

Sygn. akt: KIO 2448/17

WYROK
z dnia 6 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 6 grudnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2017r. przez **wykonawcę Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Skarb Państwa – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 9/13**

przy udziale **wykonawcy Fujitsu Technology Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 137** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2448/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umorzyć postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy **Koncept spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wodniaków 19,****
- 2. Oddalić odwołanie w pozostałym zakresie.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża **Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27** i**
 - 3.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27** tytułem wpisu od odwołania**

- 3.2. Zasądza od **Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27** na rzecz **Fujitsu Technology Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 137** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę serwerów, macierzy dyskowych oraz autoloaderów taśmowych zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 lipca 2017r. za numerem 2017/S 144-296748.

W dniu 10 listopada 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 20 listopada 2017r. wykonawca Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu komplementariusza spółki komandytowej upoważnionego do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 20 listopada 2017r.

Odwołujący skierował odwołanie wobec następujących zachowań zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa) [zw. dalej „wykonawca Fujitsu”]-,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu, pomimo iż treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią siwz;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa) [zw. dalej „Wykonawca Koncept”], pomimo iż treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią siwz;
- 4) przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu, pomimo iż treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią siwz;
- 2) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Koncept, pomimo iż treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią siwz.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny oferty wykonawcy Fujitsu i jej odrzucenie;

4) nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny oferty wykonawcy Koncept i jej odrzucenie;

5) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP, ponieważ ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Interes odwołującego został naruszony przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ czynności zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę, poprzez niezyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie odwołującemu. Powyższe dowodzi, iż złożenie niniejszego odwołania czyni zadość wymaganiom postawionym w art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu i oferty wykonawcy Koncept, pomimo iż treść złożonych ofert jest niezgodna z treścią siwz. Odwołujący przedstawił wobec ofert obu wykonawców identyczne stanowisko faktyczne i prawne.

W ocenie odwołującego, sprzęt zaoferowany przez wykonawców Fujitsu i Koncept nie spełnia warunków określonych w siwz tym samym, poza wszelką wątpliwość, oferty wykonawców powinny zostać odrzucona przez zamawiającego jako niezgodne z treścią siwz.

Odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 9/17) i następnie podał, że obaj wykonawcy zaoferowali taki sam następujący sprzęt:

1. Obudowa - serwer SR3A(e) - Fujitsu Primergy RX2530 MZ

W Załączniku nr 7 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia. Część 1 - serwery, Serwer SR3A€, parametr Obudowa zamawiający wymagał, między innymi „znajdującego się na froncie obudowy panelu LCD lub sygnalizacji diodami LED, umożliwiający wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOS'u, zasilaniu oraz temperaturze”.

Zaoferowany przez wykonawców, serwer SR3A(e) - Fujitsu Primergy RX2530 M2 - zgodnie ze Specyfikacją techniczną oferowanego sprzętu załączoną przez wykonawców do ofert, posiada „znajdujący się na froncie obudowy panel LED (sygnalizacja diodami LED) - umożliwiający wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOS'u, zasilaniu oraz temperaturze”.

Po dokonaniu analizy udostępnionej przez producenta dokumentacji technicznej powyższy serwer nie umożliwia wyświetlenia informacji o stanie wszystkich wymaganych komponentów. Umożliwia jedynie wyświetlenie informacji o prawidłowym bądź nieprawidłowym działaniu

podzespołu, ale bez określenia którego dokładnie podzespołu. Skutkiem tego będzie brak możliwości szybkiego zdiagnozowania uszkodzenia któregokolwiek z wyszczególnionych części lub parametrów, które mają wpływ na prawidłową pracę serwera.

Na podstawie powyższych twierdzeń odwołujący stwierdził, iż zaoferowany przez wykonawców serwer SR3A(e) - Fujitsu Primergy RX2530 M2, nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ, ponieważ z zaoferowanego panelu LED nie ma możliwości uzyskania wymaganych informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOS'u, zasilaniu oraz temperaturze.

2. Obudowa - serwer SR2A - Fujitsu Primergy RX4770 M3

W Załączniku nr 7 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, Część 1 - serwery. Serwer SR2A, parametr Obudowa Zamawiający wymagał, między innymi „możliwości instalacji łącznie do 16 dysków twardych (Hot-Plug (2,5" lub 3,5")) (dopuszcza się zastosowanie dodatkowej zewnętrznej półki dyskowej)”.

W celu spełnienia wymaganej funkcjonalności tj. „możliwości instalacji łącznie do 16 dysków twardych (Hot-Plug (2,5" lub 3,5")) (dopuszcza się zastosowanie dodatkowej zewnętrznej półki dyskowej)” do oferowanego serwera Fujitsu Primergy RX4770 M3 należy dołączyć dodatkową półkę dyskową. W ocenie odwołującego wykonawcy nie uwzględnili w ofertach półki, która jest odrębnym elementem posiadającym własny numer seryjny i której dostarczenie w tych okolicznościach było obowiązkowe.

Na podstawie powyższych twierdzeń odwołujący stwierdził, iż w ofertach wykonawców nie została uwzględniona półka zewnętrzna niezbędna dla spełnienia wymagania instalacji 16 dysków.

Po dokonaniu analizy parametrów sprzętu zaoferowanego przez wykonawców, zdaniem odwołującego, nie ma wątpliwości, że oferty wykonawców nie spełniają wymagań wskazanych przez zamawiającego w siwz, tym samym zamawiający zaniechał obowiązku ich odrzucenia jako niezgodnych z postanowieniami siwz.

Działania i zaniechania zamawiającego wskazane w odwołaniu potwierdzają, że sposób prowadzenia postępowania przez zamawiającego nie gwarantuje równego traktowania wykonawców przy zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji, co wszystkim stronom postępowania gwarantuje art. 7 ust. 1 PZP. Tym samym odwołujący, poprzez działania i zaniechania zamawiającego, pozbawiony został prawa do uzyskania zamówienia.

W dniu 21 listopada 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu 24 listopada 2017r. wykonawca Fujitsu Technology Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 137 zgłosił swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2448/17 po stronie zamawiającego, wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta jest zgodna z siwz i została wybrana prawidłowo jako najkorzystniejsza. Odwołujący żąda unieważnienia tego wyboru i

odrzućenia oferty przystępującego, a więc uwzględnienie odwołania będzie prowadzić do szkody u przystępującego związanej z utraconymi korzyściami z realizacji zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 listopada 2017r.

W dniu 29 listopada 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 1 grudnia 2017r. przystępujący złożył sprzeciw wobec uwzględniania przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający wymagał oświadczenia producenta (lub jego polskiego przedstawiciela) o pochodzeniu sprzętu z autoryzowanego kanału dystrybucji, oświadczenie producenta o dacie produkcji urządzeń i nie używania we wcześniejszych projektach, wyników testów modelu serwera w oferowanej konfiguracji na stronie www.spec.org, certyfikatu ISO 9001, ISO 14001, Deklaracji zgodności CE i listy kompatybilności z Vmware i Microsoft.

W Załączniku nr 7 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, Część 1 - serwery. Serwer SR2A, parametr Obudowa zamawiający wymagał, między innymi „możliwość instalacji łącznie do 16 dysków twardych (Hot-Plug (2,5” lub 3,5”)) (dopuszcza się zastosowanie dodatkowej zewnętrznej półki dyskowej)”.

W Załączniku nr 7 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, Część 1 - serwery. Serwer SR3A, parametr Obudowa zamawiający wymagał, między innymi „znajdującego się na froncie obudowy panelu LCD lub sygnalizacji diodami LED umożliwiającego/jej wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOSu, zasilaniu oraz temperaturze”.

Firma Koncept sp. z o.o. na str. 10 oferty zaoferowała serwer SR2A Fujitsu Primergy RX4770 M3 z obudową (str. 22) zawierając następujące oświadczenia : - wysokość 6U w przypadku wykorzystania dodatkowej półki dyskowej, możliwość instalacji łącznie 16 dysków twardych Hot-Plug (2,5”) (z zastosowaniem dodatkowej zewnętrznej półki dyskowej), a dla serwera SR3A (e) Fujitsu Primegry RX2530 M2 na str. 26 zaoferował znajdujący się na froncie obudowy panel LED (sygnalizacja diodami LED) – umożliwiający wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BOIS-u, zasilaniu oraz temperaturze.

Firma Fujitsu na str. 8 oferty zaoferowała Serwer SR2A Fujitsu Primegry RX4770 M3 z obudową (str. 10) zawierając następujące oświadczenia : - wysokość 6U w przypadku wykorzystania dodatkowej półki dyskowej, możliwość instalacji łącznie 16 dysków twardych Hot-Plug (2,5”) (z zastosowaniem dodatkowej zewnętrznej półki dyskowej), a dla serwera SR3A (e) Fujitsu Primegry RX2350 M2 na str. 15-16 zaoferował znajdujący się na froncie

obudowy panel LED (sygnalizacja diodami LED) – umożliwiający wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOS-u, zasilaniu oraz temperaturze.

W dniu 5 października 2017r. zamawiający wskazał, że w części 1 ocenił ofertę Fujitsu najwyżej i wezwał m. in. do złożenia dokumentów wymienionych w załączniku nr 7 do siwz. Wszystkie wymagane dokumenty/oświadczenia/certyfikaty muszą dotyczyć sprzętu w oferowanej konfiguracji.

Fujitsu złożył certyfikaty ISO 19001 i 14001, deklarację zgodności oraz wyniki testów spec.

Z dowodów odwołującego złożonych na rozprawie wynika, że:

- dowód w postaci oświadczenia Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 5 września 2017r. wynika, że w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego o numerze 17/4/37/17 dla serwera SR1A zaoferowano serwer o nazwie Fujitsu Primegry RX2540 M2_CUST1 i produkt ten jedynie bazuje na modelu Fujitsu Primegry RX 2540 M2, a producent ma możliwość dostosowania standardowego produktu do konkretnych wymagań i specyficznych potrzeb klienta. Serwer oferowany jest wyposażony w panel diagnostyczny LED znajdujący się na froncie obudowy. Umożliwia wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOSu, zasilaniu oraz temperaturze. Jest on realizowany w oparciu i 6 szt. diod LED, z których każda może sygnalizować trzy stany (wyłączony pulsujący i ciągły). Panel zapewnia możliwość powiadomienia o wszystkich wymaganych przez zamawiającego stanach serwera i jego podzespołów, gdzie występuje dioda ID, dioda CSS (w tym sygnalizacja stanu pamięci), dioda Global Error (w tym sygnalizacja stanu BIOS, procesora, temperatury), dioda HDD/SDD (sygnalizacja stanu dysków), dioda Power On indicator (sygnalizacja stanu zasilania), dioda AC status (sygnalizacja stanu zasilania). Komunikowane są one przez wbudowany na płycie głównej serwera specjalizowany układ zarządzający - iRMC s4. Układ wymusza zaświecenie diody w przypadku wystąpienia awarii, któregoś z elementów sprzętowych np. procesora, pamięci dysków, BIOSu, zasilania lub przekroczenia wartości ostrzegawczej sensora temperatury. Diody wskazują czy awaria może być samodzielnie usunięta przez użytkownika (dotyczy komponentów wykonanych w technologii Hot-plug/hot-swap, dioda CSS) czy też konieczna jest interwencja inżyniera serwisu autoryzowanego (dioda Global Error), z wyciągu z podręcznika modernizacji i konserwacji wynika, że dla modelu RX2540 M1 panel zawiera te same diody, co dla modelu RX2540 M2_Cust 1, z opisu panelu przedniego wynika, że wskaźniki identyfikują różnymi kolorami braki zdarzenia, ostrzeżenie przed awarią oraz błąd. Izba ustaliła, że stan faktyczny prawy sygn.. akt KIO 1616/16 na którą powołuje się odwołujący dotyczył panelu dla serwera Fujitsu Primegry RX 2540 M1. W tej sprawie zamawiający wymagał by oferowany mu serwer był wyposażony w panel LCD umieszczony na froncie obudowy lub sygnalizację diodami LED umożliwiającą wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOSu, zasilaniu oraz temperaturze, a kwestionowane było

zaoferowanie diody C-Gel w zakresie wykazania stanu BIOSu i temperatury, gdyż w ocenie odwołującego uniemożliwiało to ustalenie do którego z tych stanów informacja o awarii się odnosi. Izba w tej sprawie uznała, że taka oferta nie pozwala na wykazanie, że użytkownik obserwując tę diodę mógł powziąć wiedzę o tym, czy jej sygnalizacja odnosi się do biosu, czy temperatury, czy innego przypisanego parametru użytkowego serwera. Zdaniem Izby w tamtej sprawie obligowało to zamawiającego do odrzucenia oferty Tradex, ale jednocześnie Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania.

- z formularza ofertowego oferty Tradex Systems i Intertrading Systems Technology wynika, że w postępowaniu na dostawę serwerów wykonawca ten złożył ofertę na serwer SR2A (c) RX 4470 M2 i dla serwera SR3A(d) RX 2530 M2, a także zaoferował półkę dyskową SB Tradex Systems/TJBOD/J1612 przy czym w parametrach obudowy podał serwer + półkę dyskową ETERNUS JX40 S2 Enclosure (FTS: ETJEADU),

Z dowodów przedstawionych przez przystępującego wynika, że w siwz dla sprawy prowadzonej przez tego samego zamawiającego nr 17/4/38/16 wynika, że również w tym postępowaniu zamawiający wymagał panelu LDC na froncie obudowy lub sygnalizacji diodami LED, umożliwiającą wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOSu, zasilaniu oraz temperaturze., z formularza zamówienia dla nr sprawy 17/4/38/16 dostarczono zamawiającemu serwery RX4770 M3 i RX 2350 M2,

Z oświadczenia Fujitsu Technology Solutions dla serwera Primergy RX2530 M2 wynika, że jest wyposażony w panel diagnostyczny LED znajdujący się na froncie obudowy. Umożliwia wyświetlenie informacji o stanie procesora, pamięci, dysków, BIOSu, zasilaniu oraz temperaturze. Jest on realizowany w oparciu o 6 szt. diod LED, z których każda może sygnalizować trzy stany (wyłączony pulsujący i ciągły). Panel zapewnia możliwość powiadomienia o wszystkich wymaganych przez zamawiającego stanach serwera i jego podzespołów, gdzie występuje dioda ID, dioda CSS (w tym sygnalizacja stanu pamięci), dioda Global Error (w tym sygnalizacja stanu BIOS, procesora, temperatury), dioda HDD/SDD (sygnalizacja stanu dysków), dioda Power On indicator (sygnalizacja stanu zasilania), dioda AC status (sygnalizacja stanu zasilania). Komunikowane są one przez wbudowany na płycie głównej serwera specjalizowany układ zarządzający - iRMC s4. Układ wymusza zaświecenie diody w przypadku wystąpienia awarii, któregoś z elementów sprzętowych np. procesora, pamięci dysków, BIOSu, zasilania lub przekroczenia wartości ostrzegawczej sensora temperatury. Diody wskazują czy awaria może być samodzielnie usunięta przez użytkownika (dotyczy komponentów wykonanych w technologii Hot-plug/hot-swap, dioda CSS) czy też konieczna jest interwencja inżyniera serwisu autoryzowanego (dioda Global Error). Jednocześnie podano, że wszystkie operacje związane z kontrolą stanu serwera i komponentów są realizowane przez moduł iRMC. Układ ten informuje o ewentualnej awarii,

przekroczeniu wartości progowych przez zapalenie kontrolki w panelu diagnostycznym LED, interfejsie graficznym czy poprzez wysłanie wiadomości e-maila do administratora i/lub automatyczne złożenie zgłoszenia w serwisie Fujitsu (funkcja autocall). Przystępujący załączył zrzuty z ekranu systemu iRMC, z którego wynika, że system ten umożliwia diagnostykę systemu i jego komponentów w znacznie szerszym zakresie niż było to wymagane dla panelu LCD czy sygnalizacji LED.

Ze zrzutów z aplikacji „Fujitsu System Architect” wynika konfiguracja serwera SR2A(e) RX4770 M3 oraz półki dyskowej Eternus JX40 S2 Enclosure 1x10M (FTS:ETJEADU).

Odwołujący na rozprawie nie kwestionował, że zamawiający nie wymagał przedstawienia modelu i nazwy dla oferowanej obudowy i jej ewentualnych elementów dodatkowych.

Izba ustaliła także, że w sprawie sygn.. akt KIO 1840/16 Izba badając zgodność serwera RX 2530 M2 z treścią siwz uznała, że „W odniesieniu do drugiego z zarzutów Izba – także wobec złożonego oświadczenia producenta - uwzględniła twierdzenia Konsorcjum Tradex, że serwer SR1A (c) i SR3A (d) spełnia wymaganie pkt 3.1 OPZ. Dotyczy to bowiem serwera seryjnie produkowanego w stosunku do którego możliwa jest konfiguracja, co do diody LED. Taka konfiguracja jest dokonywana przez serwis producenta i sprowadza się do wyłączenia tych funkcji, które nie były wymagane. Wskazane oświadczenie z 5 października br Fujitsu dotyczy konkretnie tego postępowania i oferowanych serwerów. Na marginesie Izba zauważa, że w opisie OPZ w wierszu „Obudowa” dla serwera SR1A(c) oraz w wierszu „Diagnostyka” dla serwera SR3A(d) zawarto wymóg, aby serwer wyposażony w panel LCD umieszczony na froncie obudowy lub sygnalizację diodami LED, umożliwiał wyświetlenie informacji m.in. o temperaturze. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można tego wymagania interpretować, jako wyświetlenie selektywnej informacji o stanie temperatury, jako takiej. W ramach bowiem jednego wskaźnika, obejmującego szereg mogących pojawić się problemów, występuje także informacja o temperaturze.”

Izba ustaliła także, iż poza fragmentem orzeczenia KIO sygn.. akt KIO 1616/17 Izba oceniła zarzut w następujący sposób: „Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu zamkniętego w tym punkcie uzasadnienia odwołania. Z prezentowanego przez konsorcjum Tradex stanowiska i argumentów przez tegoż wykonawcę podnoszonych, wynika, w ocenie Izby, że w przypadku każdej z okoliczności podnoszonych w poszczególnych zarzutach skierowanych przeciw treści oferty złożonej przez powołane konsorcjum, stwierdzona w wyniku uznania tych zarzutów niezgodność treści oferty złożonej przez konsorcjum Tradex z treścią SIWZ miała ona swe źródło w błędnej interpretacji przez konsorcjum Tradex zapisów SIWZ i nieprawidłowym odczytaniu wymagań określonych przez Zamawiającego.

W świetle powyższego, Izba uznała, że wykazane zostało naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Tradex –

zarzuty z pkt 2.a)-d). Fakt ten, w ocenie Izby nie mógł jednak zostać uznany za naruszenie mające istotny wpływ na wynik postępowania.”

W ocenie aktualnego składu orzekającego wykładnia postanowień siwz odnoszących się wymagań zamawiającego w zakresie obudowy, co do sygnalizacji diodami LED poczyniona przez dwa składy orzekające w składach powiększonych prowadzi do wniosku, że treść siwz we wszystkich trzech postępowaniach zawierała dokładnie te same postanowienia, jednak ich ocena tak przez strony i uczestników postępowania jak i składy orzekające była skrajnie różna, albo przyjmowano, że sygnalizacja diodami Led musi odnosić się do każdego z elementów podanych przez zamawiającego z osobna i nie jest dopuszczalne, aby stan dla kilku elementów sygnalizowała w ten sam sposób jedna dioda albo zajmowano stanowisko odmienne, że postanowienia siwz nie zakazują łącznej sygnalizacji stanów przez jedną diodę. Biorąc powyższe pod uwagę Izba przychyliła się do stanowiska przystępującego, że nie może on ponosić negatywnych konsekwencji niejednoznacznych wymagań siwz w tym zakresie. Oferta przystępującego w zakresie serwera SR3A (e) wpisuje się bowiem w jedną z dwóch wyłożonych na gruncie tych samych postanowień siwz wykładni, a w konsekwencji brak jest jednoznacznego wzorca siwz, z którym treść oferty przystępującego byłoby niezgodna. W ocenie Izby zasługuje na aprobatę postulat przystępującego, aby zamawiający doprecyzował czy żąda sygnalizacji diodami LED każdego wymaganych przez niego stanów diagnostycznych z osobna i czy ma być to wymóg bezwzględny, czy też jak obecnie jedynie możliwość.

Izba co do serwera RS2A ustaliła, że przystępujący złożył w tym zakresie następujące oświadczenia :

- wysokość 6U w przypadku wykorzystania dodatkowej półki dyskowej, możliwość instalacji łącznie 16 dysków twardych Hot-Plug (2,5”) (z zastosowaniem dodatkowej zewnętrznej półki dyskowej).

Izbę o zaoferowaniu półki dyskowej przekonało drugie ze złożonych oświadczeń, gdyż umieszczone w nawiasie stwierdzenie nie było trybem przypuszczającym, ale wskazywało wprost na zastosowanie zewnętrznej półki dyskowej, natomiast możliwość instalacji dotyczyła jedynie maksymalnej ilości dysków twardych i w ocenie Izby nie można jej odnosić do zaoferowania półki.

Odwołujący nie przeczył faktowi, że dla zewnętrznej półki dyskowej zamawiający nie wymagał jej określenia nazwą, modelem, czy numerem seryjnym, a jedynie oceniał złożone oświadczenie jako niestanowcze. Izba tego przekonania nie podzieliła.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 7 [Zasady uczciwej konkurencji]

1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 89 [Odrzucenie oferty]

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego w odniesieniu do wymagań zamawiającego odnoszących się do serwera SR3A(e) nie możliwe było ustalenie jednoznacznego wzorca w treści siwz, a zatem nie możliwe było stwierdzenie niezgodności treści oferty z tym wzorcem, stąd stan faktyczny nie nadawał się do subsumpcji pod normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego w odniesieniu do wymagań zamawiającego odnoszących się do serwera SR2A, to wbrew stanowisku odwołującego oświadczenie przystępującego o zastosowaniu zewnętrznej półki dyskowej jest stanowcze i było dopuszczalne w świetle treści siwz, gdyż zamawiający dopuszczał zaoferowanie dodatkowej zewnętrznej półki dyskowej. W tym stanie rzeczy ustalony stan faktyczny nie nadaje się do subsumpcji pod normę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w przypadku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czyli wypełnił przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła, że firma Koncept nie zgłosiła przystąpienia, ani nie wniosła sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego w części odnoszącej się do zaniechania odrzucenia jej oferty. Natomiast przystąpienie przystępującego Fujitsu było częściowe i ograniczone wyłącznie do części odnoszącej się do zarzutów dotyczących przystępującego i w tym zakresie przystępujący wnosił o oddalenie odwołania. W ocenie Izby zatem przystępujący nie mógł zgłosić sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w odniesieniu do tych zarzutów, co do których nie wniósł przystąpienia. W tym stanie rzeczy konieczne stało się rozstrzygnięcie o częściowym umorzeniu postępowania na podstawie art. 186 ust. 3a, 4 i 4a ustawy, biorąc także pod uwagę wytyczne Sądu Najwyższego, że sentencja

orzeczenia Izby powinna odnosić się do całości odwołania wykonawcy. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musiała znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17.

Ponadto zauważenia wymaga, stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach, - które jest w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j. postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Dodatkowo pominięcie postanowienia o umorzeniu postępowania w sentencji wyroku, może prowadzić do sytuacji pozbawienia stron lub uczestnika postępowania prawa do sądu. Przykładowo na czynność częściowego umorzenia jak w niniejszej sprawie przysługuje bowiem sprzeciw wykonawcy, zawarcie zatem jedynie w uzasadnieniu wyroku informacji o uwzględnieniu przez zamawiającego zarzutów w części, przy jednoczesnym nieprawidłowym ustaleniu przez Izbę, że nie został wniesiony sprzeciw, powoduje, że uczestnik postępowania zostaje pozbawiony możliwości eliminacji tego błędu proceduralnego Izby w drodze kontroli instancyjnej, gdyż w sentencji orzeczenia brak jest substratu zaskarżenia. Natomiast w sytuacji, gdy Izba w wyroku postanowieniem częściowym umorzy postępowanie, mimo

skutecznego wniesienia sprzeciwu, uczestnikowi prawo skarżenia tej części orzeczenia będzie w ocenie Izby przysługiwało.

Wobec powyższego orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, ma charakter merytoryczny, gdyż odnosi się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 sentencji ma charakter formalny, gdyż dotyczy umorzenia postępowania, wobec uwzględnienia zarzutów w części nie objętej sprzeciwem, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Analogiczna sytuacja ma zatem miejsce w przypadku umorzenia postępowania w treści wyroku. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu, oraz zaniechanie odrzucenia oferty Koncept pomimo iż treść złożonych ofert jest niezgodna z treścią siwz

Zarzuty są niezasadne. Nie potwierdziły się tak w zakresie stanu faktycznego jak i prawnego, co ustalono powyżej, dlatego odwołanie w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty Fujitsu należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła odwołanie w oparciu o art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt. 2 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. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz przystępującego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury Vat złożonej przez zamawiającego na rozprawie z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodniczący: