

WYROK

z dnia 8 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie **7 listopada 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **24 października 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Itprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa macierzy dyskowych wraz z serwisem* (nr postępowania 17/4/13/16)

prowadzonym przez zamawiającego: **Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, Comp S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – Itprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Itprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2.** zasądza od **odwołującego – Itprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **zamawiającego – Resortowego Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi w Warszawie** kwotę **3697 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset dziewięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) – stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa macierzy dyskowych wraz z serwisem* (nr postępowania 17/4/13/16).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 czerwca 2016 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S_124-222265, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.rczsiut.wp.mil.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość tego zamówienia ustalona przez Zamawiającego przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 października 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Itprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Itprojekt”} – zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z uwagi na odrzucenie obydwu złożonych ofert.

24 października 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż:

1. Oparł swoje stanowisko o informacje dotyczące standardowej konfiguracji urządzenia pozyskane ze strony internetowej producenta co do danych technicznych zaoferowanego urządzenia, z pominięciem możliwości spełnienia tego warunku poprzez instalację dodatkowego serwera.
2. Błędnie uznał, że liczba LUN-ów i wolumenów logicznych jest tożsama w przypadku, gdy liczba LUN-ów nie przekłada się na liczbę wolumenów logicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających jego zdaniem wniesienie odwołania.

{zarzut pierwszy}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W zakresie monitorowania w pkt 14 specyfikacji Zamawiający wymagał, aby: *14.7 Oprogramowanie powinno posiadać możliwość monitorowania macierzy dyskowych jak również pozostałych komponentów sieci SAN (przełączników SAN, kart HBA). Dopuszczając przy tym możliwość: 14.11 Jeżeli oprogramowanie wymaga instalacji dodatkowych serwerów, to należy je dostarczyć w konfiguracji rekomendowanej dla oferowanego środowiska i pozwalającej na jego poprawną pracę.*

Wykonawca spełnił wymóg oferując *oprogramowanie zostanie zainstalowane na dedykowanym serwerze rh1288v3 będącego częścią konfiguracji macierzy, będzie one dostarczone w konfiguracji rekomendowanej dla oferowanego środowiska i pozwalającej na jego poprawną pracę.*

Następnie Wykonawca potwierdził spełnienie wymogu przez instalację dodatkowych serwerów w wyjaśnieniach z 1 września 2016 r.

Odwołujący zarzucił, że powyższe stoi w sprzeczności z dokumentacją techniczną, na której Zamawiający oparł swoje stanowisko odrzucając ofertę, gdyż informacje uzyskane przez Zamawiającego ze strony internetowej producenta co do danych technicznych zaoferowanego urządzenia dotyczą wyłącznie standardowej konfiguracji, z pominięciem możliwości spełnienia tego warunku poprzez instalację dodatkowego serwera.

{zarzut drugi}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający w zakresie cech użytkowych w pkt 16.1 wymagał, aby: *Macierz musi zapewnić możliwość natychmiastowego zdefiniowania i wystawienia do serwerów nie mniej niż 10 tysięcy wolumenów logicznych bez konieczności dokupienia i instalowania licencji lub elementów sprzętowych.*

Wykonawca w treści oferty, a następnie w wyjaśnieniach z 1 i 21 września 2016 r. potwierdził jednoznacznie spełnienie powyższego warunku. Zgodnie z najlepszą wiedzą Wykonawcy – posiadającego najwyższy stopień partnerstwa producenta na stronach internetowych producenta nie ma informacji sprzecznych ze złożonym oświadczeniem i wymogami Zamawiającego.

Co więcej, producent nie wyznacza w dostępnych specyfikacjach limitu możliwych do natychmiastowego zdefiniowania i wystawienia do serwerów wolumenów logicznych niższych niż wymagane 10 tys. wolumenów logicznych (bez konieczności dokupienia i instalacji jakichkolwiek licencji lub elementów sprzętowych).

W ocenie Wykonawcy Zamawiający mógł błędnie interpretować maksymalną liczbę możliwych do zdefiniowania LUN-ów (Logical Unit Number) na oferowanej macierzy jako

maksymalną liczbę możliwych do zdefiniowania i wystawienia do serwerów wolumenów logicznych.

