

**Sygn. akt: KIO 2525/10**

**WYROK**  
**z dnia 3 grudnia 2010r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Anna Chudzik**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego dnia 19 listopada 2010 r. przez **ASSECO Systems S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 Stycznia 74** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Comparex Poland Sp. z o.o., 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183**
- 2) **MATIC Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A**
- 3) **Tradex Systems Sp. z o.o., 02-372 Warszawa, ul. Opaczewska 42/110**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**

**2. Kosztami postępowania obciąża Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **ASSECO Systems S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 Stycznia 74** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** na rzecz **ASSECO Systems S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 Stycznia 74** kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Zakup i dostarczenie serwerów typu blade z 36-miesięczną opieką serwisową.*

W dniu 19 listopada 2010 r. wykonawca Asseco Systems S.A. wniósł odwołanie na zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez: Matic Sp. z o.o., Comparex Poland Sp. z o.o., Tradex Systems Sp. z o.o. oraz Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, oferty złożone przez: Matic Sp. z o.o., Comparex Poland Sp. z o.o., Tradex Systems Sp. z o.o., Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem powinny zostać odrzucone.

W odniesieniu do ofert złożonych przez wykonawców Matic Sp. z o.o. oraz Comparex Poland Sp. z o.o. Odwołujący podniósł ich niezgodność z wymogiem opisanym w rozdziale I pkt 3 ppkt 3 wiersz 3 SIWZ, w którym Zamawiający postanowił, że *każda obudowa blade musi być wyposażona w redundantne (min 2 sztuki) switchy ethernet, wyprowadzające połączenia sieci LAN na zewnątrz obudowy. Razem moduły te muszą być wyposażone w min 8 portów 10Gb (...) i mieć możliwość rozbudowy o kolejnych 8 analogicznych połączeń.*

Odwołujący wskazał, że system blade składa się z obudowy blade oraz modułów blade. Obudowa blade charakteryzuje się wspólnym zestawem zasilaczy, wentylatorów oraz modułów zarządzających służących modułom blade montowanym w danej obudowie. Moduły blade to zaś: serwery blade, moduły komunikacyjne oraz moduły pamięci masowej. Zdaniem Odwołującego taka terminologia jest w pełni stosowana w SIWZ przez Zamawiającego, o czym świadczą m.in. zapisy w Rozdziale I, pkt. 3 ppkt 3 wiersz 5, 9 i 10 SIWZ. Ponadto Zamawiający wyraźnie rozgraniczył obudowy blade od szaf IT, w których to mają zostać zamontowane obudowy blade (Rozdział I, pkt. 3 ppkt 3 i 5 SIWZ) i osobno określił elementy wyposażenia obu elementów.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, iż przywołane wymaganie SIWZ dotyczące infrastruktury blade odnosi się w całości do każdej obudowy blade będącej przedmiotem oferty i w sposób nie budzący wątpliwości określa, iż każda obudowa oddzielnie musi być wyposażona w co najmniej 2 switchy ethernet (moduły komunikacyjne) wyposażone łącznie w min. 8 portów 10Gb. Równocześnie każda obudowa blade, aby spełnić wymagania SIWZ, musi mieć możliwość rozbudowy o kolejnych 8 analogicznych portów.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy Matic Sp. z o.o. oraz Comparex Poland Sp. z o.o. zaoferowali obudowy IBM BladeCenter H w dwóch różnych konfiguracjach. Jak wynika z opisów poszczególnych konfiguracji, w odniesieniu do połączeń sieci LAN, zaproponowana obudowa w konfiguracji numer 1, wyposażona jest w 4 switchy (przełączniki) BNT Layer 2/3 Copper Gb Ethernet Switch Module. Natomiast obudowa w konfiguracji numer 2 została wyposażona 2 switchy (przełączniki) BNT Virtual Fabric 10Gb Switch Module.

Odwołujący podniósł, że przełącznik zaproponowany w konfiguracji nr 1 według publikowanego na stronie producenta, firmy IBM, dokumentu, posiada 6 zewnętrznych portów jedynie 1Gb. Oznacza to, iż obudowa w konfiguracji nr 1 nie posiada modułów wyposażonych łącznie w min. 8 portów 10Gb.

Zdaniem Odwołującego, nie można zgodzić się z wyjaśnieniami złożonymi przez obu wykonawców, wg których zinterpretowali oni wymaganie określone w Rozdziale I, pkt. 3 ppkt 3 wiersz 3 SIWZ, jako dotyczące całej infrastruktury blade zainstalowanej w jednej szafie IT.

W ocenie Odwołującego, gdyby zapisy dotyczące łącznej liczby portów 10 Gb dotyczyły szafy IT, zostałyby opisane przez Zamawiającego w Rozdziale I, pkt 3 ppkt 5 SIWZ, ewentualnie, w dodatkowym wierszu Rozdziału I, pkt. 3 ppkt 3 SIWZ. Odwołujący wskazał ponadto na sprzeczność w posługiwaniu się przez tych wykonawców pojęciem „moduł”, które w innym znaczeniu zostało użyte w ofertach, w innym natomiast w złożonych na żądanie Zamawiającego wyjaśnieniach, w których pod pojęciem modułu przedstawiono obudowę blade, co – zdaniem Odwołującego – było działaniem mającym wprowadzić Zamawiającego w błąd.

W ocenie Odwołującego, zarówno treść ofert złożonych przez Wykonawców Matic Sp. z o.o. oraz Comparex Poland Sp. z o.o., jak i późniejsze wyjaśnienia treści tychże ofert, w sposób jednoznaczny wskazują, iż oferty te nie odpowiadają treści SIWZ, a więc podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do ofert złożonych przez wykonawców: Tradex Systems Sp. z o.o. oraz Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Odwołujący podniósł ich niezgodność z postanowieniem Rozdziału I, pkt. 3 ppkt 3 wiersz 2 SIWZ, w którym Zamawiający wymagał m.in., aby oferowana infrastruktura blade umożliwiała umieszczenie w ramach jednej obudowy wszystkich typów serwerów blade danego producenta.

Odwołujący wskazał, że ww. wykonawcy zaoferowali obudowy blade PRIMERGY BX900 S1 oraz serwery PRIMERGY BX924 S2 firmy Fujitsu. Podkreślając, iż zgodnie z ustawą dostawy mają spełniać wymagania Zamawiającego na dzień składania ofert,

Odwołujący podniósł, że w dacie tej (18 października 2010 r.) dostępne były również serwery typu blade serii PRIMERGY BX600, które nie mogą być zamontowane w zaoferowanej obudowie, a jedynie w obudowie PRIMERGY BX600 S3.

Wskazując na brak kompatybilności pomiędzy obudowami blade PRIMERGY BX900 SI, a serwerami serii BX600, Odwołujący powołał się na informację ze strony producenta, datowaną na 30 października 2010 r. Zdaniem Odwołującego, informacja ta wskazuje na dostępność serwerów i obudów blade serii BX600 przynajmniej do tego dnia, a więc znacznie później niż termin składania ofert. Odwołujący podkreślił również, że – jak wynika z SIWZ – Zamawiający nie zawęził wymagania do serwerów pochodzących z bezpośredniej i przede wszystkim aktualnej produkcji firmy Fujitsu, zatem nawet uznając za prawdziwe oświadczenie firmy Tradex Systems Sp. z o.o., iż firma Fujitsu zaprzestała produkcji serwerów PRIMERGY serii BX600, możliwy jest zakup serwerów pochodzących z dotychczasowych partii produkcyjnych czy to bezpośrednio od producenta, czy też co najmniej od części dystrybutorów. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż nawet w przedmiotowym postępowaniu dostarczane serwery blade mogą pochodzić zarówno z bieżących, jak i wcześniejszych partii produkcyjnych. Jak wynika bowiem z treści SIWZ (Rozdział I., pkt 2, ppkt 1), Zamawiający wymaga jedynie dostawy fabrycznie nowych, nienoszących śladów uprzedniego użytkowania serwerów typu blade.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, powtórzenia tej oceny oraz odrzucenia ofert złożonych przez: Matic Sp. z o.o., Comparex Poland Sp. z o.o., Tradex Systems Sp. z o.o., Intertrading Systems Technology Sp. z o.o.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie.

Izba wzięta pod uwagę, jako dowód w sprawie, uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów w zakresie niezgodności z SIWZ ofert złożonych przez Matic Sp. z o.o. i Comparex Sp. z o.o. Fakty przyznane przez Zamawiającego w tym zakresie znajdują potwierdzenie w dokumentacji postępowania, a ich przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W związku z tym Izba uznała, że ww. oferty powinny zostać odrzucone, jako niespełniające wymogów specyfikacji.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem I pkt 3 tabela 3 wiersz 3, *każda obudowa blade musi być wyposażona w redundantne (min 2 sztuki) switche ethernet, wyprowadzające połączenia sieci LAN na zewnątrz obudowy. Razem moduły te muszą być wyposażone w min 8 portów 10Gb (przystosowanych do zastosowania połączeń z wkładkami optycznymi 10Gb LRM SFP+) i mieć możliwość rozbudowy o kolejnych 8 analogicznych połączeń.* W ocenie Izby literalne brzmienie ww. wymogu nie budzi wątpliwości. Zgodnie z nim każda oferowana obudowa powinna posiadać 2 switche (moduły) posiadające razem co najmniej 8 portów o 10 Gb przepustowości. Cały wiersz 3 tabeli stanowi pewną całość redakcyjną i opisuje jeden z wymogów, zatem przedstawiana przez Przystępujących interpretacja zdania drugiego bez powiązania z pierwszym jest nieuzasadniona, zwłaszcza przy jednoczesnym rozumieniu określenia „moduł” w sposób odmienny, niż używał go zamawiający w innych postanowieniach specyfikacji (np. rozdział I, pkt 3 tabela 3 wiersz 5, 9 i 10).

W ocenie Izby, wykonawcy Matic Sp. z o.o. i Comparex Sp. z o.o. próbowali wykazać spełnienie ustalonych przez Zamawiającego wymogów poprzez rozszerzającą interpretację postanowień SIWZ, odbiegającą od ich literalnego brzmienia. Izba uznała, że wykonawców wiąże literalne brzmienie postanowień specyfikacji, a jakiegokolwiek wykładni, prowadzącej do szerszego niż wyrażone wprost rozumienia warunków, wykonawcy dokonują na własne ryzyko i muszą liczyć się z konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty. Podkreślić przy tym należy, że przed złożeniem ofert ustawa daje wykonawcom możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji. Wykonawcy mieli więc możliwość upewnienia się co do właściwego rozumienia ustalonych przez Zamawiającego wymogów, a wyeliminowanie wszelkich wątpliwości w tym zakresie na wcześniejszym etapie postępowania leżało w interesie wykonawców, którzy – jako profesjonalści – nie mogą obecnie tłumaczyć się niezrozumieniem treści specyfikacji.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności z SIWZ ofert złożonych przez Tradex Systems Sp. z o.o. i Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. należy zauważyć, że ani Zamawiający, ani Przystępujący nie kwestionują tezy Odwołującego, iż serwery Fujitsu typu BX 600 nie są kompatybilne z zaoferowaną obudową. Przedmiotem sporu jest interpretacja wymogu określonego w rozdziale I pkt 3 tabela 3 wiersz 2 specyfikacji.

Również odnosząc się do tego zarzutu, Izba zauważa, że wykonawców wiąże literalne brzmienie SIWZ. W przypadku warunku określonego w rozdziale I pkt 3 tabela 3 wiersz 2 specyfikacji, brzmienie to jednoznacznie wskazuje, że zaoferowana obudowa powinna umożliwić umieszczenie w niej wszystkich typów serwerów blade danego producenta. Brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że przez określenie *wszystkie serwery blade danego producenta* należy rozumieć wyłącznie serwery oferowane w przedmiotowym postępowaniu. Sformułowanie to oznacza wszelkie serwery producenta dostępne na rynku.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że przywołany wyżej warunek dotyczy tylko serwerów oferowanych. Po pierwsze jest to niezgodne z wykładnią językową, po drugie zamieszczenie takiego wymogu w specyfikacji byłoby bezprzedmiotowe. Oczywiście jest bowiem – w świetle innych postanowień SIWZ – że oferowane obudowy i serwery muszą być kompatybilne. Jednak nawet gdyby Zamawiający chciał postawić wymóg dotyczący tylko oferowanych serwerów (który jak wskazano wyżej nie wnosiłby żadnej nowej treści do specyfikacji), to powinien wyrazić to wprost, używając np. określenia *oferowane serwery*, zamiast *wszystkie serwery danego producenta*, czego nie zrobił.

Należy również zwrócić uwagę, że w innych zapisach specyfikacji zamawiający posługuje się pojęciem typ 1 i typ 2 serwera, a tylko w tym jednym przypadku stawia wymóg dotyczący wszystkich serwerów danego producenta, co dodatkowo przemawia przeciwko tezie prezentowanej przez Zamawiającego i Przystępującego.

Pokreślić należy, że literalne brzmienie SIWZ wiąże nie tylko wykonawców, ale i Zamawiającego, nie może on więc czynić od niego żadnych odstępstw w toku postępowania i nadawać mu innego znaczenia, niż wyrażone wprost. Nawet jeśli Zamawiający twierdzi obecnie, że inna była jego intencja, to powinien dołożyć należytej staranności na etapie opracowywania SIWZ i wyartykułować tę intencję wprost.

Wobec powyższego dla rozstrzygnięcia sprawy należało ustalić, czy w dacie składania ofert na rynku dostępne były inne serwery producenta Fujitsu. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że tak (BX 600), o czym świadczy złożone na rozprawie oświadczenie autoryzowanego dystrybutora, uwiarygodnione informacjami ze strony internetowej producenta. Wg ww. oświadczenia, na dzień 26 listopada 2010 r. serwery te były dostępne, co prowadzi do wniosku, że tym bardziej było dostępne w dniu składania ofert. Przeprowadzonych przez Odwołującego dowodów nie podważa złożona przez Przystępującego informacja przedstawiciela Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., zgodnie z którą spółka ta nie oferuje już drogą handlową serwerów BX 600, a serwery to są dostępne jako opcje rozbudowy dla klientów, którzy zakupili to rozwiązanie w przeszłości. Po pierwsze

nie stwierdza ona braku dostępności na rynku serwerów typu BX 600 (a jedynie pewną ograniczoną dostępność, co jednak nie wyklucza możliwości ich nabycia), po drugiej informacja ta potwierdza stan na dzień 24 listopada 2010 r., tj. ponad miesiąc po upływie terminu składania ofert.

Izba wzięła pod uwagę, że serwery BX 600 to serwery starszego typu, które mogą być coraz trudniej dostępne, a skorzystanie z nich przez zamawiającego może być mało prawdopodobne. Jednakże tak ukształtowany wymóg SIWZ stał się obowiązujący, a czynienie od niego odstępstwa, nawet jeśli po części uzasadnione okolicznościami, stałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu ma bowiem prawo oczekiwać, że oferty innych wykonawców będą oceniane w ten sam sposób, zgodnie z SIWZ i bez żadnych odstępstw wynikających z doprecyzowania przez Zamawiającego wymogów po złożeniu ofert.

Wobec powyższego należy uznać, że Tradex Systems Sp. z o.o. i INTERTRADE nie spełniają wymagań SIWZ i powinny zostać odrzucone.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:**

.....