reprezentowane przez Dyrektora Izby Celnej we Wrocławiu, ul. Hercena 11, 90-950 Wrocław**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PIDIKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Augustówka 11G/5, 02-981 Warszawa i Kapsch Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1981/14 po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ordowęża 15, 03-310 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1981/14 i KIO 2008/14 po stronie zamawiającego
- C. wykonawcy **It.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1981/14 po stronie zamawiającego

- D. wykonawcy **SOLIDEX S.A. z siedzibą w Krakowie, ul.J.Lea 124, 30-133 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1981/14 i KIO 2008/14 po stronie zamawiającego
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Softex Data S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 40, 02-822 Warszawa i Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Klecińska 123, 02-822 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2008/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala oba odwołania**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (sygn. akt KIO 1981/14)** i wykonawcę **It.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa (sygn. akt KIO 2008/14)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (sygn. akt KIO 1981/14)** i wykonawcę **It.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa (sygn. akt KIO 2008/14)** tytułem wpisów od odwołań
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (sygn. akt KIO 1981/14)** na rzecz **Skarbu Państwa – Ministerstwa Finansów reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej we Wrocławiu, ul. Hercena 11, 90-950 Wrocław** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz na rzecz wykonawcy **Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ordowęża 15, 03-310 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

3.3. zasądza od wykonawcy **It.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa (sygn. akt KIO 2008/14)** na rzecz **Skarbu Państwa – Ministerstwa Finansów reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej we Wrocławiu, ul. Hercena 11, 90-950 Wrocław** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 1981/14**

**KIO 2008/14**

### **Uzasadnienie**

Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów reprezentowane przez Dyrektora Izby Celnej we Wrocławiu, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup systemu wirtualizacji, backupu i platformy sprzętowej dla systemów realizowanych w ramach programu e-Cło”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 lipca 2014 r., nr 2014/S 134-240315.

#### **sygn. akt KIO 1981/14**

W dniu 16 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym Sygnity”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując w uzasadnieniu, iż zaoferowane przez niego oprogramowanie do wirtualizacji, tj. VMware vSphere 5 Standard nie zawiera centralnej graficznej konsoli. A ponadto oferta tego wykonawcy nie zawiera w żadnym innym miejscu treści wskazującej na oferowanie oprogramowania do centralnego zarządzania i konfigurowania maszyn wirtualnych.

W dniu 26 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący Sygnity wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 26 września 2014 r.) od czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj. naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z ustawą odrzucenia oferty odwołującego Sygnity z postępowania, pomimo że treść oferty odwołującego Sygnity odpowiada treści SIWZ
2. z ostrożności, naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia wyjaśnień w odniesieniu do treści oferty odwołującego Sygnity, w szczególności w sytuacji zamiaru odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

3. art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów wskazanych w punktach poprzedzających, co doprowadziło do nieprawidłowości przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie odwołujący Sygnity wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Softex Data S.A. z siedzibą w Warszawie i Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanych dalej „konsorcjum Advatech”, jako oferty najkorzystniejszej
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i względnie nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego Sygnity do wyjaśnienia treści oferty w zakresie niezbędnym do ustalenia jaka jest niewątpliwa treść oferty odwołującego Sygnity i czy jest zgodna z treścią SIWZ;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego Sygnity, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Sygnity wskazał m.in., iż tak, jak i wszyscy inni wykonawcy był zobligowany do złożenia wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń, które zostały ustalone treścią Rozdziału VI SIWZ. Obecnie wyartykułowane oczekiwanie zamawiającego nie mieści się zarówno wśród dokumentów lub oświadczeń wymaganych do przedłożenia w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt A) ww. rozdziału SIWZ, jak też nie mieści się w zakresie dokumentów lub oświadczeń żądanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania (pkt. B) ww. rozdziału SIWZ. Tego rodzaju oczekiwanie nie zostało sprecyzowane i nie wynika z pozostałej treści SIWZ, w szczególności nie wymienia się tego rodzaju oczekiwań w pkt 16 Rozdziału VI oraz w całym Rozdziale X SIWZ. Zamawiający wymagał jedynie przedstawienia w ofercie wykazu oferowanego sprzętu - załącznik nr 10 do SIWZ (z podaniem rodzaju sprzętu, producenta, modelu, numeru seryjnego i skróconej specyfikacji technicznej), co odwołujący Sygnity wykonał, natomiast zamawiający nie wprowadził wymogu i obowiązku przedstawienia szczegółowego wykazu oferowanego oprogramowania. Wykonawca, w konsekwencji nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniechań zamawiającego oraz braku przedstawienia precyzyjnych wymagań w zakresie oferowanego oprogramowania.

Nadto dodał, iż przygotowując swoją ofertę dla zamawiającego, oparł się na zindywidualizowanej - pod wymagania SIWZ i potrzeby zamawiającego - ofercie dystrybutora produktu VMware'a dla Sygnity, w ramach której oprogramowanie do wirtualizacji VMware vSphere 5 Standard obejmowało i obejmuje szereg licencji. Fakt nazwania zindywidualizowanego pakietu rozwiązań odwołującego Sygnity, nazwą która może być łączona i tożsama z powszechnie dostępnymi w ogólnie dostępnym kanale sprzedaży

rozwiązaniem, nie oznacza, że produkt zaoferowany przez odwołującego Sygnity jest produktem z ogólnie dostępnej puli sprzedaży.

Podniósł także, iż czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winna zostać poprzedzona czynnościami wyjaśniającymi w celu upewnienia się przez zamawiającego co do jej zasadności.

W dniu 26 września 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 29 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PIDIKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Kapsch Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwani dalej „konsorcjum Kapsch”, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 29 września 2014 r. faksem (pismem z tej samej daty, wpływ pisma do Izby w dniu 1 października 2014 r.) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca Softex Data S.A. z siedzibą w Warszawie i Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwani dalej „konsorcjum Advarech”, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 29 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Innergo”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 29 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca It.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą It.expert”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 29 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SOLIDEX S.A. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „wykonawcą SOLIDEX”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający, pismem z dnia 7 października 2014 r., uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu złożonym przez wykonawcę Sygnity.

W dniu 10 października 2014 r. wykonawca Innergo zgłosił sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, stosowne pismo składając do akt sprawy.

## sygn. akt KIO 2008/14

W dniu 16 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę It.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym It.expert”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując w uzasadnieniu, iż jego oferta podlega odrzuceniu z uwagi na to, że:

1. zaoferowana macierz nie spełnia wymagań opisanych w punkcie 8 tabeli nr 4 załącznika nr 1 do SIWZ
2. zaoferowane rozwiązanie w zakresie pamięci flash wykorzystuje jedyny dostępny port USB w tym przełączniku
3. nazwa zaoferowanego oprogramowania w punkcie 5 formularza oferty nie wskazuje na konkretną wersję oprogramowania.

W dniu 26 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący It.expert wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 26 września 2014 r.) od czynności zamawiającego w postaci bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego It.expert, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący It.expert wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego It.expert
3. unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum Advatech
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

W uzasadnieniu odwołania odwołujący It.expert wskazał m.in., iż:

Oдноśnie pierwszego zarzutu dotyczącego macierzy odwołujący It.expert podniósł, iż wymaganie zamawiającego jest wymaganiem alternatywnym tj. przedmiotowe wymaganie można spełnić poprzez (i) skonfigurowanie dowolnego dysku hot-plug w rozwiązaniu jako dysku zapasowego, niezależnie od miejsca, jego fizycznej instalacji w dostarczonym rozwiązaniu lub (ii) utworzenie przestrzeni „spare” na wszystkich zasobach dyskowych macierzy. Zaoferowane przez niego macierze spełniają pierwsze (i) z dwóch alternatywnym wymagań, a stanowisko to podziela spółka grupy kapitałowej producenta macierzy EMC Computer Systems Poland Sp. z o.o. będąca podmiotem wprowadzającym produktu EMQ do obrotu na terenie RP.

Oдноśnie zarzutu drugiego dotyczącego przełącznika odwołujący It.expert podniósł, iż:

1. zamawiający nie ograniczył wymagania w zakresie pamięci Flash do pamięci wewnętrznej urządzenia, co oznaczało iż dopuszczalne było zaoferowanie urządzenia z zewnętrzną pamięcią Flash

2. zastosowanie zewnętrznej pamięci Flash z uwagi na ograniczoną liczbę portów urządzenia determinowało wykorzystanie portu USB jako portu wykorzystywanego dla pamięci Flash
3. pomimo oczywistości stanu rzeczy określonego w pkt. 1 i 2 powyżej zamawiający nie wprowadził w SIWZ wymagania, aby w przypadku zastosowania zewnętrznej pamięci Flash (czy też jakiegokolwiek innego komponentu) urządzenie utrzymywało minimalną liczbę wolnych portów określona w tabeli 22.

W takim stanie rzeczy wykonawcy byli uprawnieni do zaoferowania pamięci Flash wykorzystującej jedyny port USB, co sprowadza się do konstatacji, iż omawianej kwestii oferta odwołującego It.expert jest zgodna z SIWZ.

Odnośnie trzeciego zarzutu dotyczącego braku określenia numeru wersji zaoferowanego programowania VMware VCenter Server 5 odwołujący It.expert podniósł, iż w żadnym z postanowień SIWZ zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie numeru wersji zaoferowanego oprogramowania. W formularzu oferty stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ w poz. 5 zamawiający wymagał jedynie wskazania nazwy oferowanego oprogramowania. Tym samym niezgodność treści oferty odwołującego It.expert z w treścią SIWZ nie występuje. Nadto dodał, iż o kompletności oferty decyduje zgodność podanych w ofercie danych zaoferowanego oprogramowania z wymaganiami zawartymi we wzorze formularza ofertowego (zgodność ta ma miejsce).

W dniu 29 września 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 2 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca Softex Data S.A. z siedzibą w Warszawie i Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwani dalej „konsorcjum Advarech”, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 2 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Innergo”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 2 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SOLIDEX S.A. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „wykonawcą SOLIDEX”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający, pismem z dnia 7 października 2014 r., złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.



**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołujących w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia konsorcjum Advatech do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 1981/14 z uwagi na to, że w terminie przewidzianym na zgłoszenie przystąpienia do udziału w postępowaniu, tj. do dnia 29 października 2014 r., zgłoszenie zostało wniesione w niewłaściwej formie, a mianowicie w formie faksowej, podczas gdy – zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp – zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Natomiast zgłoszenie przystąpienia w formie pisemnej wpłynęło do Izby w dniu 1 października 2014 r., a więc po upływie terminu na jego zgłoszenie. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni, wskazując stronę, do której przystępuje. Skoro więc zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia w dniu 26 września 2014 r. to zgłoszenie w przypisanej formie winno być wniesione najpóźniej w dniu 29 września 2014 r.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

#### **sygn. akt KIO 1981/14**

**Zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego Sygnity nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia”, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy w punkcie 1 „System Wirtualizacji (SW)”, podpunkt 3 „Oprogramowanie do wirtualizacji” podał iż „wymaga, aby oprogramowanie do wirtualizacji” m.in.: „posiadało centralną konsolę graficzną do

zarządzania i konfigurowania maszyn wirtualnych. Centralna konsola graficzna musi mieć możliwość działania jako aplikacja na maszynie fizycznej lub wirtualnej, jak również gotowa wstępnie skonfigurowana maszyna wirtualna tzw. virtual appliance.”.

Odwołujący Sygnity w formularzu ofertowym w punkcie 3 tabeli (str. 7 oferty) podał „Oprogramowanie do wirtualizacji VMware vSphere 5 Standard”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający, co jest niewątpliwe, w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia”, pkt 3 wyspecyfikował wymagania w stosunku do oprogramowania do wirtualizacji. Tak więc zaoferowane przez wykonawców oprogramowanie aby mogło być uznane za zgodne z treścią SIWZ powinno spełniać wszystkie z tych wymogów, w tym także wymóg dotyczący posiadania centralnej graficznej konsoli. Oprogramowanie do wirtualizacji VMware vSphere 5 Standard, a więc produkt w wersji, która jest powszechnie dostępna, nie posiada centralnej graficznej konsoli. Powyższe jest bezsporne. Bezsporne jest także, iż taka nazwa oferowanego produktu została podana w ofercie odwołującego Sygnity, jak również i to, że nigdzie w treści oferty tego wykonawcy nie zostało wskazane, iż pod nazwą tą – jak podniósł odwołujący Sygnity – zaoferowane zostało oprogramowanie zindywidualizowane na potrzeby przedmiotowego postępowania. Okoliczność tę przyznał odwołujący Sygnity w toku rozprawy. Stwierdził bowiem, że z treści jego oferty nie wynika, że oferowane jest oprogramowanie zindywidualizowane dla potrzeb tego zamawiającego i, że jest to produkt, który nie jest powszechnie dostępny. Wskazał przy tym, że zaoferowane oprogramowanie mimo, iż może być łączone, czy też tożsame z nazwą powszechnie dostępną to jednak jest rozwiązaniem zindywidualizowanym, dostosowanym do tego zamówienia. Niemniej jednak taka okoliczność (zindywidualizowania oprogramowania do wirtualizacji dla potrzeb tego konkretnego postępowania) nie została nigdzie w treści oferty wyartykułowana. Przeciwnie z treści oferty jednoznacznie wynika, że zaoferowano produkt powszechnie dostępny, który w tę funkcjonalność (posiadania centralnej graficznej konsoli) nie jest wyposażony. Przedłożone przez odwołującego Sygnity dokumenty pochodzące od producenta VMware dowodzą jedynie tego, że istnieje możliwość zindywidualizowania oprogramowania dla potrzeb danego zamówienia. Jednak z treści jego oferty okoliczność ta nie wynika. Dlatego też zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Z treści oferty odwołującego jednoznacznie bowiem wynika co wykonawca ten zaoferował. Pod nazwą tą występuje produkt istniejący i powszechnie dostępny na rynku, który nie jest wyposażony w centralną graficzną konsolę. Tak więc procedura wyjaśnienia treści oferty, w tym konkretnym przypadku, doprowadziłaby do zmiany treści oferty. Doszłoby bowiem do zastąpienia znanego powszechnie produktu produktem nieistniejącym jeszcze na rynku pod tą właśnie nazwą. Tymczasem procedura wyjaśnień nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek

zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą ograniczać się jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie i nie mogą prowadzić do zmiany w treści oferty. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten także nie potwierdził się.

#### **sygn. akt KIO 2008/14**

#### **Zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego It.expert nie potwierdził się.**

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaoferowania macierzy niespełniającej wymagań określonych w punkcie 8 „Zarządzanie” tabeli 4 „17 macierzy dyskowych o minimalnych parametrach” załącznika nr 1 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” Izba ustaliła, iż zamawiający postawił wymóg:

- „macierz musi umożliwiać definiowanie i obsługę dysków zapasowych tzw. „hot-spare” w trybach „hot-spare” (...)”
- macierz musi pozwalać na skonfigurowanie dowolnego dysku hot-plug w rozwiązaniu jako dysku zapasowego, niezależnie od miejsca jego fizycznej instalacji w dostarczonym rozwiązaniu lub utworzenie przestrzeni „spare” na wszystkich zasobach dyskowych macierzy”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z treści załącznika nr 1 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” jednoznacznie wynika, iż zamawiający w punkcie 2 tego załącznika podał „minimalne wymagania dla sprzętu”, wskazując m.in. jakie minimalne parametry powinna posiadać zaoferowana przez wykonawców macierz dyskowa. Zaoferowana macierz dyskowa powinna więc spełniać wymagania z tiretu 1 i 2 punktu 8 tabeli 4, przy czym każde z wyspecyfikowanych w tabeli wymagań ma charakter alternatywny. Tak więc wymaganie z tiretu 2 mogło być spełnione poprzez: skonfigurowanie dowolnego dysku hot-plug w rozwiązaniu jako dysku zapasowego, niezależnie od miejsca jego fizycznej instalacji w dostarczonym rozwiązaniu lub też utworzenie przestrzeni „spare” na wszystkich zasobach dyskowych macierz. Odwołujący It.expert podał, iż zaoferowana przez niego macierz spełnia pierwsze z wymagań określonych w tirecie 2 punktu 8 tabeli 4, tj. zaoferowana macierz pozwala na skonfigurowanie dowolnego dysku hot-plug w rozwiązaniu jako dysku zapasowego, niezależnie od miejsca jego fizycznej instalacji w dostarczonym rozwiązaniu. Macierz ta powinna więc pozwalać na skonfigurowanie dowolnego dysku bo taki właśnie wymóg postawił zamawiający w treści SIWZ (w ww. tirecie punktu 8). Tymczasem – co przyznał sam odwołujący It.expert – zaoferowane przez niego dyski Vault (ich nazwę podał odwołujący w treści odwołania, co oznacza, że odtajnił złożoną ofertę w tym zakresie) nie mogą zastępować dowolnych dysków macierzy, jak wymagał tego zamawiający, a jedynie dyski z

tej grupy dysków. Potwierdzeniem powyższego jest pismo z dnia 9 października 2014 r., z treści którego jednoznacznie wynika, że zaoferowana przez odwołującego It.expert macierz realizuje właściwości hot-spare wyłącznie dla grupy dysków Vault. A ponieważ zamawiający jednoznacznie wymagał aby zaoferowana macierz pozwalała na skonfigurowanie dowolnego dysku macierzy a nie jedynie dysku z pewnej grupy dysków oznacza to, że oferta odwołującego It.expert nie spełnia w tym zakresie wymogów postawionych przez zamawiającego w treści SIWZ.

Odnośnie zarzutu dotyczącego przełącznika Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia”, pkt 2 „minimalne wymagania dla sprzętu”, tabela 2 „34 sieciowe przełączniki 10GbE o minimalnych parametrach” wyspecyfikował swoje wymagania, w tym m.in. dotyczące ilości portów, podając „min. 1 port USB” oraz innych, w tym „, tj. „Pamięć Flash min 2 GB”.

Nadto odpowiadając na pytanie nr 36 (Czy zamawiający dopuszcza urządzenia, które nie posiadają portu USB?), zamawiający pismem z dnia 8 sierpnia 2014 r., podał, iż „podtrzymuje zapisy SIWZ i nie dopuszcza urządzeń nie posiadających co najmniej jednego portu USB”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z treści tak postawionych wymogów, jak i ich usytuowania w tabeli jednoznacznie wynika, że każdy z tych wymogów powinien być spełniony odrębnie. Zamawiający podał bowiem w SIWZ (OPZ) minimalne parametry przełącznika 10GbE a nie jego wyposażenia. A ponadto, odpowiadając na pytania wykonawców wyraźnie wskazał, iż nie dopuszcza urządzeń nie posiadających co najmniej jednego portu USB, tym samym nie zgadzając się na jego zajęcie. Tak więc wymagany przez niego port musi pozostawać wolny. Tym samym, przy tak skonstruowanej SIWZ, wykonawcy mogli zaoferować tylko taki przełącznik, który posiada min 2GB pamięci Flash oraz min 1 port USB bez zastosowania dodatkowych modułów zewnętrznych. Skoro więc odwołujący It.ekspert zaoferował urządzenie z zewnętrzną pamięcią Flash jego oferta jest w tym zakresie niezgodna z treścią SIWZ.

Odnośnie zarzutu dotyczącego nazwy oprogramowania przełącznika Izba ustaliła, iż zamawiający wymagał podania w pozycji 5 formularza ofertowego nazwy oferowanego oprogramowania do wirtualizacji.

Odwołujący It.ekspert podał nazwę oferowanego oprogramowania do wirtualizacji, zastrzegając tabelę z formularza ofertowego zawierającą tą informację, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż odwołujący It.ekspert w pozycji 5 tabeli w odniesieniu do konsoli nie wskazał pełnej nazwy oferowanego oprogramowania. Konsola do zarządzania maszynami wirtualnymi w oprogramowaniu do wirtualizacji – jak wykazał to zamawiający –

występuje na rynku w dwóch w wersjach w zakresie zasad licencjonowania, z których tylko jedna zapewnia w pełni możliwość rozbudowy systemu. Druga wersja tą możliwość zawęża, a tym samym jej zaoferowanie nie spełnia wymogów SIWZ. System będzie bowiem rozbudowywany, na co zwracał uwagę zamawiający, odpowiadając na pytania wykonawców. Skoro więc odwołujący It.expert nie podał pełnej nazwy oferowanego oprogramowania nie wiadomo jaki program faktycznie zaoferował. Dlatego też jego oferta jest w tym zakresie niezgodna z treścią SIWZ.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołujących w treści wniesionych odwołań.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie przez strony oraz uczestników postępowania, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocników: zamawiającego i przystępującego Innergo w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....