Odwołujący wyhaśnił, że wolumeny logiczne (logical disk) są czasem błędnie utożsamiane z LUN-ami (Logical Unit Name), mimo iż są to dwa odmienne pojęcia:

- Wolumen logiczny (logical disk / lvm) – {definicja w domenie publicznej {[https://en.wikipedia.org/wiki/Logical_Volume_Manager_\(Linux\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Logical_Volume_Manager_(Linux))} stanowi podział przestrzeni dyskowej na wolumeny logiczne które można łatwo modyfikować zamiast partycji dyskowych.
- LUN (logical unit number) {definicja w domenie publicznej: https://en.wikipedia.org/wiki/Logical_unit_number} – może być odnoszony do całego fizycznego dysku, do części dysku fizycznego lub wolumenu dyskowego. Dysk fizyczny lub wolumen dyskowy może być całym fizycznym napędem dyskowym, partycją dyskową, wolumenem dyskowym uzyskiwanym / udostępnianym przez kontroler RAID który udostępnia większy zasób napędów dyskowych w celu uzyskania dodatkowej pojemności / redundancji / bezpieczeństwa danych. Lun stanowi logiczne przedstawienie przestrzeni dyskowej w sposób abstrakcyjny od fizycznej / sprzętowej warstwy, lub inaczej w zwirtualizowany sposób przedstawia fizyczne napędy dyskowe.

Odwołujący podniósł, że pojedynczy LUN zdefiniowany na oferowanej macierzy może być dostępny na wielu serwerach jednocześnie, stąd ograniczenie liczby LUN-ów nie przekłada się na liczbę wolumenów logicznych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie opisał następująco przedmiotowego wymogu: *Macierz musi zapewnić możliwość natychmiastowego zdefiniowania i wystawienia do serwerów nie mniej niż 10 tysięcy LUNów bez konieczności dokupienia i instalacji jakichkolwiek licencji lub elementów sprzętowych.* Wobec czego przedmiotowy zapis SIWZ należy odczytywać literalnie w następujący sposób: macierz musi zapewnić możliwość natychmiastowego zdefiniowania i wystawienia do serwerów nie mniej niż 10 tys. wolumenów logicznych.

Odwołujący wskazał, że macierz w oferowanej konfiguracji zapewnia zasoby dyskowe – wolumeny logiczne dostępne dla serwerów poprzez dedykowane dla macierzy oprogramowanie typu LVM (logical volume manager). Zamawiający nie sprecyzował przy tym definicji „wolumenu logicznego”. Z punktu widzenia Wykonawcy, będącego specjalistą w zakresie systemów i macierzy dyskowych, nie ma żadnych wątpliwości co do rozumienia pojęcia „wolumen logiczny”.

Równocześnie jeśli Zamawiający, który zadawał pytania Wykonawcy o wyżej opisaną funkcjonalność i otrzymał 1 września 2016 r. wyjaśnienia, powziął wątpliwości lub stwierdził, że w jego rozumieniu opisany parametr jest określony niejednoznacznie, powinien przyjąć,

że niejednoznaczne lub wprowadzające w błąd postanowienia specyfikacji nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców.

Pismem z 26 października 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 26 października 2016 r. przesłał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

28 października 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie, Comp S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Konsorcjum Qumak”} przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a także nie zgłoszono co do niego opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

4 listopada 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

{zarzut pierwszy}

Zamawiający podniósł, że biorąc udział w postępowaniu Odwołujący w tabeli A formularza ofertowego zobowiązany był podać między innymi jakiego typu oprogramowanie proponuje w celu spełnienia warunków postawionych w SIWZ.

Po zapoznaniu się z treścią oferty Zamawiający stwierdził nieścisłości uniemożliwiające ustalenie, które spośród oprogramowania wskazanego w formularzu ofertowym jest w stanie zrealizować funkcję z pkt 14.7 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Ponieważ w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 pzp Odwołujący ograniczył się do podtrzymania treści złożonej oferty, Zamawiający podjął próbę samodzielnego ustalenia, w oparciu o własną wiedzę i oficjalną dokumentację producenta które doprowadziło do wniosku, że zaoferowane rozwiązanie nie spełnia wymogu opisanego w pkt 14.7. Sam dodatkowy serwer nie jest w stanie zrealizować wymaganej funkcji bez zainstalowanego na nim oprogramowania narzędziowego, które nie zostało wyspecyfikowane w ofercie.

{zarzut drugi}

Zamawiający podniósł, że opierając się na dokumentacji producenta oferowanej macierzy stwierdził, że obsługuje ona maksymalnie 8192 LUN-y, który to parametr jest ściśle

powiązany z liczbą wolumenów logicznych, gdyż w celu wystawienia wolumenów logicznych trzeba je oznaczyć w unikalny sposób (nadać unikalny nr w celu uniknięcia konfliktów), które jest realizowane za pomocą Logical Unit Number (LUN – numer jednostki logicznej). Nie można zatem zdefiniować i wystawić więcej wolumenów logicznych niż macierz obsługuje LUN-ów. Według wiedzy Zamawiającego w języku branżowym informatyków w obszarze rozwiązań macierzowych ze względu na ścisłe powiązanie LUN z jednostkami logicznymi bardzo często używa się jednego, wspólnego sformułowania – LUN. Ma to tę zaletę, że odnosi się do ogólnie nazwanej „jednostki logicznej”, w której zakres mogą wchodzić różne obiekty (dyski fizyczne, grupy RAID, wolumeny fizyczne, wolumeny logiczne itp.). Stąd bardzo często używając zwrotu „LUN” (również w dokumentacjach) nie ma się na myśli tylko nr danej jednostki logicznej, ale również przypisaną do niego (zaadresowaną nim) przestrzeń dyskową (np. wolumen). Zamawiający dodał, że tak jest w przypadku dokumentacji producenta Huawei dotyczącej zaoferowanej przez Odwołującego macierzy.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z najkorzystniejszym bilansem ceny i terminu płatności ocenianych ramach kryteriów oceny ofert. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które

pozbawiają Itprojekt możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

{rozważania wspólne dla obu zarzutów}

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających

oferty – poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie treści oferty przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art.87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści

złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W odniesieniu do obu zarzutów Izba uznała za nieprzekonujące złożone przez Odwołującego w odniesieniu do obu zarzutów oświadczenia dwóch osób, określonych jako eksperci w zakresie oferowanych rozwiązań, gdyż ogólnikowe oświadczenia niczego nie wnoszą ponad własne twierdzenia Odwołującego, które muszą ustąpić wobec tego, co wynika z innych dowodów zgromadzonych w sprawie.

{rozstrzygnięcie pierwszego zarzutu}

Izba ustaliła jako istotne dla rozstrzygnięcia zarzut poniższe okoliczności.

Zamawiający wymagał w s.i.w.z. m.in., aby oferta zawierała formularz ofertowy co do treści według wzoru z załącznika nr 1 do s.i.w.z. {rozdział X *Opis sposobu przygotowania ofert* pkt 1 ppkt 1}. W druku formularza ofertowego zamieszczono w szczególności tabelę opatrzoną powyżej uwagą, że przedstawia ona wszystkie koszty i składniki przedmiotu zamówienia, które po zsumowaniu składają się na łączną wartość brutto wskazaną w pkt 1 formularza ofertowego. Część tabeli nazwana „Tabelą A” dotyczy części zamówienia „Dostawa macierzy dyskowej wraz z oprogramowaniem, licencjami oraz gwarancją”, o której mowa w części A opisu przedmiotu zamówienia (załączniku nr 5 do s.i.w.z.). Poniżej zamieszczono trzy wiersze: lp. 1 „Macierz wraz z wyposażeniem zgodnie z SIWZ”, lp. 2

„oprogramowanie zgodnie z SIWZ”, lp. 3 „licencje zgodnie z SIWZ”, wymagając od wykonawcy składającego ofertę podania, oprócz ceny jednostkowej i wartości brutto, producenta, modelu i typu (w kolumnie 6 tabeli) {Formularz ofertowy – załącznik nr 1 do s.i.w.z.}.

W części A opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do s.i.w.z.) – „Dostawa macierzy dyskowej wraz z oprogramowaniem, licencjami oraz gwarancją” w pkt 14 Monitorowanie zamieszczono w szczególności następujące postanowienia:

14. 1 Wymagane jest uruchomienie monitorowania macierzy w jednym narzędziu polegającego na obserwacji bieżących parametrów obciążeniowych oraz wykonywania i dostarczenia w formie papierowej i elektronicznej comiesięcznych raportów zawierających statystyki utylizacji następujących komponentów dla macierzy za ostatni miesiąc: (...) Oprogramowanie do monitorowania powinno umożliwiać w jednym punkcie monitorowania na poziomie zasobów centrum przetwarzania danych jak i aplikacji biznesowych dla dostarczanych macierzy.

14.7 Oprogramowanie powinno posiadać możliwość monitorowania macierzy dyskowych jak również pozostałych komponentów sieci SAN (przełączników SAN, kart HBA).

14.11 Jeżeli oprogramowanie wymaga instalacji dodatkowych serwerów, to należy je dostarczyć w konfiguracji rekomendowanej dla oferowanego środowiska i pozwalającej na jego poprawną pracę.

Itprojekt w odniesieniu do oprogramowania monitorującego sprecyzował w ofercie, że: *Oprogramowanie zostanie zainstalowane na dedykowanym serwerze rh1288v3 będącego częścią konfiguracji macierzy, będzie one dostarczone w konfiguracji rekomendowanej dla oferowanego środowiska i pozwalającej na jego poprawną pracę {„Specyfikacja techniczna dostarczanego sprzętu i oprogramowania”}.*

W toku badania oferty, w tym na wyraźne wezwanie Zamawiającego o wykaz oferowanego oprogramowania, Itprojekt odesłał do pkt 14.7 specyfikacji technicznej sprzętu i oprogramowania z oferty. W szczególności nie wskazywał w tym charakterze SmartVirtualization license z pkt 3 formularza ofertowego {wyjaśnienia z 1 września 2016 r.}.

Dopiero w toku postępowania odwoławczego Odwołujący sprecyzował, że oprogramowaniem monitorującym będzie Huawei eSight management software, które jest obsługiwane przez serwer rh1288 v3. {a nie, jak w tłumaczeniu przedstawionym przez Odwołującego: *Huawei eSight wspiera oprogramowanie do zarządzania*}.

Nigdzie w treści oferty ani w treści składanych wyjaśnień nazwa tego oprogramowania nie została podana.

Ponadto Izba stwierdziła, że z faktu kompatybilności macierzy OceanStor 5500 V3 z wieloma modelami przełączników i kart Host Bus Adapter, a także możliwości zarządzania

urządzeniami sieciowymi i usługami, w tym przełącznikami SAN, nie wynika, że oprogramowanie SmartVirtualization license posiada zarówno możliwość monitorowania macierzy dyskowych, jak również pozostałych komponentów sieci SAN (przełączników SAN, kart HBA).

Izba zważyła, że w tych okolicznościach oferta Itprojekt jest niezgodna z treścią specyfikacji, gdyż nie zawiera sprecyzowania oprogramowania monitorującego, które w ramach zaoferowanej konfiguracji macierzy miało być zainstalowane na dodatkowym serwerze, pomimo że było to wprost wymagane na mocy przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z.

Jednocześnie nie ma miejsca na zastosowanie instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż nawet Przystępujący nie twierdzi, że doszło do jakiegokolwiek omyłki. Przede wszystkim w dokumentach oferty brak jest jakiegokolwiek punktu zaczepienia, który pozwalałby na odczytanie woli zaoferowania do monitorowania macierzy oprogramowania Huawei eSight management software. Sprecyzowanie w tym zakresie treści oferty dopiero w toku postępowania odwoławczego nie jest działaniem spóźnionym, gdyż narusza zakaz wynikający z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp.

Biorąc pod uwagę, że zarówno w wyjaśnieniach, co powtórzono w odwołaniu, Itprojekt wskazywał, że monitorowanie zapewnia przez instalację oprogramowania na dodatkowym serwerze, bez znaczenia, a przy tym niewiarygodne i nieudowodnione, jest twierdzenie przez Odwołującego dopiero na rozprawie, jakoby funkcję monitorowania pozostałych komponentów sieci SAN (przełączników SAN, kart HBA) pełniło oprogramowanie objęte jedną z licencji wskazanych w formularzu oferty.

{rozstrzygnięcie drugiego zarzutu}

Izba ustaliła jako istotne dla rozstrzygnięcia zarzut poniższe okoliczności.

W części A opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do s.i.w.z.) – „Dostawa macierzy dyskowej wraz z oprogramowaniem, licencjami oraz gwarancją” w pkt 14 Monitorowanie zamieszczono w szczególności następujące postanowienia:

16.1 Macierz musi zapewnić możliwość natychmiastowego zdefiniowania i wystawienia do serwerów nie mniej niż 10 tysięcy wolumenów logicznych bez konieczności dokupienia i instalowania licencji lub elementów sprzętowych.

Z dokumentacji producenta macierzy (Huawei) OceanStor 5500 V3 wynika, że w zakresie natychmiastowego zdefiniowania i wystawiania do serwerów wolumenów logicznych (bez konieczności instalowania innych licencji lub elementów sprzętowych) utożsamiono wolumen logiczny z LUN-em, a ten model macierzy jest w stanie natychmiast

maksymalnie zdefiniować i wystawić 8192 LUN-ów, które jako wolumeny logiczne mogą być potem modyfikowane za pomocą odpowiedniego menadżera aplikacji (Logical Volume Manager) {co wynika z dowodów przedstawionych na rozprawie przez Zamawiającego, ale i Odwołującego.}

Izba zważyła w tych okolicznościach, że Odwołujący nie może skutecznie powoływać się na to, że nieścisłość powyżej przywołanego opisu parametru nie może działać na jego niekorzyść. Po pierwsze – zamówienie ma charakter specjalistyczny i Izba nie dała wiary, że Odwołujący jako profesjonalista nie był w stanie zidentyfikować, że termin „wolumen logiczny” użyto w znaczeniu „LUN”. W ocenie składu orzekającego nie każda niedoskonałość opisu przedmiotu zamówienia może być interpretowana na korzyść wykonawcy, który się na nią powołuje, a taka zasada wywiedziona w orzecznictwie nie ma charakteru absolutnego, gdyż znaczenie mają okoliczności danej sprawy. Po drugie.– powyższa nieścisłość nie ma znaczenia w przypadku Odwołującego, który zaoferował macierz producenta, który tak jak Zamawiający utożsamia oba te terminy. Z tego względu Izba uznała za bez znaczenia dla sprawy podkreślane przez Odwołującego rozróżnienie terminów i zgłoszone w tym zakresie dowody, gdyż nie odnoszą się one do tego konkretnego opisu przedmiotu zamówienia. Dowody przedstawione na rozprawie świadczą o tym, że w jednym ze znaczeń LUN może być utożsamiany z wolumenem logicznym. Po trzecie – Odwołujący sam przyznał na rozprawie, że producenci macierzy podają liczbę LUN-ów, a nie wolumenów logicznych do dalszego utworzenia za pomocą menadżera LVM, gdyż to jest parametr krytyczny, a dla zapewnienia możliwości natychmiastowego zdefiniowania i wystawienia 10 tys. LUN-ów musiały zaoferować wyższy model macierzy.

Skoro niesporne jest, że zaoferowana macierz nie może natychmiast wystawić i zdefiniować takiej liczby LUN-ów rozumianych jako wolumeny logiczne, Zamawiający prawidłowo uznał również w tym zakresie ofertę Itprojekt za niezgodną z treścią s.i.w.z., w tym przypadku z uwagi na niespełnienie tego parametru. Stwierdzona niezgodność nie podlega sanowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż jej usunięcie wymagałoby zaoferowania zupełnie innego modelu macierzy, co stanowiłoby obejście zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis, a także uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, według złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: