

Sygn. akt: KIO 1089/16

Sygn. akt: KIO 1090/16

## WYROK

z dnia 06 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ryszard Tetzlaff  
**Członkowie:** Anna Packo  
Agnieszka Trojanowska  
**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **05 lipca 2016 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **20 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **Dimension Data Polska Sp. z o.o., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1089/16)
- B. w dniu **20 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **Symmetry Sp. z o.o., ul. Z. Vogla 8 02-963 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1090/16)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministra Finansów, reprezentowanego przez Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, ul. Samorządowa 1, 02-601 Radom; adres do korespondencji: Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, Wydział Zamówień Publicznych ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1089/16** po stronie odwołującego
- B. wykonawców **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa; Kapsch Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** oraz **Konsorcjum Firm: 1) Asseco Poland S.A. - Lider konsorcjum, ul. Olchowa 14, 35 - 322\_Rzeszów; 2) Asseco Data Systems S.A. - Członek konsorcjum, ul. Żwirki i Wigury 15, 81-387 Gdynia** z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: **ul. Olchowa 14, 35 - 322 Rzeszów** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1089/16** po stronie zamawiającego
- C. wykonawców **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa; Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa; Kapsch Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa; Konsorcjum Firm: 1) Asseco Poland S.A. - Lider konsorcjum, ul. Olchowa 14, 35 - 322\_Rzeszów; 2) Asseco Data Systems S.A. - Członek konsorcjum, ul. Żwirki i Wigury 15, 81-387 Gdynia** z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: **ul. Olchowa 14, 35 - 322 Rzeszów** oraz **Dimension Data Polska Sp. z o.o., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1090/16** po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1A i B. oddala oba odwołania;**

**2. kosztami postępowania obciąża Dimension Data Polska Sp. z o.o., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa i Symmetry Sp. z o.o., ul. Z. Vogla 8 02-963 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Dimension Data Polska Sp. z o.o., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa i Symmetry Sp. z o.o., ul. Z. Vogla 8 02-963 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1089/16

Sygn. akt: KIO 1090/16

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę zintegrowanego środowiska teleinformatycznego dla Systemu Przetwarzania Rozproszonego wraz z usługami towarzyszącymi”, nr sprawy: PN/1/16/RZE, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 077-136194 z 20.04.2016 r. przez Skarb Państwa - Ministra Finansów, reprezentowanego przez Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, ul. Samorządowa 1, 02-601 Radom, adres do korespondencji: Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 09.06.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa zwana dalej: „Intertrading Systems Technology Sp. z o.o.” albo „Przystępującym w sprawie KIO 1089/16 oraz KIO 1090/16”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło Kapsch Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa zwana dalej: „Kapsch Sp. z o.o.” albo „Przystępującym w sprawie KIO 1089/16 oraz KIO 1090/16”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło Konsorcjum Firm: 1) Asseco Poland S.A. - Lider konsorcjum, ul. Olchowa 14, 35 - 322 Rzeszów; 2) Asseco Data Systems S.A. - Członek konsorcjum, ul. Żwirki i Wigury 15, 81 -387 Gdynia z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Olchowa 14, 35 - 322 Rzeszów zwane dalej: „Konsorcjum Asseco” albo „Przystępującym w sprawie KIO 1089/16 oraz KIO 1090/16”. Czwartą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło Dimension Data Polska Sp. z o.o., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa zwana dalej: „Dimension Data Polska Sp. z o.o.” albo „Odwołujący o sygn. akt: KIO 1089/16” albo „Przystępującym w sprawie KIO 1090/16”. Siódmą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło Symmetry Sp. z o.o., ul. Z. Vogla 8 02-963 Warszawa reprezentowana przez: M.L., adres do korespondencji: Symmetry Sp. z o.o. - M.L., ul. Z. Vogla 8, 02-963 Warszawa zwana dalej: „Symmetry Sp. z o.o.” albo „Odwołujący o sygn. akt: KIO 1090/16”. Dziesiątą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa zwana dalej: „Qumak S.A.” albo „Przystępującym w sprawie KIO 1089/16 oraz KIO 1090/16”.

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1089/16 – Dimension Data Polska Sp. z o.o.:**

W dniu 20.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Dimension Data Polska Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 09.06.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.06.2016 r. (e-mailem). Wnosił odwołanie wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego, tj.:

- a. wyboru oferty Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- b. zaniechania odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferowali serwery firmy Dell DELL PowerEdge R730 xd, w tym ofert wykonawców:
  - Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco;
- c. zaniechania wykluczenia w/w wykonawców ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
- d. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- a. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „Pzp” poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferowali serwery firmy Dell PowerEdge R730 xd, w tym ofert wykonawców Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco, mimo że ich treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, wraz odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego na pytania wykonawców), tzn. poprzez zaoferowanie serwerów o modelu Dell PowerEdge R730 xd, które:

I. wbrew wymogom Zamawiającego wskazanym w Załączniku C do SIWZ - Wzór Umowy oraz w treści odpowiedzi na pytania wykonawców, a także

II. wbrew udzielonym przez wykonawców Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco wyjaśnieniom oraz oświadczeniom producenta serwerów Dell

- nie posiadają opublikowanego wyniku testów *SPECint\_rate2006* dla zaoferowanych procesorów minimum dwunastordzeniowych na stronie internetowej [www.spec.org](http://www.spec.org), pomimo otrzymania przez Zamawiającego dnia 31.05.2016 r. informacji o niezgodności z SIWZ ofert ww. Wykonawców.

- b. art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę ofert złożonych przez wykonawców w Postępowaniu, podczas gdy co najmniej wykonawcy: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, w związku czym ,co najmniej wykonawcy: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco podlegają wykluczeniu z udziału ww. postępowaniu;

c. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;
- c. odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferowali serwery firmy Dell PowerEdge R730 xd, w tym ofert wykonawców: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco;
- d. wykluczenia z ww. Postępowania wykonawców, którzy zaoferowali serwery firmy Dell PowerEdge R730 xd i oświadczyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, że wynik testów *SPECint\_rate2006* oferowanego sprzętu jest publikowany na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org), w tym wykluczenia wykonawców: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco;
- e. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odnosnie niezgodność z SIWZ. Zamawiający w kolumnie Procesor, w pkt. 1 Serwery stelażowe - x86-64, 24 cCPU - min. 24 szt. Załącznika nr 2-Szczegółowe wymagania do Załącznika C do SIWZ -Wzór Umowy określił wymaganie:

Procesor	Minimum dwa procesory minimum dwunastordzeniowe osiągające w testach SPECint_rate2006 wynik nie gorszy niż 1050 (Baseline) punktów (w konfiguracji 2 procesorowej). Dla równoważnych procesorów wynik testu musi być publikowany na stronie <a href="http://www.spec.org">www.spec.org</a>
----------	--

Z treści udzielonej dnia 10.05.2016 r. przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie Nr 9.

Pytanie nr 9.

Czy Zamawiający dopuści dostarczenie serwera dla którego wynik testu na stronie [spec.org](http://spec.org) jest niedostępny, przy czym serwer ten będzie wyposażony w procesory przetestowane w innym serwerze osiągającym wymaganą minimalną ilość punktów (i taki też test będzie mógł być przedstawiony jako spełnienie wymagania SIWZ)?

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuści takiego rozwiązania, oraz z treści udzielonej dnia 20.05.2016 r. przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie Nr 4. W związku z powyższym prosimy, aby Zamawiający uwzględnił, jako spełniający warunek „procesor”, ofertę na serwery, których wyników na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) jeszcze nie ma, ale są wyniki dla konfiguracji dwuprocessorowych innych producentów, zawierających dokładnie ten sam model, typ i generację procesora.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę SIWZ.

wynika, iż Zamawiający wymagał ażeby wynik testów SPECint\_rate2006 dla procesorów minimum dwunastordzeniowych dla dostarczonych serwerów były opublikowane na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org). Powyższe potwierdzają pytania Zamawiającego zadane wykonawcom w wezwaniu do wyjaśnień z 02.06.2016 r. w treści *Czy wynik testu oferowanego sprzętu jest opublikowany na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) ?* Odwołujący wskazuje, iż na zadane przez Zamawiającego pytanie co najmniej wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco odpowiedzieli twierdząco. Przytoczone wyjaśnienia dowodzą również, że wykonawcy w sposób prawidłowy odczytali wymóg Zamawiającego obowiązkowej publikacji wyników testów SPECint\_rate2006 dla procesorów minimum dwunastordzeniowych dla dostarczonych serwerów na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org).

Z treści formularzy ofertowych wykonawców, a także z informacji z otwarcia ofert z 25.05.2016 r. wynika, iż 7-u z 18stu wykonawców, którzy złożyli ofertę w ww. postępowaniu zaoferowało celem realizacji zamówienia 27 serwerów - w tym wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco. Odwołujący stwierdza, że Wykonawcy ci zaoferowali serwery firmy Dell PowerEdge R730 xd. Fakt ten jednoznacznie i wprost wynika z wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., natomiast pośrednio wynika także z treści ofert Kapsch Sp. z oo. i Konsorcjum Asseco, co zostanie omówione poniżej.

W oparciu o treść SIWZ oraz znaną Odwołującemu część treści ofert Wykonawców, można ustalić, że również Wykonawcy Kapsch Sp. z oo. i Konsorcjum Asseco zaoferowali serwery firmy Dell PowerEdge R730 xd. Wynika to z faktu, iż zarówno Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., jak i Konsorcjum Asseco, zaoferowali 27 sztuk serwerów. Aby wymagania Zamawiającego w zakresie przestrzeni dyskowej były spełnione przy założeniu zaoferowania 27 serwerów, możliwe jest zaoferowanie właśnie wyłącznie serwera Dell PowerEdge R730 xd. Inne serwery Dell, w szczególności Dell PowerEdge R730 (bez dodatku „xd”) posiadają inne parametry w zakresie przestrzeni dyskowej, a więc - aby spełnić wymagania Zamawiającego, należałoby ich dostarczyć więcej, niż 27. Przykładowo - gdyby Wykonawca oferował serwer Dell PowerEdge R730 (bez dodatku xd), konieczne byłoby zaoferowanie przez niego co najmniej 53 serwerów. Tak więc - albo Wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., jak i Konsorcjum Asseco oferują serwery Dell PowerEdge R730 xd - i wówczas ich oferty są niezgodne z treścią SIWZ, ponieważ dla tych serwerów nie opublikowano wyniku testów SPECint\_rate2006 na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org), albo oferują inne serwery - i wówczas ich oferty są niezgodne z treścią SIWZ ponieważ nie spełniają wymagania w zakresie przestrzeni dyskowej

(posiadania przez dostarczone środowisko 3400 TB przestrzeni dyskowej). Wynika to z następujących okoliczności:

Zamawiający wymagał w pkt. 2 ROZDZIAŁ I. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA SIWZ aby dostarczone środowisko posiadało 3400 TB przestrzeni dyskowej:

2. Wykonawca musi dostarczyć serwery spełniające ponadto poniższe warunki:

2.1. sumaryczna ilość przestrzeni dyskowej na dane w dostarczanych serwerach minimum 3400 TB; Serwer Dell R730xd pozwala na włożenie 16 dysków 3,5" o pojemności 8TB. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił całkowitą wymaganą pojemność dyskową we wszystkich serwerach łącznie. Zatem najmniejsza ilość dostarczanych serwerów wynika z prostego obliczenia - podzielenia 3400TB przestrzeni dyskowej przez iloczyn 16 dysków oraz pojemności 8TB przestrzeni dyskowej, czyli  $3400TB/(16*8TB)=26,5625$  (najmniejsza ilość dostarczanych serwerów dla 16 dysków) Pozostałe modele serwerów oferowane przez producenta Dell (dla których dostępna jest publikacja wyników testów na [www.spec.org](http://www.spec.org)): 530,530xd R720, R720XD, R730 mają mniejszą ilość dysków, jakie można włożyć do serwera albo zostały wycofane ze sprzedaży, np. do modelu R730 można włożyć tylko 12 dysków 3,5" o pojemności 8TB. Zatem proponując serwer R730xd z większą ilością dysków -16 szt., można było zaoferować mniejszą liczbę serwerów w ilości 27 sztuk i spełnić wymóg całkowitej pojemności dyskowej łącznie określonej przez zamawiającego na 3400TB. Poniżej wykonawca przedstawia tabelę serwerów oferowanych przez producenta Dell, z której wynika, iż tylko jeden model R730xd może spełnić wymagania z SIWZ dotyczące przestrzeni dyskowej, przy zaoferowaniu najmniejszej ilości 27 serwerów.

Serwer	Pojemność dysku TB	Ilość dysków	Pojemność serwera	Wymagana przestrzeń dyskowa	Minimalna ilość serwerów spełniająca wymogi SIWZ
530	8	8	64	3400	53
530xd	8	12	96	3400	35
R720	wycofany ze sprzedaży				
R720XD	wycofany ze sprzedaży				
R730	8	8	64	3400	53
R730XD	8	16	128	3400	27

Wykonawca wskazał, iż na stronie ze [www.spec.org](http://www.spec.org) nie zostały opublikowane informacje dotyczące osiągania przez jakiegokolwiek procesory - np. procesory Intel Xeon E5-2690 v4, w testach SPECint\_rate2006 wyniku nie gorszego niż 1050 (Baseline) punktów (w konfiguracji 2 procesorowej) w serwerze o modelu Dell R730xd.

Co prawda, na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) są dostępne wyniki testów procesorów dla serwera o modelu: Dell R730, jednakże choćby w dokumentacji technicznej DELL ogólnie



dostępnej na oficjalnej stronie Dell pod adresem: <http://i.dell.com/sites/doccontent/shared-content/data-sheets/en/Documents/Dell-PowerEdge-R730-and-R730xd-Technical-Guide-vl-7.pdf>, w szczególności na str. 21 np. specyfikacji - znajduje się informacja, iż nie wszystkie procesory wspierane przez Dell R730 są wspierane przez Dell R730xd. W związku z powyższym, nie można przyjąć, że wynik testów SPECint\_rate2006 opublikowany na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) dla serwera Dell R730 byłby tożsamy z opublikowanym wynikiem dla serwera R730xd. W szczególności wynik opublikowany dla serwera R730 może być niedostępny dla serwera R730xd ze względu na brak wsparcia dla procesora. Przy czym Odwołujący pragnie podkreślić, iż na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) dostępne są wyniki testów dla innych serwerów oferowanych przez Dell: zarówno dla modelu 530, jak i 530xd, zarówno dla modelu R720, jak i dla modelu 720xd. Ponadto Odwołujący pragnie wskazać, iż wskazany przez Zamawiającego SPEC, czyli Standard Performance Evaluation Corporation - podmiot zajmujący się oceną standardowej pracy komputerów, czyli zamieszczaniem tzw. benchmarków, w tym przypadku benchmarku związanego z testami procesorów dla danego modelu serwera jest niekwestionowanym niezależnym podmiotem, który jest w stanie obiektywnie zweryfikować informacje na temat wyników testów podawane przez producentów urządzeń. Wbrew oświadczeniom producentów wyniki testów publikowane na [www.spec.org](http://www.spec.org) różnią się od tych podawanych przez producentów, gdyż producenci urządzeń często zawyżają wyniki testów dla swoich urządzeń. Powyższe potwierdza zatem, że wbrew jednoznacznym odpowiedziom Zamawiającego dotyczącym wymogu takiej publikacji co najmniej ww. wykonawcy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, oferując model serwera Dell R730xd w ilości 27 sztuk, dla którego nie jest dostępna publikacja wyników testów dla procesorów minimum dwunastordzeniowych na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org);

Przytoczone przez Odwołującego okoliczności oraz dowody potwierdzają, iż:

- 1) Zamawiający wymagał obowiązkowej publikacji wyników testów SPECint\_rate2006 dla procesorów minimum dwunastordzeniowych dla dostarczonych serwerów na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org), mając czego świadomość, co najmniej wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., jak i Konsorcjum Asseco oświadczyli, że wynik oferowanego sprzętu jest publikowany na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org);
- 2) oświadczenie przez co najmniej ww. wykonawców w formularzu ofertowym dostarczenia 27 serwerów, w świetle przytoczonych dowodów dostępnych Odwołującemu, a także dowodów do których dostęp ma oprócz wykonawcy, którego dotyczą, tylko Zamawiający oraz skład orzekający KIO oznacza, iż co najmniej wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., jak i Konsorcjum Asseco zaoferowali model serwera Dell PowerEdge R730 xd;
- 3) modelu Dell PowerEdge R730 xd nie należy utożsamiać z modelem Dell PowerEdge

R730, oba modele się od siebie różnią, dla obu modeli mogą wyjść różne wyniki testów;

4) dla modelu Dell PowerEdge R730 xd zaoferowanego przez co najmniej wykonawców: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., jak i Konsorcjum Asseco, wbrew wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w SIWZ na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) nie zostały opublikowane wyniki testów SPECint\_rate2006 dla procesorów minimum dwunastordzeniowych, co potwierdza, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia ofert co najmniej wykonawców: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., jak i Konsorcjum Asseco pomimo, iż są one niezgodne z SIWZ, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Podanie przez co najmniej wykonawców: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., jak i Konsorcjum Asseco nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, w skutek czego treść złożonych przez nich ofert nie spełnia warunku publikacji wyników testów specint\_rate2006 dla procesorów minimum dwunastordzeniowych dla dostarczonych serwerów. Odwołujący wskazuje, iż z uzyskanych poprzez wgląd do ofert dokumentów wynika, iż co najmniej wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., jak i Konsorcjum Asseco spośród wykonawców, którzy wskazali w formularzu ofertowym, iż oferują wykonanie zamówienia przy pomocy 27 serwerów, załączyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień odnośnie zaoferowanych serwerów żądane wyjaśnienia. Z przytoczonych wyjaśnień wynika jak zostało wspomniane powyżej, że wykonawcy w sposób prawidłowy odczytali wymóg Zamawiającego obowiązkowej publikacji wyników testów SPECint\_rate2006 dla procesorów minimum dwunastordzeniowych dla dostarczonych serwerów na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org), a co najważniejsze ww. wykonawcy w treści udzielonych wyjaśnień oświadczyli, iż wynik testu oferowanego sprzętu jest publikowany na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org). Biorąc pod uwagę, iż Odwołujący wykazał powyżej, iż co najmniej wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., jak i Konsorcjum Asseco zaoferowali model serwera Dell PowerEdgde R730xd niezgodny z SIWZ, a z załączonego do Odwołania poświadczenia notarialnego wynika, iż na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) nie zostały opublikowane informacje dotyczące osiągania przez jakiegokolwiek procesory - np. procesory Intel Xeon E5-2690 v4, *w testach SPECint\_rate2006 wyniku nie gorszego niż 1050 (Baseline) punktów (w konfiguracji 2 procesorowej) w serwerze o modelu Dell R730xd.*, należy stwierdzić, iż co najmniej ww. wykonawcy składając oświadczenia woli w odpowiedziach na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oświadczyli nieprawdę, wskazując, iż wyniki testów procesorów dla zaoferowanego przez nich modelu serwera Dell R730 xd zostały opublikowane na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org). Mając na uwadze przykłady publikacji dla serwerów Dell o modelu R720 i R720 xd, a także Dell o modelu 530 i 530xd, o czym była mowa we wcześniejszej treści Odwołania nie sposób uznać, iż przedstawienie

np. przez wykonawcę Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. wyników testów dla serwera Dell R730 jest równoznaczne z przedstawieniem dowodu na spełnienie wymogu publikacji na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) dla oferowanego przez Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. serwera Dell R730xd.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE.L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: "dyrektywa 2004/18/WE" lub "dyrektywa klasyczna"). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Niewątpliwie, w ocenie Odwołującego zostały spełnione wszelkie przesłanki do wykluczenia co najmniej wykonawców: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., jak i Konsorcjum Asseco na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie sposób uznać, że działania ww. wykonawców były nieświadome, profesjonalny podmiot realizujący dostawy podobne do przedmiotu zamówienia oświadczając, iż wyniki testu oferowanego sprzętu działał w sposób nieświadomy. Powyższe wyklucza zatem nawet ewentualne twierdzenia, że jako profesjonalista w danej dziedzinie co najmniej 3 pierwsi wykonawcy w rankingu po wyborze najkorzystniejszej oferty dopuścili się niedbalstwa (wina nieумыślna), tzn. co najmniej posłużyli się w postępowaniu nieprawdziwymi informacjami, nie weryfikując informacji przekazywanych im choćby przez producenta serwera firmę Dell. Oczywistym jest również fakt, że informacje na temat tego, czy wynik testu oferowanego sprzętu jest publikowany na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż ich złożenie przesądza o zgodności złożonej oferty z wymogami wskazanymi w treści SIWZ (wraz z odpowiedziami na pytania wykonawców), tym samym w przypadku złożenia odpowiedzi negatywnej na pytanie zadane przez Zamawiającego oferty co najmniej ww. wykonawców podlegałyby obowiązkowemu odrzuceniu. Spełnienie przesłanek wykluczenia co najmniej wykonawców: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z oo., jak i Konsorcjum Asseco określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp potwierdzają poniżej wyroki KIO z 23.07.2015 r. sygn. akt: KIO 1425/15, wyrok KIO z 24.04.2015 r. KIO 726/15 oraz wyrok KIO z 26.05.2015 r., KIO 968/15.

Zamawiający w dniu 20.06.2016 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Qumak S.A., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Kapsch Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Asseco zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

#### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/16 – Symmetry Sp. z o.o.:**

W dniu 20.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Symmetry Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 09.06.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.06.2016 r. (e-mailem). Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców, wśród których Zamawiający dopuszcza do udziału w realizacji zamówienia wykonawców, którzy nie złożyli oferty z określeniem zakresu ich świadczenia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert które nie spełniają warunków SIWZ, w szczególności nie zawierają precyzyjnego określenia zakresu świadczenia wykonawcy, to jest ofert wykonawców Intertrading Systems Technology Sp. z o.o.; Kapsch Sp. z o.o.; Konsorcjum Asseco Poland S.A., Asseco Data Systems S.A.; Dimension Data Polska Sp. z o.o.; Integrated Solution Sp. z o.o.; Atende S.A.; Konsorcjum iCreation Sp. z o.o. oraz Softblue S.A.; Group AV Sp. z o.o.; Qumak S.A.; FHU Diament D.B.; Polcom Sp. z o.o.; IT Locus Sp. z o.o.;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wybór oferty niespełniającej kryteriów określonych w SIWZ;
- 4) art. 91 ust. 2 Pzp - poprzez błędne zastosowanie kryteriów oceny ofert i błędne

przyznanie punktacji ofertom które powinny zostać odrzucone, a co za tym idzie błędne przyznanie punktów Odwołującemu;

5) inne, wskazane w uzasadnieniu odwołania. Wskazując na powyższe - wnosił o:

1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;

2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Intertrading Systems Technology Sp. z o.o.; Kapsch Sp. z o.o.; Konsorcjum Asseco Poland S.A., Asseco Data Systems S.A.; Dimension Data Polska Sp. z o.o.; Integrated Solution Sp. z o.o.; Atende S.A.; Konsorcjum iCreation Sp. z o.o. oraz Softblue S.A.; Group AV Sp. z o.o.; Qumak S.A.; FHU Diament D.B.; Polcom Sp. z o.o.; IT Locus Sp. z o.o. jako niespełniających wymogów SIWZ,

4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwołującego oraz ADT Group Sp. z o.o., ITC S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa zwana dalej: „ITC S.A.”;

5) nakazanie Zamawiającemu uznania, że oferta Odwołującego spełnia wymogi SIWZ i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia ofert na realizację usługi podstawowej oraz rozszerzonej - zgodnie z Rozdz. I SIWZ. Poza innymi elementami oferta miała zawierać wskazanie ilości oferowanych serwerów z racji na wskazany w SIWZ wymóg dostawy określonej ilości serwerów:

*„Przedmiotem zamówienia jest:*

*1.1. Dostawa minimum 24 serwerów x86-64 (...),*

*PRAWO OPCJI:*

*1.7.1. Dostawa maksymalnie 10 szt. serwerów x86-64,(...)”.*

W zależności od zaproponowanej ilości serwerów, Zamawiający przyznawał ofertom punktację, preferując jak najmniejszą ilość serwerów. W treści formularza ofertowego konieczne było wskazanie ilości serwerów, przy czym Zamawiający zastrzegł też, wymaga podania ilości serwerów, której niepodanie będzie podstawą do odrzucenia oferty, zaś ilości serwerów nie mogły być uzupełnione po otwarciu ofert.

W efekcie powyższego, Zamawiający mógł inaczej traktować wykonawców, którzy w treści oferty wskazali łączną ilość serwerów (zamówienie podstawowe + zamówienie w ramach prawa opcji) a inaczej podmioty które wskazały tylko ilość serwerów w ramach zamówienia podstawowego. Prowadzi to do oceny ofert z uwzględnieniem kryterium z SIWZ w sposób nieuzasadniony, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Oznacza to także niemożliwość porównania ofert wykonawców gdyż niektóre z nich nie

zawierały wszystkich wymaganych elementów (w szczególności ilości serwerów oferowanych w ramach prawa opcji). Należy też zwrócić uwagę, że Zamawiający w treści SIWZ wskazał, że oczekuje dostawy minimum 24 serwerów w zamówieniu podstawowym oraz maksymalnie 10 szt. serwerów w ramach opcji. Oznacza to, że złożenie oferty bez uwzględnienia dokładnej ilości nie pozwala na określenie przedmiotu świadczenia po stronie wykonawcy i nie spełnia wymogów Zamawiającego. Każdy z wykonawców, powinien wskazać dokładną i konkretną ilość serwerów (zgodnie z zapisami SIWZ łącznie: zamówienie podstawowe + zamówienie w ramach prawa opcji). Nie ma też żadnego kryterium lub wzoru przelicznika wartości zamówienia dotyczącego prawa opcji na liczbę serwerów. Stąd niemożliwe jest wywiedzenie przez Zamawiającego jaka liczba serwerów została podana przez wykonawców. O ile Zamawiający doprecyzował w trybie zapytania czy liczba wskazana w ofertach poszczególnych wykonawców jest liczbą z zamówienia podstawowego to nie oznaczało to automatycznie uznania ilości serwerów w ramach opcji, zaś wskazanie takiej liczby przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie było niedopuszczalną modyfikacją ofert, co jest niedozwolone na tym etapie postępowania. Ponadto, w załączniku do SIWZ w postaci wzoru umowy jaka będzie zawierana z wykonawcą wskazano w Załączniku nr 1 miejsce na wpisanie szczegółowego wykazu sprzętu dostarczanego w ramach prawa opcji. Bez treści oferty określającej co najmniej ilości serwerów nie sposób uzupełnić zatem treść umowy, gdyż dojdzie do niedozwolonej negocjacji treści oferty z wykonawcą, celem dookreślenia parametru ilości serwerów aby zawarcie umowy mogło się wydarzyć.

W przedmiotowym postępowaniu, po otwarciu ofert Zamawiający przesłał zestawienie, z którego wynikało że wpłynęło ich 18. W zestawieniu ofert Zamawiający przepisał niektóre elementy z treści ofert wykonawców. Zawierały one m.in. cenę oferty z rozróżnieniem na część podstawową oraz opcję, jak też ilość serwerów. Dodatkowo, Zamawiający zwrócił się do Wykonawców pismem z 07.06.2016 z wnioskiem o potwierdzenie, czy ilości serwerów wskazane w ofertach dotyczą realizacji zamówienia podstawowego. Po weryfikacji przez Odwołującego ofert, okazało się, że jedynie oferta Odwołującego oraz ADT Group Sp. z o.o. i ITC S.A. zawiera wyraźne wskazanie ilości zaoferowanych serwerów w zamówieniu podstawowym oraz w prawie opcji (pomijamy oferty wykonawców wykluczonych. Natomiast pozostali wykonawcy nie wskazali w ogóle ilości oferowanych serwerów w ramach prawa opcji, podali jedynie kwotę wynagrodzenia za jego realizację. W związku z powyższym nie ma możliwości dokonania oceny tego, jaką ilość serwerów taki wykonawca zaoferował, nawet jeżeli udzielił w tym zakresie wyjaśnień po terminie składania ofert, na wezwanie Zamawiającego. W efekcie powyższego, Zamawiający nie mógł przyjąć domniemania co do ilości serwerów w opcji zaoferowanych przez innych wykonawców (w SIWZ określono wymaganie dostawy w prawie opcji MAKSYMALNIE. 10

sztuk serwerów - Rozdział I SIWZ, punkt 1.7, podpunkt 1.7.1). Liczby serwerów, czy to w opcji czy w zamówieniu podstawowym, nie można zmodyfikować po terminie składania ofert gdyż byłoby to sprzeczne zarówno z PZP jak i treścią SIWZ. To z kolei implikuje, że aby określić faktyczny zakres opcji w pozostałych ofertach, konieczne jest przeprowadzenie przez Zamawiającego procedury negocjacji lub wyjaśnień, która dopiero doprowadzi do wskazania ilości serwerów zaoferowanych przez tych wykonawców. Jednakże taka procedura uzgadniania treści oferty jest niezgodna z przepisami Pzp w odniesieniu do trybu postępowania jaki został wybrany przez Zamawiającego. To z kolei oznacza, że wszystkie oferty które nie zawierały wyszczególnienia ilości serwerów w opcji nie spełniają wymogu postawionego przez Zamawiającego co do ilości serwerów. Samo podanie kwoty za realizację usługi opcji nie pozwala na ocenę jaki zakres usługi jest oferowany przez tych wykonawców. Co więcej, są to braki ofert których nie można w żaden sposób uzupełnić, gdyż byłoby to sprzeczne zarówno z zasadami SIWZ, jak też zasadami Pzp. Zwrócił uwagę na wyrok KIO z 25.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2170/13; KIO 2179/13; KIO 2180/13. W przypadku umożliwienia jakiegokolwiek dowolności w interpretacji oferty Wykonawcy, a co za tym idzie możliwości dokonywania weryfikacji lub uszczegółowienia treści oświadczenia woli wykonawcy na etapie późniejszym niż składanie oferty, nie może ostać się oferta która daje taką możliwość. W przedmiotowym przypadku, gdyby doszło do podpisania umowy przykładowo z wykonawcą którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie będzie możliwe przepisanie z treści oferty zakresu usługi zaoferowanej przez wygrywającego wykonawcę w zakresie prawa opcji, gdyż nie wskazał on zakresu usługi dodatkowej. Analogiczna sytuacja miałaby miejsce w przypadku któregośkolwiek z pozostałych wykonawców którzy nie wskazali zakresu opcji oferty. Wskazanie konkretnej ilości serwerów było koniecznym zobowiązaniem Wykonawcy do uwzględnienia w treści oferty i bez tego elementu nie mogło być mowy o wskazaniu zakresu świadczenia przez oferenta. W kontekście powyższego, w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp znajdujemy nakaz odrzucenia oferty, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki wymienionej w tym artykule obligatoryjnie zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wskazał zakresu oferowanego przez siebie świadczenia. Nie ma w takiej sytuacji obowiązku stosowania przykładowo art. 26 ust. 3 Pzp i wzywania do uzupełniania dokumentów, jak też wezwania do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, bo to z kolei prowadziłoby do niedozwolonego dookreślania treści oferty, a więc jej zmiany po upływie wyznaczonego terminu złożenia. Tym samym, skoro Zamawiający oczekiwał wskazania liczby serwerów i był to element kryterium oceny ofert oraz element następnie uzupełniany w treści umowy, zatem niepodanie tego elementu w ofercie oznacza niezgodność oferty z SIWZ. Taką ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - podobnie wyrok z 24.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2480/10. Przytoczył wyrok KIO z 25.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2170/13; KIO 2179/13; KIO 2180/13.

Skoro w przedmiotowej sprawie istotą zamówienia dodatkowego było dostarczenie określonej liczby serwerów dla Zamawiającego, to musi on wiedzieć na obecnym etapie postępowania jakie świadczenia zostały zaoferowane przez poszczególnych wykonawców, aby chociażby móc odpowiednio uzupełnić umowę. W przeciwnym wypadku, w odróżnieniu od wykonawców którzy wskazali ten parametr w ofercie, pozostali wykonawcy mogą przykładowo zaoferować na etapie podpisywania umowy po jednym serwerze, w odróżnieniu od 10 serwerów oferowanych przez Odwołującego. W takiej sytuacji Zamawiający nie będzie miał możliwości domagania się spełnienia świadczenia w określonej w ofercie treści, gdyż oferta nie zawiera takiego doprecyzowania. Nawet gdyby przyjąć, że wyjaśnienia składane przez wykonawców w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego doprowadziły do doprecyzowania treści oferty, to należy pamiętać, że taka procedura jest możliwa gdy treść oferty (zobowiązania wykonawcy) jest odpowiednia do wymagań SIWZ, a brakuje jedynie jej potwierdzenia w odpowiednim dokumencie. W innym bowiem przypadku, braku samego zaoferowania odpowiedniego świadczenia o charakterze istotnej treści oferty, oferta taka podlega odrzuceniu, zatem uzupełnianie dokumentów przedmiotowych byłby bezcelowe - podobnie jak czytamy w wyroku KIO 2170/13; KIO 2179/13; KIO 2180/13.

Co więcej, skoro Zamawiający wymagał wskazania określonego parametru w treści oferty - wyraźnie precyzując ten wymóg w formularzu ofertowym oraz zaznaczając, że nie będzie możliwe wskazanie tego parametru na dalszym etapie postępowania, zaś jego brak będzie skutkował odrzuceniem oferty, tym samym Zamawiający powinien był konsekwentnie odrzucić oferty które nie zawierały tego wymaganego elementu. Przy braku takiego zachowania Zamawiającego prowadzi to do nierównego traktowania wykonawców, z których jedni są oceniani w kontekście wszystkich elementów oferty, zaś pozostali tylko wybiórczo. Prowadzi to też do sytuacji gdy niektórzy wykonawcy mogą doprecyzować treść oferty w oparciu o wiedzę na temat ofert pozostałych wykonawców - dzięki czemu zyskają znaczną przewagę rynkową. Mogą także zyskać na samej okoliczności, że zaoferują świadczenie o wartości (ilości) mniejszej niż pozostali konkurencji, znacznie zwiększając swój zysk i marżę a to z kolei stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji. W zaistniałej sytuacji Zamawiający pozbawiony jest możliwości określenia treści oferty wykonawców, którzy nie wskazali parametrów zamówienia w ramach prawa opcji, zaś wszelka korespondencja lub rozmowy z wykonawcami w celu doprecyzowania oferty są niedopuszczalne. Wskazał na wyrok o sygn. akt: KIO 2773/13.

Podkreślił, że ilość serwerów oferowanych w ramach dodatkowego świadczenia jest elementem istotnym dla realizacji zamówienia, dla Zamawiającego oraz wykonawców, gdyż odnosi się do znaczących wartości pieniężnych (z treści ofert wynika, że usługa opcji została wyceniona przez wykonawców w przedziale od 246.000,00 zł do 2.639.334,00 zł), co także potwierdza brak możliwości precyzowania jej na dalszym etapie postępowania oraz



obowiązek odrzucenia - tak wyrok KIO z 05.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1465/14. W żadnym wypadku nie można stwierdzić, że doprecyzowanie zakresu świadczenia o tak dużej wysokości jest na tyle nieistotne, że mogło być doprecyzowane lub brak taki mógł zostać usunięty. W podobnej sprawie KIO w wyroku z 30.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1897/14; KIO 1899/14. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, gdzie wykonawcy wskazani powyżej nie złożyli w ogóle zobowiązania do realizacji opcji a jedynie wycenili je na określoną w ofercie wartość, zatem w efekcie nie zaoferowali świadczenia, jakiego żądał Zamawiający. Trzeba mieć na względzie jeszcze jeden aspekt związany ze sposobem opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego oraz opisem zawartym w treści ofert. Przy założeniu, że każdy z wykonawców którzy zawarli w treści oferty tylko zakres świadczenia podstawowego oraz niemożliwości modyfikacji oferty co do ilości serwerów, wykonawcy którzy zaoferowali ilość serwerów podstawowych nie zaoferowali w ogóle rozwiązania w ramach prawa opcji, gdyż ich oferta opiewa tylko i wyłącznie na ilość serwerów podstawowych i tego parametru oferty nie można modyfikować. Co więcej, biorąc pod uwagę treść SIWZ oraz parametrów i wymogów technicznych postawionych przez Zamawiającego, w razie niezaoferowania serwerów w ramach prawa opcji, w ogóle nie będzie możliwe zapewnienie funkcjonalności oczekiwanej przez Zamawiającego. Innymi słowy, Zamawiający w wymaganiach technicznych oczekiwał spełnienia określonych funkcjonalności od dostarczanej konfiguracji — zarówno w zamówieniu podstawowym, jak też w ramach prawa opcji. W ocenie Odwołującego, takie funkcjonalności można zapewnić dzięki określonej liczbie serwerów. Zamawiający oceniał, że do realizacji zamówienia podstawowego konieczne jest dostarczenie minimum 24 serwerów, aby osiągnąć określone parametry funkcjonalne. Niektórzy wykonawcy w tym Odwołujący przyjęli, że osiągnięcie parametrów wymaganych przez Zamawiającego jest możliwe dopiero przy dostawie większej ilości serwerów to jest 27 szt. w ramach zamówienia podstawowego i 10 sztuk w ramach prawa opcji. Inni wykonawcy być może są w stanie zapewnić te same funkcjonalności z mniejszą ilością serwerów, ale to Zamawiający musi mieć możliwość weryfikacji na etapie oceny ofert, czy dana oferta zapewni oczekiwaną funkcjonalność. Skoro Zamawiający był w stanie weryfikować oferty według ilości serwerów, tym samym bez podania tego parametru nie była możliwa ocena czy dana konfiguracja spełnia wymogi techniczne - jako całość, jako zamówienie podstawowe, jako opcja. W efekcie powyższego potwierdza się twierdzenie, że oferty wykonawców którzy nie wskazali ilości serwerów nie mogą ostać się w przedmiotowym postępowaniu i powinny zostać odrzucone, gdyż nie spełniają warunków SIWZ. W ślad za powyższą argumentacją, zwracamy uwagę, że Zamawiający oczekiwał podania określonej ilości serwerów - łącznej ilości serwerów w zamówieniu podstawowym oraz w opcji. Zatem, od strony technicznej, w przypadku braku informacji o ilości serwerów w zamówieniu podstawowym i w opcji - można przyjąć, że w przypadku mniejszej liczby

serwerów łącznie niż 34 sztuki, żaden Wykonawca nie spełni wymagania określonych w SIWZ, ponieważ nie ma na rynku serwerów, które w ilości mniejszej niż 34 sztuki spełniają wymagania techniczne Zamawiającego. Minimalna liczba serwerów w zamówieniu podstawowym to 24 sztuki, więc jeśli w opcji Zamawiający zastrzeżę sobie prawo do zamówienia maksymalnie 10 sztuk i tyle też jest wymagane aby zapewnić wymaganą przez Zamawiającego zgodność z wymogami SIWZ, to minimalnie każdy z wykonawców powinien zaproponować 34 serwery. W przeciwnym razie, wykonawca który wskazał 24 serwery w zamówieniu podstawowym, nie może spełnić zamówienia w opcji, gdyż nie wskazał jaka ilość serwerów przypada na opcję. To z kolei prowadzi do wniosku, że bez podania dokładnych ilości z zamówienia podstawowego i z opcji oferty są nieporównywalne. Te oferty które nie mają wyszczególnienia parametrów ilościowych oczekiwanych przez Zamawiającego nie spełniają wymogów SIWZ. W treści SIWZ a następnie w formularzu ofertowym serwery nie są rozdzielone na podstawowe i opcjonalne, zaś konieczne było podanie cenę za całość oferty, więc Wykonawcy powinni wpisać wszystkie serwery jakie proponują (podstawa i opcja), i dopiero wówczas Zamawiający mógłby oceniać oferty - i taką możliwość Zamawiający ma stosunku do oferty Odwołującego oraz wykonawców wskazanych w treści odwołania. Dla oceny ofert kluczowe jest użycie słowa „maksymalnie 10 szt.” - gdyż wprowadza górną granicę oferowanych urządzeń, ale też zakreśla konieczność doprecyzowania ilości, która w żaden sposób nie może być domniemana. Reasumując, w kontekście przedstawionego uzasadnienia niewątpliwie Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania kryterium oceny ofert i wyboru oferty spośród wskazanych w końcowym zestawieniu. Zdecydowana większość ofert zasługiwała na odrzucenie z racji na niespełnianie wymogów SIWZ - co do określenia podstawowego parametru - ilości serwerów. Działanie Zamawiającego polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. zasługuje na unieważnienie, zaś oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający w dniu 20.06.2016 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Qumak S.A., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została

przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Kapsch Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Asseco zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 23.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Dimension Data Polska Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

#### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1089/16\_1090/16:**

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt: KIO 1089/16.

W dniu 04.07.2016 r. (e-mailem – podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy kwalifikowanego certyfikatu) Zamawiający wobec obu wniesionych odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania o sygn. akt: KIO 1090/16. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Względem odwołania o sygn. akt: KIO 1090/16.

W ocenie Zamawiającego nie nastąpiły żadne okoliczności, które uprawniałyby Odwołującego do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie Wykonawców. Zamawiający w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami i z należytą starannością dokonał badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym także oferty Odwołującego. Okoliczność, że oferta Odwołującego uplasowała się na poz. 9 nie może być przez Odwołującego traktowane jako objaw nierównego traktowania Wykonawców przez Zamawiającego lub prowadzenia przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji. Niekorzystne dla Odwołującego w postępowaniu miejsce – ilość punktów jaką otrzymał - jest pochodną ceny, jaką Odwołujący zaoferował w formularzu ofertowym za całość zamówienia i ilości serwerów, jaką

zapropował do zrealizowania zamówienia podstawowego. Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert, tj. w dniu 07.06.2016 r., zwrócił się do Wykonawców w trybie art. 87 ust 1 Pzp o wyjaśnienia czy wskazana liczba serwerów w formularzu ofertowym dotyczy wyłącznie zamówienia podstawowego? Zamawiający zwrócił się do dwunastu z osiemnastu wykonawców, którzy złożyli oferty, wyjaśnienia otrzymał od wszystkich Wykonawców, z informacją, iż w formularzu ofertowym wskazali liczbę serwerów dla zamówienia podstawowego. Właśnie ta czynność, której dokonał Zamawiający miała na celu ustrzeżenie się przed zarzutem nierównego traktowania Wykonawców przy przyznawaniu punktów za ilość serwerów. W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający jako kryterium oceny ofert wskazał ilość oferowanych serwerów, i tak dla:

S =	liczba serwerów	<b>mniej niż 25</b>	<b>25-26</b>	<b>27-28</b>	<b>29-30</b>	<b>31-32</b>	<b>więcej niż 32</b>
	liczba punktów za daną ilość serwerów	10 pkt	8 pkt	6 pkt	4 pkt	2 pkt	0 pkt

gdzie punktowane miały być najlepsze rozwiązania technologiczne spełniające wymagania Zamawiającego.

Ponadto jak sam Odwołujący zauważył, Zamawiający wskazał w Rozdz. I pkt 1. SIWZ, że

1. „Przedmiotem zamówienia jest:

1.1. Dostawa minimum 24 serwerów x86-64, (...)

1.7. PRAWO OPCJI:

1.7.1. Dostawa maksymalnie 10 szt. serwerów x86-64, (...).”

Oczywistym jest, więc że Wykonawcy mieli wpisać w formularzu ofertowym ilość oferowanych serwerów dla zamówienia podstawowego które jako jedyne mogły podlegać punktacji przez Zamawiającego, gdyż:

Jak twierdzi błędnie Odwołujący, suma ilości serwerów dla zamówienia podstawowego i dla prawa opcji nie mogłaby być przez Zamawiającego punktowana, gdyż żaden z Wykonawców nie mógłby otrzymać dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert „Ilość serwerów (S)”, ponieważ 24 serwery (minimalna ilość serwerów wymagana przez Zamawiającego dla zamówienia podstawowego) i 10 serwerów (maksymalna ilość serwerów, którą Zamawiający może zamówić w ramach prawa opcji) daje sumę 34 serwerów. Jak wynika z tabeli powyżej tak wyliczona minimalna ilość 34 serwerów dla zamówienia podstawowego i prawa opcji przekracza ilość 32 oferowanych serwerów, co oznacza, że każdy z Wykonawców składających ofertę musiałby uzyskać w kryterium oceny ofert „Ilość serwerów (S)” 0 punktów. Takie działanie Zamawiającego w zakresie ustalenia dodatkowego kryterium oceny ofert „Ilość serwerów (S)” byłoby zupełnie nieracjonalne i nie dawałoby Zamawiającemu żadnych korzyści technologicznych.

Punktowanie Wykonawców za ilość serwerów w ramach prawa opcji, gdzie podana jest ich maksymalna możliwa ilość do zamówienia przez Zamawiającego tj. 10 sztuk mija się

z celem, ponieważ wszyscy dostali by taką samą ilość punktów w tym zakresie.

Wskazana w ofercie Wykonawców ilość serwerów jest następnie przepisywana do wzoru umowy w § 1 ust. 1 pkt 1 lit. a) tego wzoru, który jednoznacznie odnosi się do zamówienia podstawowego, nie do prawa opcji. Do prawa opcji odnosi się m.in. postanowienie § 1 ust. 2 wzoru umowy. Zakres prawa opcji został opisany m.in. w Załączniku nr 2 do wzoru umowy. Zgodnie z pkt IV ust. 1 Załącznika nr 2 do wzoru umowy w ramach prawa opcji Zamawiający może zamówić od 1 do 10 serwerów stelażowych x86-64. Zgodnie natomiast z pkt IV ust. 2 Załącznika nr 2 do wzoru umowy w ramach prawa opcji Zamawiający może zamówić od 2 do 300 modułów pamięci 32 GB DDR4 do serwerów stelażowych x86-64.

W konsekwencji tak określonego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „Ilość serwerów (S)” Zamawiający punktował tylko i wyłącznie ilość serwerów zaoferowanych przez Wykonawców w ramach zamówienia podstawowego, co wynika także jednoznacznie z odpowiedzi Wykonawców na pismo Zamawiającego z 07.06.2016 r. Podkreślił, że oprócz określenia przez Wykonawców w formularzu ofertowym ilości serwerów dla zamówienia podstawowego Zamawiający wymagał podania w formularzu oferty ceny za cały przedmiot zamówienia w rozbiciu na:

- 1) Cenę zamówienia podstawowego,
- 2) Cenę prawa opcji,
- 3) Cenę za 1200 godz. Usługi Dedykowanej Asysty Technicznej,
- 4) Cenę za dostarczenie projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej.

Jeśli chodzi o cenę prawa opcji to oczywiste jest, że Wykonawcy określając tą cenę brali pod uwagę maksymalny możliwy zakres prawa opcji, opisany szczegółowo w pkt IV Załącznika nr 2 do wzoru umowy. Wykaz cen jednostkowych jest wymagany przez Zamawiającego na etapie przez zawarciem umowy. Zgodnie z treścią Rozdz. XIX ust. 6.3 przed zawarciem Umowy, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć kompletny wykaz wszystkich elementów wchodzących w skład zamówienia, w szczególności sprzętu, oprogramowania, jego cen jednostkowych, cen roboczogodziny asysty technicznej, cen jednostkowych w zakresie prawa opcji. W myśl Rozdz. XIX ust. 7 niedostarczenie elementów wymienionych w ust. 6 Zamawiający potraktuje jako odmowę zawarcia umowy w zamówieniu publicznym wraz z wszystkimi konsekwencjami takiej czynności. Ponadto należy uznać za błędny wywód Odwołującego, dotyczący braku możliwości określenia przedmiotu świadczenia po stronie Wykonawcy w związku z brakiem podania ilości serwerów w ramach prawa opcji. Zgodnie z opinią UZP (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/prawo-opcje-w-ustawie-prawozamowien-publicznych>), jak i licznymi wyrokami KIO prawo opcji jest po pierwsze: dodatkowym elementem zamówienia podstawowego i nie

musi być realizowane, po drugie Zamawiający zobowiązany jest do wskazania maksymalnej ilości dostarczanych w ramach prawa opcji ilości serwerów, po to aby móc przede wszystkim obliczyć wartość szacunkową zamówienia i wskazać maksymalną wartość umowy. Oferty Wykonawców zawierają cenę zamówienia podstawowego jak i opcji w kwocie maksymalnej czyli 10 sztuk serwerów oraz 300 modułów pamięci 32 GB DDR4 do serwerów stelażowych x86-64. W związku z powyższym Zamawiający ma pełną wiedzę o wartości umowy w tym ceny za zamówienie podstawowe jak i cenę opcji.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.06.2016 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1089/16, KIO 1090/16 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących do obu odwołań złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia.

Dimension Data Polska Sp. z o.o. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1089/16) w rankingu złożonych ofert zajęła - czwartą pozycję – w przypadku potwierdzenia się zarzutów wobec wybranego - Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., drugiego - w rankingu złożonych ofert - Kapsch Sp. z o.o., trzeciego - Konsorcjum Asseco, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Symmetry Sp. z o.o. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/16) w rankingu złożonych ofert zajęła - siódmą pozycję – w przypadku potwierdzenia się zarzutów wobec - wybranego - Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., drugiego - Kapsch Sp. z o.o., trzeciej - Konsorcjum Asseco, czwartego - Dimension Data Polska Sp. z o.o., piątego – Integrated Solution Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10 a, 01-230 Warszawa zwanego dalej: „*Integrated Solution Sp. z o.o.*”, szóstego – Atende S.A., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa zwanego dalej: „*Atende S.A.*”, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Symmetry Sp. z o.o. sformułowała w odwołaniu zarzuty odnoszące się do wszystkich ofert, za wyjątkiem jej własnej oraz ADT Group Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa zwanego dalej: „*ADT Group Sp. z o.o.*”.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuszczył w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez

Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ (wersja ujednolicona z 16.05.2016 r.), w tym formularz ofertowy – zał. nr A do SIWZ oraz zał. nr C - Wzór Umowy (w tym ostatnim wypadku wersja ujednolicona z 10.05.2016 r.), jak i zał. nr 1 /szczegółowy wykaz sprzętu/ i 2 /szczegółowe wymagania/ (w tym ostatnim wypadku wersja ujednolicona z 16.05.2016 r.) do zał. nr C do SIWZ, odpowiedzi na pytania wykonawców udzielone przez Zamawiającego - 10, 16, 18 i 20.05.2016 r., oferty /formularza ofertowego/ Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z o.o., Konsorcjum Asseco, Dimension Data Polska Sp. z o.o., Integrated Solution Sp. z o.o., Atende S.A., Symmetry Sp. z o.o., ADT Group Sp. z o.o. oraz pozostałych Wykonawców, informacji o niezgodności z SIWZ ofert ww. Wykonawców (tzn. Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z o.o., Konsorcjum Asseco oraz Atende S.A.) z dnia 31.05.2016 r. (także zał. nr 4 do odwołania), wezwań wystosowanych w ramach postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 Pzp (wraz z uzyskanymi odpowiedziami – tajemnica przedsiębiorstwa), wezwania do wyjaśnień z 02.06.2016 r. skierowanego do Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z o.o., Konsorcjum Asseco wraz z udzielonymi odpowiedziami przez tych wykonawców /wszystkie pisma z 06.06.2016 r./ (także zał. nr 5 do odwołania), oświadczenia producenta firmy Dell z 03.06.2016 r. (także zał. nr 6 do odwołania) oraz wyników testów dla serwera Dell Power Edge R730 - załączonych do wyjaśnień Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z 06.06.2016 r., poświadczenia notarialnego o braku publikacji na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) wyniki testów dla serwera Dell Power Edge R730 w wersji XD (zał. nr 7 do odwołania), str. 21 specyfikacji producenta firmy Dell, wersja angielska wraz z tłumaczeniem (zał. nr 8 do odwołania), oświadczenia producenta firmy Dell z 06.06.2016 r. załączonego do wyjaśnień Kapsch Sp. z o.o. z 06.06.2016 r., identycznego, jak u Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. - oświadczenia producenta firmy Dell z 03.06.2016 r. załączonego do wyjaśnień Atende S.A., wezwania do wyjaśnień z 07.06.2016 r. skierowanego do Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z o.o., Konsorcjum Asseco, Dimension Data Polska Sp. z o.o., Integrated Solution Sp. z o.o., Atende S.A. oraz pozostałych Wykonawców za wyjątkiem ADT Group Sp. z o.o. oraz Symmetry Sp. z o.o. wraz z udzielonymi odpowiedziami przez tych wykonawców a zwłaszcza odpowiedziom Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z 07.06.2016 r., Atende S.A. z 07.06.2016 r. oraz IT Locus Sp. z o.o., jak i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 08.06.2016 r.

Izba dopuściła dotatkowo, jako dowód w sprawie do odwołania o sygn. akt: KIO 1089/16 złożone na rozprawie:

- 1) oświadczenia producenta firmy Dell z 04.07.2016 r. – przez Intertrading Systems Technology Sp. z o.o.;
- 2) oświadczenia producenta firmy Dell z 04.07.2016 r. – przez Konsorcjum Asseco wraz

z dwoma załącznikami potwierdzającymi informacje zawarte w oświadczeniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także oba odwołania, jak i przystąpienia, odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 1089/18 (złożoną na posiedzeniu), odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 1090/16 oraz pismo procesowe Dimension Data Polska Sp. z o.o. do sprawy o sygn. akt: KIO 1090/16.

Opinia Politechniki Warszawskiej z 30.06.2016 r. złożona przez Dimension Data Polska Sp. z o.o. na rozprawie do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1089/16 jest opinią prywatną, którą Izba traktuje jako stanowisko strony, w tym wypadku Odwołującego w sprawie KIO 1089/16, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd. Izba przypomina za judykaturą, że złożona opinia ma charakter prywatny, który jednakże nie może stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (wyrok SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 22.01. 2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08).

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 1089/16, jak i KIO 1090/16 nie zasługują na uwzględnienie.

### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1089/16:**

Dimension Data Polska Sp. z o.o. sformułowała w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców, którzy zaoferowali serwery firmy Dell PowerEdge R730 xd, w tym ofert wykonawców Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco, mimo że ich treść nie odpowiada treści SIWZ, wraz odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego na pytania wykonawców, tzn. poprzez zaoferowanie serwerów o modelu Dell PowerEdge R730 xd, które wbrew wymogom Zamawiającego wskazanym w Zał. C do SIWZ - Wzór Umowy oraz w treści odpowiedzi na pytania wykonawców, a także wbrew udzielonym przez Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco wyjaśnieniom oraz oświadczeniom producenta serwerów Dell nie posiadają opublikowanego wyniku testów *SPECint\_rate2006* dla zaoferowanych procesorów minimum dwunastordzeniowych na stronie internetowej: [www.spec.org](http://www.spec.org), pomimo otrzymania przez Zamawiającego dnia 31.05.2016 r. informacji o niezgodności z SIWZ ofert ww. Wykonawców;



- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę ofert złożonych przez wykonawców w Postępowaniu, podczas gdy co najmniej wykonawcy: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, w związku czym ,co najmniej wykonawcy: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Kapsch Sp. z oo., Konsorcjum Asseco podlegają wykluczeniu z udziału ww. postępowaniu;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1089/16, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawionej przez Zamawiającego na posiedzeniu, w tym także przywołane postanowienia SIWZ – z zał. nr 2 do zał. nr C - Wzór Umowy (pkt I.1), z odpowiedzi na pytania 9 (z 10.05.2016 r.) i 4 (z 20.05.2016 r.). Nadto, jak poniżej.

W Rozdz. XIX SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia zgodnie z którymi:

*„6. Przed zawarciem Umowy, Wykonawca zobowiązany jest:*

*6.1. przedstawić umowę regulującą współpracę podmiotów występujących wspólnie (o ile występują).*

*6.2. dostarczyć Zamawiającemu kopie certyfikatów lub innych dokumentów, o których mowa w Rozdziale VIII ust. 4 dotyczących osób wymienionych w załączniku do oferty pn. „Wykaz osób”, przy czym dokumenty te muszą być aktualne w dniu zawarcia umowy. Wykonawca zobowiązany jest w przypadku osób posiadających certyfikat/ świadectwo/uprawnienie/inny dokument, który straci ważność w okresie realizacji zamówienia do ponownego przedstawienia Zamawiającemu ważnego certyfikatu / świadectwa / uprawnienia / innego dokumentu.*

*6.3. dostarczyć kompletny wykaz wszystkich elementów wchodzących w skład zamówienia, w szczególności sprzętu, oprogramowania, jego cen jednostkowych, cen roboczogodziny asysty technicznej, cen jednostkowych w zakresie prawa opcji.*

*7. Nie dostarczenie elementów wymienionych w ust. 6 Zamawiający potraktuje jako odmowę zawarcia umowy w zamówieniu publicznym wraz z wszystkimi konsekwencjami takiej czynności.”*

Zgodnie z odpowiedzią na pytania – pismo z 16.05.2016 r. (na pytanie 6) – pismo z 20.05.2016 r. (na pytanie 1):

„Pytanie nr 6.

*Wykonawca informuje, iż treść SIWZ nie zawiera wymagania, załączenia do oferty załącznika odpowiadającego swą treścią Załącznikowi nr 1 do Umowy Szczegółowej wykaz sprzętu. Tym samym wydaje się, że Zamawiający przy obecnej treści SIWZ nie będzie miał faktycznej możliwości weryfikacji wymagań wskazanych w treści Załącznika Nr 2 do Umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

*W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o wprowadzenie do treści SIWZ wymagania żądania załączenia do oferty Załącznika nr 1, który byłby podstawą do weryfikacji przez Zamawiającego postawionego w Załączniku Nr 2 do Umowy wymagania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnieniu Załącznika nr 1 w formie edytowalnej.*

*Odpowiedź:*

*Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zaproponowanej zmiany.”;*

„Pytanie nr 1.

*Wykonawca zwraca się z prośbą o odpowiedź, w jaki sposób Zamawiający zamierza zweryfikować spełnienie przez Wykonawców składających ofertę w postępowaniu wymagań opisanych w Załączniku nr 2?*

*Wykonawca informuje, iż treść SIWZ nie zawiera wymagania, załączenia do oferty załącznika odpowiadającego swą treścią Załącznikowi nr 1 do Umowy Szczegółowej wykaz sprzętu. Tym samym wydaje się, że Zamawiający przy obecnej treści SIWZ nie będzie miał faktycznej możliwości weryfikacji wymagań wskazanych w treści Załącznika Nr 2 do Umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

*W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o wprowadzenie do treści SIWZ wymagania żądania załączenia do oferty Załącznika nr 1, który byłby podstawą do weryfikacji przez Zamawiającego postawionego w Załączniku Nr 2 do Umowy wymagania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnieniu Załącznika nr 1 w formie edytowalnej.*

*Odpowiedź:*

*Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę.”.*

Natomiast według odpowiedzi na pytanie 11 (z 16.05.2016 r.):

„Pytanie nr 11.

*W odpowiedzi na pytanie nr 9 z dn. 10.05.2016r. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia oferty na serwery, dla których wynik testu na stronie spec.org jest niedostępny, przy czym serwery te będą wyposażone w procesory przetestowane w innym serwerze (innego*

producenta) osiągającym wymaganą minimalną ilość punktów, czyli 1050 Baseline w teście SPECint\_rate2006. W naszym odczuciu jest to świadome ograniczenie zasady uczciwej konkurencji, tym bardziej, że wymóg Zamawiającego w załączniku nr 2 do Umowy brzmi: „Minimum dwa procesory minimum dwunastordzeniowe osiągające w testach SPECint\_rate2006 wynik nie gorszy niż 1050 (Baseline) punktów (w konfiguracji 2 procesorowej)”. Sam wymóg odnosi się więc do proponowanych procesorów, które mogą być takie same w różnych ofertach składanych w niniejszym postępowaniu.

Na stronie organizacji SPEC <https://www.spec.org/cpu2006/> opisana jest metodologia prowadzenia testów i SPECint\_rate2006 odnosi się do badania szybkości działania jednowątkowych zadań obliczeniowych procesora. Dlatego też wyniki tego testu są niemal identyczne (+/- 5%) dla różnych serwerów różnych producentów wyposażonych w ten sam model procesora. Dla przykładu podajemy wyniki testów dla serwerów wyposażonych w najnowsze procesory Intel Xeon E5-2690 v4:

Hardware Vendor	System	Baseline	# Cores	# Chips
Cisco Systems	Cisco UCS B200 M4 (Intel Xeon E5-2690 v4, 2.60 GHz)	1330	28	2
Dell Inc.	PowerEdge FC630 (Intel Xeon E5-2690 v4, 2.60 GHz)	1300	28	2
Hewlett Packard Enterprise	ProLiant BL460c Gen9 (2.60 GHz, Intel Xeon E5-2690 v4)	1310	28	2
Huawei	Huawei CH121 V3 (Intel Xeon E5-2690 v4)	1330	28	2
Lenovo Group Limited	Lenovo System x3650 M5 (2.60 GHz, Intel Xeon E5-2690 v4)	1340	28	2

Wyniki Baseline różnią się między sobą o około 3%, z których najgorszy znacznie przewyższa wymagany wynik 1050. Można więc przyjąć, że jeśli dla danego typu procesora, wyniki SPECint są podobne u wielu producentów serwerów, to w przypadku serwera z oferowanymi takimi samymi procesorami brak publikacji wyników nie oznacza, że serwery te będą miały gorsze parametry w teście SPECint\_rate2006.

W związku z tym zwracamy się z prośbą, aby Zamawiający umożliwił złożenie oferty zawierającej procesory, których wyniki SPECint\_rate2006 spełnią wymaganą wartość, ale wyniki testów na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) będą dotyczyły konfiguracji z takim samym procesorem innych producentów serwerów. Tym bardziej, że wymóg w obecnej postaci odnosi się, zgodnie z metodologią SPEC, do wyników wydajności procesorów: „Minimum dwa procesory minimum dwunastordzeniowe osiągające w testach SPECint\_rate2006 wynik nie gorszy niż 1050 (Baseline) punktów (w konfiguracji 2 procesorowej)”

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę. Zastosowanie powszechnie wykorzystywanej w postępowaniach o zamówienia publiczne metody bezstronnych wyników testów SPEC nie prowadzi do ograniczenia zasady uczciwej konkurencji. Potwierdza to między innymi zawarta w pytaniu tabela, w której zostało wymienionych, co najmniej kilku

*producentów serwerów.”*

W dniu 31.05.2016 r. Odwołujący wystosował pismo - informacja o niezgodności z SIWZ ofert ww. Wykonawców (tzn. Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z o.o., Konsorcjum Asseco oraz Atende S.A.) skierowane do Zamawiającego. Nadto, Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ust.1 Pzp (odpowiedzi – tajemnica przedsiębiorstwa). W konsekwencji, bazując na informacji z 31.05.2016 r., jak i odpowiedziach udzielonych w trybie art. 90 ust.1 Pzp, Zamawiający sformułował tabelaryczne wezwanie do wyjaśnień z 02.06.2016 r. /formuła – tak/nie/ skierowane m.in. do Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z o.o., Konsorcjum Asseco, jak i Atende S.A. zgodnie z treścią wskazaną w odwołaniu – str.4 /jedno z zadanych pytań/. W ich wyniku otrzymał m.in. odpowiedzi udzielone przez tych wykonawców /wszystkie pisma z 06.06.2016 r./. Nadto, wszedł w posiadanie oświadczenia producenta firmy Dell z 03.06.2016 r. oraz wyników testów dla serwera Dell Power Edge R730 - załączonych do wyjaśnień Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z 06.06.2016 r., oświadczenia producenta firmy Dell z 06.06.2016 r. załączonego do wyjaśnień Kapsch Sp. z o.o. z 06.06.2016 r., identycznego, jak u Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. - oświadczenia producenta firmy Dell z 03.06.2016 r. załączonego do wyjaśnień Atende S.A. Do kwestii spornych Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie – pierwszego zarzutu, Izba uznała zarzut w tym zakresie za niezasadny.

Należy uznać, że potwierdziło się stanowisko Zamawiając i Przystępujących po jego stronie, że w tym postępowaniu zostało przyjęte, iż momentem weryfikacji zgodności zaferowanego sprzętu z wymogiem Zamawiającego będzie etap realizacji umowy, tzn. zgodnie z Rozdz. XIX pkt 6.3 SIWZ przed zawarciem umowy. O świadomej rezygnacji z weryfikacji w tym zakresie na etapie składania ofert ostatecznie świadczą udzielone odpowiedzi na pytania – pismo z 16.05.2016 r. (na pytanie 6) – pismo z 20.05.2016 r. (na pytanie 1). W rezultacie brak jest podstaw do wyciągania tak daleko idących konsekwencji, w zakresie spornej kwestii odnośnie wymogu publikacji wyników testów SPECint\_rate2006 dla procesorów min. 12 rdzeniowych dla dostarczonych serwerów – w tym wypadku firmy

Dell PowerEdge R730 xd, gdyż wymóg ten należało spełnić, ale nie na termin składnia ofert (zał. nr 2 do zał. nr C - Wzór Umowy - pkt I.1).

Izba w tym zakresie, jednocześnie zastrzega, że wymóg ten przywołany w swej pierwotnej treści w odwołaniu, został w dużej mierze „założony” przez Wykonawców, gdyż nie wynika on literalnie z zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy, a ściślej z zał. nr 2 do zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy „szczegółowe wymagania” – pkt I.1, gdyż odnosi się on de facto jedynie do równoważnego procesora, za który uznawał Zamawiający, jak oświadczył na rozprawie, procesor 14, 16 rdzeniowy. Niniejsze założenia Wykonawców wynikają z odpowiedzi na pytania 9 (z 10.05.2016 r.), 11 (z 16.05.2016 r.) i 4 (z 20.05.2016 r.). Powyższe okoliczności, Izba także wzięła pod uwagę w ramach okoliczności przedmiotowej sprawy, gdyż wszelkie niejednoznaczności postanowień SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawców. Przy czym, kluczową kwestią jest, że owa publikacja testów, która nie miała mieć miejsca w terminie składnia ofert, o czym świadczy także sam zał. nr 2 do zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy „szczegółowe wymagania” /w kontekście sformułowania: „I. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia następującego sprzętu: (...)” - do którego ostatecznie odsyła Rozdz. I pkt 1 SIWZ poprzez zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy. Kształt bowiem postanowień SIWZ i oferty na to wskazuje – brak konieczności dołączania dokumentów przedmiotowych. Na etapie oferty należało zatem zadeklarować, a dopiero później na etapie przed zawarciem umowy spełnić (Rozdz. XIX pkt 6.3 SIWZ), również w zakresie publikacji wyników testów SPECint\_rate2006 dla procesorów min. 12 rdzeniowych dla dostarczonych serwerów. Naturalnie – wyniki testów powinny dotyczyć - Dell PowerEdge R730 xd, a nie rodziny serwerów, tym bardziej, że Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. zadeklarowało powyższe - na rozprawie - w ramach złożonego oświadczenia z 04.07.2016 r. producenta firmy Dell.

Izba uznaje także za niebudzącą żadnych wątpliwości okoliczność, że zakresem zarzutu jest objęta jedynie kwestia publikacji spornych wyników testów SPECint\_rate2006 dla procesorów min. 12 rdzeniowych dla dostarczonych serwerów – w tym wypadku firmy Dell PowerEdge R730 xd na stronie internetowej: [www.spec.org](http://www.spec.org) w terminie składnia ofert, nie zaś kwestia wydajności zaoferowanych serwerów.

W konsekwencji informacje, w których posiadanie wszedł Zamawiający w toku procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp (jak stwierdził w odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu – stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa) oraz w trybie art. 87 ust.1 Pzp (na wezwanie z do wyjaśnień z 02.06.2016 r. skierowane do Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z o.o., Konsorcjum Asseco wraz z udzielonymi odpowiedziami przez tych wykonawców /wszystkie pisma z 06.06.2016 r./, oświadczenia producenta firmy Dell z 03.06.2016 r. oraz wyniki testów dla serwera Dell Power Edge R730 -

załączone do wyjaśnień Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z 06.06.2016 r., oświadczenia producenta firmy Dell z 06.06.2016 r. załączone do wyjaśnień Kapsch Sp. z o.o. z 06.06.2016 r.), były informacjami dodatkowymi nie wymaganymi w terminie składania ofert. W rezultacie brak było podstaw, aby na ich podstawie odrzucić wszystkich trzech Wykonawców, którzy w ramach rankingu złożonych ofert uplasowali się przed ofertą Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie – drugiego zarzutu, Izba uznała zarzut w tym zakresie za niezasadny.

Powyższy zarzut należy rozpatrzyć po uwzględnieniu kontekstu wynikającego z poprzedniego zarzutu, tzn. uznania złożonych oświadczeń firmy Dell jako dokumentów dodatkowych, jak i uznania że terminem na który należało potwierdzić wymóg Zamawiającego publikacji spornych wyników testów SPECint\_rate2006 dla procesorów min. 12 rdzeniowych dla dostarczonych serwerów – w tym wypadku firmy Dell PowerEdge R730 xd na stronie internetowej: [www.spec.org](http://www.spec.org) – nie był termin składania ofert.

Kontynuując – oświadczenie z 03.06.2016 r. załączone do wyjaśnień Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z 06.06.2016 r. – nie stoi w sprzeczności z treścią oświadczenia z 04.07.2016 r. producenta firmy Dell złożonego na rozprawie przez Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. W tym zakresie, Izba uwzględniła okoliczność, że w oświadczeniu z 03.06.2016 r. de facto producent firma Dell – mówi o rodzinie serwerów: *„Dodatkowo informujemy, że firma Dell poddaje testom m.in. Spec.org rodziny serwerów (sprzęt o wspólnym modelu programowym i wielu odmianach implementacyjnych), a uzyskane parametry wydajnościowe nie są zależne od rodzajów stosowanych obudów oraz sposobu instalacji dysków twardych”*, tak też należy interpretować owe oświadczenie z 03.06.2016 r. oraz załączone wyniki testów dla serwera Dell Power Edge R730. Podobnie należy odczytywać oświadczenie z 04.07.2016 r. producent firma Dell złożone przez Konsorcjum Asseco na rozprawie (trzeci w kolejności w rankingu) – *„(...)serwery E31S001 występujące pod nazwą handlową PowerEdge R730 i PowerEdge R730xd zbudowane są w oparciu o taką samą płytę główną. Zasadnicza różnica pomiędzy PowerEdge R730 i PowerEdge R730xd polega na innych możliwościach w obsadzaniu dyskami twardymi (...)”*.

W tym kontekście należy zauważyć, odnośnie - str. 21 specyfikacji producenta firmy Dell, wersja angielska wraz z tłumaczeniem (zał. nr 8 do odwołania) złożonej przez Odwołującego, że jak oświadczyło na rozprawie Konsorcjum Asseco – *„(...) iż przede wszystkim dotyczy to obsługiwanych procesorów, a nie serwerów. Podkreśla, iż chodzi tu o model procesora, który nie może być zastosowany z uwagi na duże zużycie prądu.*

*Podkreśla, iż ten model procesora nie był oferowany, a pozostałe zachowują się tak samo jak bez końcówki XD.”. Powyższe znajduje też swoje odzwierciedlenie w oświadczeniu z 04.07.2016 r. producent firma Dell złożone przez Konsorcjum Asseco na rozprawie: „(...) W PowerEdge R730xd nie można montować niektórych typów procesorów. Jest to związane z wydajnością prądową zasilaczy przy dużej obsadzie dysków na serwerze. Nie ma to jednak żadnego wpływu na testy publikowane na [www.spec.org](http://www.spec.org) ponieważ jeżeli konkretny typ procesora nie jest obsługiwany na serwerze PowerEdge R730xd to nie należy po prostu tego testu odczytywać z tabeli na [www.spec.org](http://www.spec.org).”.*

W zakresie oświadczenia z 06.06.2016 r. producent firma Dell przedstawionego przez Kapsch Sp. z o.o. (drugi w kolejności w rankingu) do wyjaśnień z 06.06.2016 r., to jak już wskazywaliśmy, powyższe oświadczenie ma jak i poprzednie charakter dodatkowy, a terminem weryfikacji nie był termin składnia ofert. Jednocześnie, nie bez znaczenia, jest kwestia problematyczności w zakresie jednoznaczności tego wymogu – w kontekście zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazując w tym zakresie za wyrokiem z 13.05.2015 r., sygn. akt: KIO 842/15, KIO 862/15: *„W tym wypadku, należy dodatkowo podnieść, że jakiegokolwiek niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia w ramach postanowień SIWZ, także działają na korzyść Wykonawców i nie pozwalają na definitywne stwierdzenie złożenia nieprawdziwej informacji. W tym kontekście Izba przywołuje orzecznictwo - wyrok KIO z 14.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2826/14, czy też wyrok KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: "Identycznie należy odnieść się do kwestii złożenia nieprawdziwej informacji wobec nieprecyzyjności postanowień SIWZ będących ewentualną podstawą stwierdzenia takiej nieprawdziwości. W tym zakresie Izby wskazuje na wyrok z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706.11: "Art. 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (verba legis "mające wpływ"), gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (verba legis "mogące mieć wpływ"), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji, w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należytą starannością rozumie je inaczej, niż*



*zamawiający.". Podobnie Izba stwierdziła w wyroku KIO z dnia 28.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2548/12, czy też w wyroku KIO z dnia 03.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2005/13."*

Tak czy inaczej oświadczenie wskazane powyżej - w swej treści operuje sformułowaniem: „(...) a wynik testu oferowanego sprzętu jest publikowany na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org) (...)”, jeżeli więc nawet rozważać, że w tym wypadku (z uwagi na użycie sformułowania „publikowany”, a nie „opublikowany”) – mogło zaistnieć, co Izba nie potwierdza z uwagi na całokształt okoliczności przedstawiony w uzasadnieniu, złożenie informacji budzących wątpliwości, to nie ma to żadnego przełożenia na wynik, gdyż nie potwierdził się zarzut względem Intertrading Systems Technology Sp. z o.o.

Jednakże, w tym wypadku jeszcze raz, Izba podkreśla o konieczności uwzględnienia całokształtu okoliczności od których Izba nie może abstrahować przy rozpatrywaniu przedmiotowego zarzutu, także względem nieobecnej na rozprawie spółki Kapsch Sp. z o.o.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji oddalenia dwóch pierwszych zarzutów, Izba oddaliła także ostatni zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 i 3 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 1089/16 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/16:**

Symmetry Sp. z o.o. sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

6) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców, wśród których Zamawiający dopuszcza do udziału w realizacji zamówienia wykonawców, którzy nie złożyli oferty z określeniem zakresu ich świadczenia;

7) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert które nie spełniają warunków SIWZ, w szczególności nie zawierają precyzyjnego określenia zakresu świadczenia wykonawcy, to jest ofert wykonawców Intertrading Systems Technology Sp. z o.o.; Kapsch Sp. z o.o.; Konsorcjum Asseco Poland S.A., Asseco Data Systems S.A.; Dimension Data Polska Sp. z o.o.; Integrated Solution Sp. z o.o.; Atende S.A.; Konsorcjum iCreation Sp. z o.o. oraz Softblue S.A.; Group AV Sp. z o.o.; Qumak S.A.; FHU Diament



D.B.; Polcom Sp. z o.o.; IT Locus Sp. z o.o.;

- 8) art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wybór oferty niespełniającej kryteriów określonych w SIWZ;
- 9) art. 91 ust. 2 Pzp - poprzez błędne zastosowanie kryteriów oceny ofert i błędne przyznanie punktacji ofertom które powinny zostać odrzucone, a co za tym idzie błędne przyznanie punktów Odwołującemu;
- 10) inne, wskazane w uzasadnieniu odwołania /art. 26 ust.3 Pzp, czy też art. 87 ust.1 Pzp/.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1090/16, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawionej przez Zamawiającego, w tym także przywołane postanowienia SIWZ – z Rozdz. I, Rozdz. XIX pkt 6.7 i 7 oraz Rozdz. XVI pkt 1.2 /kryterium ilości serwerów/. Nadto, jak poniżej.

Według formularza ofertowego – zał. nr A do SIWZ - Cena za wykonanie zamówienia:

**„1. Oferuję (my) wykonanie zamówienia pn.: „ dostawa zintegrowanego środowiska teleinformatycznego dla Systemu Przetwarzania Rozproszonego wraz z usługami towarzyszącymi ” za cenę ryczałtową brutto (suma zamówienia podstawowego oraz prawo opcji) ..... złotych brutto**  
(słownie:.....) w tym:

1) *Cena zamówienia podstawowego* .....  
(słownie: .....)

2) *Cena prawa opcji* .....  
(słownie: .....) (....)

**2. Oświadczam (my), że oferujemy wykonanie zamówienia przy pomocy:**  
..... **serwerów**  
(Podać ilość serwerów)

*Jeśli Wykonawca nie zaznaczy w ofercie ilości oferowanych serwerów, złożona przez niego oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2015 poz. 2164).  
Ilości serwerów nie mogą być uzupełnione po otwarciu ofert.”.*

Zgodnie z zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy – w § 1. Przedmiot Umowy:

*„1. Przedmiotem Umowy jest:*

*1) dostawa wraz z rozładunkiem do miejsca wskazanego przez Zamawiającego:*

*a) ..... szt. serwerów x86-64 wraz z oprogramowaniem serwerowym,*

*b) ..... szt. urządzeń sieci LAN, zwanych dalej „Sprzętem”, którego szczegółowy wykaz został określony w Załączniku nr 1 do Umowy;*

- 2) Wdrożenie dostarczonego Sprzętu oraz integracja z Środowiskiem Zamawiającego zgodnie z wymaganiami opisanymi w § 5,
  - 3) dostarczenie projektu technicznego oraz dokumentacji powykonawczej zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 2 do Umowy,
  - 4) świadczenie Usługi Dedykowanej Asysty Technicznej w ilości 1200 roboczogodzin, na zasadach określonych w § 6,
  - 5) udzielenie gwarancji na dostarczony Sprzęt przez okres 48 miesięcy od dnia podpisania Protokołu Odbioru Końcowego, którego wzór stanowi **Załącznik nr 8** do Umowy.
2. Zamawiający w ramach realizacji przedmiotu Umowy, w ramach wynagrodzenia wskazanego w § 9 ust. 1 pkt 3) Umowy, zastrzega sobie możliwość skorzystania z Prawa Opcji. Szczegółowe wymagania w tym zakresie zawarte są w **Załączniku nr 2** do Umowy.
3. Zamawiający złoży Zawiadomienie o skorzystaniu z Prawa Opcji w terminie do 12 miesięcy od daty zawarcia Umowy.
4. W zakresie wykonania przedmiotu Umowy określonego w Prawie Opcji zastosowanie mają postanowienia ust. 1 pkt 2)-4) Umowy.
5. Wykonawca na dostarczony w ramach Prawa Opcji Sprzęt udziela gwarancji na przez okres 48 miesięcy od dnia podpisania Protokołu Odbioru Prawa Opcji, którego wzór stanowi **Załącznik nr 8** do Umowy, przy czym procedura odbioru przedmiotu Umowy w ramach Prawa Opcji jest taka sama jak procedura odbioru przedmiotu Umowy w ramach zamówienia podstawowego określonego w ust. 1 pkt 1)-4).
6. Zamawiający może złożyć więcej niż jedno Zawiadomienie w ramach Prawa Opcji.”

Z kolei według - § 9. Wynagrodzenie:

„1. Maksymalna łączna wartość przedmiotu Umowy, uwzględniająca wszystkie koszty, w tym przeniesienie majątkowych praw autorskich do Produktów, wydatki Wykonawcy i podatek od towarów i usług (VAT), wynosi ..... zł brutto (słownie: .....), przy czym wynagrodzenie za:

- 1) przedmiot Umowy określony w § 1 ust. 1 pkt 1) wynosi ..... zł brutto (słownie: .....).
- 2) przedmiot Umowy określony w § 1 ust.1 pkt 2) wynosi..... zł brutto (słownie: .....).
- 3) przedmiot Umowy określony w § 1 ust.1 pkt 3) wynosi..... zł brutto (słownie: .....).
- 4) przedmiot Umowy określony w § 1 ust. 1 pkt 4) (Usługa Dedykowanej Asysty Technicznej) wynosi ..... zł brutto (słownie: .....), przy czym cena jednej roboczogodziny wynosi ..... zł brutto.

5) przedmiot Umowy określony w § 1 ust. 2 (Prawo opcji) wynosi maksymalnie ..... zł brutto (słownie: .....) )

Szczegółowy wykaz poszczególnych cen jednostkowych zawiera **Załącznik nr 1** do Umowy.”.

Z kolei zał. nr 1 do zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy zawiera tabelaryczny szczegółowy wykaz sprzęty dla zamówienia podstawowego oraz prawa opcji wraz ze tabelarycznym szczegółowym wykazem poszczególnych cen jednostkowych.

W ramach zał. nr 2 do zał. Nr C do SIWZ. – pkt IV. Prawo Opcji:

„Zamawiający zrealizuje prawo opcji w następujący sposób:

**1. Dostawa serwerów stelażowych x86-64**

<i>Lp.</i>	<i>Nazwa komponentu</i>	<i>Minimalna liczba komponentów dostarczanych w ramach Prawa Opcji</i>	<i>Maksymalna liczba komponentów dostarczanych w ramach Prawa Opcji</i>
	<i>Serwery RACK</i>	<i>1</i>	<i>10</i>

**2. Dostawa modułów pamięci 32 GB DDR4 do serwerów stelażowych x86-64**

<i>Lp.</i>	<i>Nazwa komponentu</i>	<i>Minimalna liczba komponentów dostarczanych w ramach Prawa Opcji</i>	<i>Maksymalna liczba komponentów dostarczanych w ramach Prawa Opcji</i>
	<i>Moduł Pamięci 32GB RDIMM, 2133 MT/s, Low Volt, Dual Rank, x4 Data Width</i>	<i>2</i>	<i>300</i>

W formularzu ofertowym Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z o.o., Konsorcjum Asseco, Dimension Data Polska Sp. z o.o., Integrated Solution Sp. z o.o., Atende S.A., Symmetry Sp. z o.o., ADT Group Sp. z o.o. oraz pozostałych Wykonawców w pkt 2 podano liczbę serwerów. Przy czym, w formularzu ofertowym Symmetry Sp. z o.o. oraz ADT Group Sp. z o.o. podano liczbę serwerów w rozróżnieniu na liczbę serwerów dla zamówienia podstawowego oraz prawa opcji. Zamawiający w konsekwencji powyższego (jak stwierdził na rozprawie) wystosował pismem z 07.06.2016 r. wezwanie do wyjaśnień /zgodnie z treścią podaną w odpowiedzi na odwołanie/ skierowane do Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Kapsch Sp. z o.o., Konsorcjum Asseco (mimo że formularz konsorcjum zawierał informacje, że liczba serwerów dotyczy zamówienia podstawowego), Dimension Data Polska Sp. z o.o., Integrated Solution Sp. z o.o., Atende S.A. oraz pozostałych Wykonawców za wyjątkiem ADT Group Sp. z o.o. oraz Symmetry Sp. z o.o. W sumie do 13 (wezwanie skierowano także do ITC SA.) z 18 Wykonawców (nie wezwano

także 3 Wykonawców, którzy nie zostali uwzględnieni w rankingu ważnych ofert /wykluczeni/ – ale w ich formularzach nie było rozróżnienia na serwera dla zamówienia podstawowego oraz prawa opcji). Wszyscy Wykonawcy udzielili odpowiedzi, że wskazana liczba dotyczy zamówienia podstawowego. Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. dodatkowo stwierdził, że: „(...) Serwery w powyższej liczbie spełniają warunki określone w Rozdz. 2 SIWZ, m.in. „sumaryczna ilość przestrzeni dyskowej na dane w dostarczonych serwerach minimum 3400 TB”. Powyższe dane zostały podane przez nas w ofercie zgodnie z wymaganiami SIWZ, ze szczególnym uwzględnieniem rozdz. określającego sposób oceny ofert. Tym samym, serwery, które Zamawiający może zamówić w ramach prawa opcji nie zostały ujęte w powyższej liczbie”. Z kolei, Atende S.A. stwierdził, zaś: „Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie wskazał dokładnie wymaganej ilości serwerów w prawie opcji. W związku z powyższym Wykonawca nie mógł wskazać w formularzu ofertowym dokładnej ilości oferowanych serwerów w prawie opcji. Wyjaśniamy ponadto, iż Wskazana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym w pozycji 2) cena opcji dotyczy 10 sztuk serwerów, tj. maksymalnej ilości serwerów jaką może zrealizować Zamawiający w prawie opcji.”. Zaś, IT Locus Sp. z o.o. dodał: „(...) dodatkowe 10 serwerów (zamówienie opcjonalne) zostało uwzględnione w pozycji Cena prawa opcji i wliczone do całościowej oferty”. Do kwestii spornych Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów wskazanych w odwołaniu, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu. Z uwagi na ich charakter i przedmiot sporu, Izba odniesie się do wszystkich zarzutów łącznie.

W ocenie Izby, w formularzu ofertowym w pkt 2 (zał. nr A do SIWZ) należało - wskazać liczbę serwerów w ramach zamówienia podstawowego. Powyższe wynika z faktu, że liczba serwerów (ilość – rozdz. XVI pkt 1.2 SIWZ) była m.in. jednym z kryteriów oceny ofert. W ramach tego kryterium założono punktacje w przedziale od – nie mniej niż 25 do nie więcej niż 32, w konsekwencji biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia była m.in. dostawa 24 serwerów, a w ramach prawa opcji max 10 serwerów (rozdz. I SIWZ pkt 1), należy uznać, że chodziło o liczbę serwerów dla zamówienia podstawowego, gdyż ujęcie

serwerów z prawem opcji byłoby nielogiczne, gdyż doprowadziłoby do nieuzyskania jakichkolwiek punktów z tego kryterium przez żadnego z Wykonawców. Przy czym, premiowana była liczba, jak najmniejsza, tzn. im mniejsza liczba serwerów tym wyższa punktacja, najwyższą punktację, zaś przyznawano za nie mniej niż 25 serwerów.

Jednocześnie odnosząc się do argumentacji Odwołującego z odwołania i rozprawy, należy wskazać na Rozdz. XIX pkt 6.3 SIWZ i przyjętą przez Zamawiającego matrycę postępowania w tym przetargu - kompletny wykaz wszystkich elementów wchodzących w skład zamówienia, czyli także w zakresie prawa opcji, w szczególności także cen jednostkowych, Wykonawca był zobowiązany dostarczyć przed zawarciem umowy. Potwierdza to zał. nr 1 do zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy. Nadto, sam zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy określał konieczność przepisania liczby serwerów z formularza ofertowego do § 1 ust.1 pkt 1 lit. a, a do prawa opcji odnosił się § 1 ust. 2 – 6, czyli powyższe postanowienia dodatkowo potwierdzają, że liczba serwerów z formularza ofertowego – zał. nr A do SIWZ dotyczyła zamówienia podstawowego. Zakres opcji określał także zał. nr 2 do zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy - pkt IV ppkt 1-2. Prawo opcji miało być realizowane w ramach oddzielnej kwoty wynikającej z formularza ofertowego /1.2/ danej oferty (§ 9 ust. 1 pkt 5 zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy) z uwzględnieniem zakresu wynikającego z zał. nr 2 do zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy - pkt IV. Przy czym, zgodnie z prawem opcji, od woli Zamawiającego, a nie Wykonawcy zależy, czy skorzysta z prawa opcji i w jakim zakresie. Wykonawca miał obowiązek zagwarantować w ofercie /Rozdz. I pkt 1.2 SIWZ/ w tym zakresie stosowny sprzęt, tj. w max zakresie – zgodnie z treścią zał. nr 1 i 2 do zał. nr C do SIWZ - Wzór Umowy - pkt IV, przy uwzględnieniu obowiązujących postanowień SIWZ z Rozdz. XIX pkt 6.3 i formularza ofertowego, w ramach max kwoty podanej w pkt 1.2).

Odnośnie wystosowanego przez Zamawiającego pismem z 07.06.2016 r. wezwania do wyjaśnień i udzielonych w konsekwencji wyjaśnień przez tych Wykonawców, w ocenie Izby, Zamawiający zasadnie przyjął uzyskane odpowiedzi. W żaden sposób nie zmieniają one treści złożonych ofert. W żadnym też wypadku nie naruszają postanowienia zawartego w formularzu ofertowym zgodnie z którym: „*ilości serwerów nie mogą być uzupełnione po otwarciu ofert*”. Nadto, Zamawiający miał podstawy do wezwania, z uwagi na podanie w formularzu ofertowym Symmetry Sp. z o.o. oraz ADT Group Sp. z o.o. liczby serwerów w rozróżnieniu na liczbę serwerów dla zamówienia podstawowego oraz prawa opcji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 1090/16 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1089/16, sygn. akt: KIO 1090/16 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 w związku z § 5 ust. 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....