

**WYROK**  
**z dnia 31 marca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:   Katarzyna Poprawa**  
**Aleksandra Patyk**  
**Irmina Pawlik**

**Protokolant:         Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie BMM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Rudnie Małej oraz A. C. i T. L. prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą C. A. Usługi Informatyczne, INET SC A. C. T. L. w Kolbuszowej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Specjalistyczny Ducha Świętego w Sandomierzu**

przy udziale **wykonawcy Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 622/21 po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach w związku z zaoferowaniem niezgodnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia serwerowego systemu operacyjnego do serwera wirtualizacyjnego,
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaoferowania zasilacza awaryjnego UPS KEOR T EVO 10-15-20-30-kVa niezgodnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Grupa E spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. pozostały zarzut odwołania oddala,
4. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zamawiającego w częściach równych i:
  - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci ½ wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny Ducha Świętego w Sandomierzu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. Dostawa i wdrożenie infrastruktury serwerowej dla oprogramowania dla Szpitalnego Systemu Informatycznego (SSI) znak sprawy: PN/26/2020 (zwane dalej postępowaniem).

Zamawiający przewidział, że zamówienie realizowane będzie w dwóch częściach:

Część I. - dostawa i wdrożenie infrastruktury serwerowej i oprogramowania SSI;

Część II. - modernizacja sieci LAN w zakresie dostawy i wdrożenia infrastruktury sieciowej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie .... Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2020 r., numer ogłoszenia TED: 2020/S 172- 413863.

W dniu 26 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie (w zakresie części I), przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: BMM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Rudnie Małej oraz A. C. i T. L. prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą C. A. Usługi Informatyczne INET SC A. C. T. L. w Kolbuszowej wobec:

1. czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawcę Grupa E Sp. z o.o., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy ("**Grupa E**" lub "**Wykonawca**") pomimo tego, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp jako nie odpowiadająca treści SIWZ;
2. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na sprzeczność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej "**SIWZ**") polegającą na tym, że:
  - 1) zasilacz awaryjny UPS KEORT EVO 10-15-20-30 kVA zaoferowany przez Grupę E nie spełnia minimalnych parametrów funkcjonalnych wymaganych przez Zamawiającego wskazanych w pkt II.1.8 Załącznika nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia,
  - 2) oprogramowanie wirtualizacyjne VMware vSphere 7 Essentials Plus Kit zaoferowane przez Grupę E nie spełnia minimalnych wymagań wskazanych w pkt II.2.4 Załącznika nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia,
  - 3) serwerowy system operacyjny do serwera wirtualizacyjnego WinSvrStdCore 2019 OLP 16Lic NL Gov CoreLic + 4x 2Lic NL Gov CoreLic zaoferowany przez Grupę E nie spełnia minimalnych parametrów funkcjonalnych wymaganych przez

Zamawiającego wskazanych w pkt w pkt II.2.1. Załącznika nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie pomimo tego, że oferta złożona przez Grupę E nie odpowiada treści SIWZ, bowiem:

- 1) zasilacz awaryjny UPS KEOR T EVO 10-15-20-30 kVA zaoferowany przez Grupę E nie spełnia minimalnych parametrów funkcjonalnych wymaganych przez Zamawiającego wskazanych w pkt II.1.8 Załącznika nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia,
- 2) oprogramowanie wirtualizacyjne VMware vSphere 7 Essentials Plus Kit zaoferowane przez Grupę E nie spełnia minimalnych wymagań wskazanych w pkt II.2.4 Załącznika nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia,
- 3) serwerowy system operacyjny do serwera wirtualizacyjnego WinSvrStdCore 2019 OLP 16Lic NL Gov CoreLic + 4x 2Lic NL Gov CoreLic zaoferowany przez Grupę E nie spełnia minimalnych parametrów funkcjonalnych wymaganych przez Zamawiającego wskazanych w pkt II.2.1. Załącznika nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b nowej ustawy Pzp:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Grupy E, jako najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty Grupy E na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
3. powtórzenie czynności badania oraz oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wykazując interes we wniesieniu odwołania, podniósł iż naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Co za tym idzie, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte postępowaniem. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie

z Zamawiającym umowy, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania Odwołującego będzie to możliwe. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

W postępowaniu złożone następujące oferty, z tym że w zakresie części I- oferty złożyło dwóch wykonawców, w zakresie części II – jeden wykonawca:

1. GRUPA E Sp. z o.o.

Ul. Piwna 32, 43 400 Tychy

Część I. - 2.077.600,00 zł. (cena netto)      Część I. – 2.545.398,00 zł. (cena brutto)

Część II.- 519.500,00 zł. (cena netto)      Część II. - 638.985,00 zł (cena brutto)

2. Konsorcjum Firm: BMM Sp, z o.o. Rudna Mała 47B

36-060 Głogów Małopolski, ul. Handlowa 4a,

INET s.c. A. C., T. L.

36-100 Kolbuszowa

Część I. - 2.429.695,20 zł. (cena netto)      Część I. - 2.978.625,11 zł. (cena brutto)

W dniu 1 lutego 2021 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę GRUPA E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach do złożenia wyjaśnień treści oferty i potwierdzenia parametrów zaoferowanego sprzętu w odniesieniu do wskazanych przez Zamawiającego wątpliwości, tj. informacji ze strony producenta o braku możliwości udostępnienia pojedynczego urządzenia fizycznego (PCIe) jako logicznie separowane wirtualne urządzenia dedykowane dla poszczególnych maszyn wirtualnych, a tym samym braku spełniania wymogu określonego w pkt II.2.4 Załącznika nr 1A do SIWZ - SOPZ w brzmieniu *"system musi umożliwiać udostępnianie pojedynczego urządzenia fizycznego (PCIe) jako logicznie separowane wirtualne urządzenia dedykowane dla poszczególnych maszyn wirtualnych"*.

W dniu 3 lutego 2021 r. Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 1 lutego 2021 r., przedstawił wyjaśnienia w których wskazał, że zaoferowany sprzęt spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ.

W dniu 16 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez Grupę E jako najkorzystniejszej zarówno w zakresie Części I., jak i Części II., wskazując

również na punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert oraz łączną punktację.

Odwołujący nie zgodził się z czynnością Zamawiającego i uważa, że została ona dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jak wynika z ugruntowanego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność złożonej oferty z wymaganiami jakie Zamawiający stawia w SIWZ (w przedmiotowej sprawie - w Załączniku nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia) powinna stanowić podstawę do odrzucenia oferty. Za reprezentatywne w tym zakresie należy wskazać orzeczenia Izby:

*"Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zachodzi gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym Dostępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy, przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ." (KIO 191/20)*

*"Odrzucenie oferty, skutkuje tym, że oferta ta zostaje wyeliminowana z postępowania co przekreśla szanse wykonawcy, który ją złożył, na uzyskanie zamówienia. Zatem tak istotna i brzemenna w skutki czynność zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, może być podjęta wyłącznie wtedy gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym niezgodność ta musi wynikać wprost z zapisów SIWZ i nie może być domniemywana albo też wyinterpretowana z treści wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania." (KIO 69/20)*

*"Zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty, na kanwie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, wymaga jednoznacznego wykazania na czym zarzucana niezgodność oferty polega - poprzez klarowne wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia. Zatem punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty*

jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu." (KIO 2686/19)

*"Niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego)." (KIO 1650/18)*

*"Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zatem de lege lata o niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić w sytuacji, ody oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia." (KIO 50/17)*

Przenosząc powyższy dorobek orzecniczy Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowany na przestrzeni ostatnich lat na grunt niniejszego postępowania należy wskazać, że oferta Grupy E powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co zostało szczegółowo uargumentowane poniżej.

#### **Ad. 1.**

**Brak spełniania minimalnych parametrów funkcjonalnych wymaganych przez Zamawiającego wskazanych w pkt II. 1.8 Załącznika nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przez zasilacz awaryjny UPS KEOR T EVO 10-15-20-30 kVA zaoferowany przez Grupę E**

Zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt II.1.8 Załącznika nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia ("SOPZ"), Zamawiający wymaga dostarczenia 2 szt. UPS (ang. uninterruptible power supply - bezprzerwowy zasilacz awaryjny) i podłączenie ich do rozdzielni elektrycznej w pomieszczeniu laboratorium, spełniających opisane w SIWZ minimalne parametry funkcjonalne.

Grupa E w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2A do SIWZ wskazała, że dostarczy 2 sztuki zasilacza awaryjnego UPS LEGRAND KEORT EVO 20 kVA (18 kW) o wartości 60.000,00 złotych netto.

Zestawiając poszczególne parametry stanowiące wymagania minimalne dotyczące zasilacza UPS przedstawione przez Zamawiającego w SOPZ z parametrami wskazanymi w karcie katalogowej zasilacza awaryjnego UPS KEOR T EVO 10-15-20-30 kVA zaoferowanego przez Grupę E w Formularzu cenowym, należy podkreślić że nie zostały spełnione parametry dotyczące napięcia wejściowego, zakresu napięcia wejściowego, częstotliwości wejściowej, THDi, THDu oraz wymogów związanych z charakterystyką ładowania. Rozbieżności w powyższym zakresie zostały przedstawione w poniższej tabeli:

Cecha	Minimalne wymagania wynikające z SOPZ	Parametry zasilacza awaryjnego UPS KEOR T EVO 10-15-20-30 kVA
Napięcie wejściowe	380, 400, 415V, 50/60Hz	400 V, 3f+N+PE
Zakres napięcia wejściowego	277 - 485 VAC (bez obniżania wartości znamionowych) lub 340-460 VAC (bez obniżania wartości znamionowych) lub 190-277 VAC (liniowe obniżenie wartości znamionowej przy obciążeniu od 50% do 100%)	312 - 467 f-f przy obciążeniu 100% 208 - 467 f-f przy obciążeniu 50%
Częstotliwość wejściowa	50Hz/60Hz (43,0 + 68.4 Hz)	45/65 Hz
THDi	< 3% / pełne obc.	< 5% przy obciążeniu 100%
THDu	< 1%	< 2% (obciążenie liniowe) < 4% (obciążenie nieliniowe)
Charakterystyka ładowania	Zaawansowane ładowanie nieciągłe, 3- stopniowe	Boost - zaawansowany układ zarządzania i kontroli temperatury

Podkreślić należy, że jeśli chodzi o napięcie wejściowe, to zasilacz awaryjny UPS KEORT EVO 10-15-20-30 kVA nie spełnia parametru wskazanego w SOPZ, bowiem oferuje on zaledwie jeden poziom napięcia wejściowego, tj. 400 V, 3f+N+PE zamiast wymaganego przez Zamawiającego, tj. 380, 400, 415V, 50/60Hz.

Jeśli chodzi o parametry zakresu napięcia wejściowego, jak i częstotliwości wejściowej to zestawienie parametrów w tabeli powyżej wskazuje, iż zarówno zakres napięcia wejściowego, jak i częstotliwość wejściowa zasilacza awaryjnego UPS KEOR T EVO 10-15-20-30 kVA zaoferowanego przez Grupę E jest węższa od parametrów wymaganych przez Zamawiającego, czego efektem jest częstsze przechodzenie zasilacza awaryjnego



na zasilanie z baterii w sytuacji wahań napięcia zasilającego, co z kolei skutkuje szybszym zużyciem baterii oraz wcześniejszą koniecznością ich wymiany, co spowoduje powstanie dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego.

W przypadku parametru THDi należy podkreślić, że wyższy poziom współczynnika zawartości harmonicznych prądu wejściowego powoduje większe odkształcenie sinusoidy prądu pobieranego ze źródła oraz przegrzewanie się instalacji zasilającej bądź transformatora, a w konsekwencji przewymiarowania agregatu prądotwórczego.

W przypadku THDu, zaoferowany przez Grupę E zasilacz awaryjny UPS KEOR T EVO 10-15-20-30 kVA nie spełnia parametru wskazanego w SOPZ, efektem czego może być odkształcenie, a w efekcie mniejsza jakość napięcia zasilającego skutkująca powstaniem szeregu potencjalnych problemów technicznych po stronie Zamawiającego.

Zaoferowany przez Grupę E zasilacz awaryjny UPS KEORT EVO 10-15-20-30 kVA nie spełnia także wymogu w zakresie charakterystyki ładowania, bowiem rozwiązanie którym posługuje się zasilacz awaryjny zaoferowany przez Grupę E cechuje standardowy układ ładowania, polegający na tym że ładowarka pozostaje przez cały czas włączona, co skutkuje obniżeniem sprawności zasilacza awaryjnego oraz szybszym zużyciem baterii.

Zgodnie z powyższym wskazać należy, iż zasilacz awaryjny UPS KEOR T EVO 10- 15-20-30 kVA zaoferowany przez Grupę E nie spełnia aż sześciu parametrów wymaganych przez Zamawiającego, a tym samym treść oferty złożonej przez Grupę E jest niezgodna z SIWZ

i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

## **Ad. 2.**

### **Brak spełniania minimalnych wymagań wskazanych w pkt II.2.4 Załącznika nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przez oprogramowanie wirtualizacyjne VMware vSphere 7 Essentials Plus Kit zaoferowane przez Grupę E**

Zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt II.2.4 Załącznika nr 1A do SIWZ - SOPZ, Zamawiający wymaga dostarczenia oprogramowania do wirtualizacji spełniającego szereg wymagań minimalnych wśród których Zamawiający wskazał, że *"system musi umożliwiać udostępnianie pojedynczego urządzenia fizycznego (PCIe) jako logicznie separowane wirtualne urządzenia dedykowane dla poszczególnych maszyn wirtualnych"*.

W dniu 1 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie spełniania pkt II.2.4 Załącznika nr 1A do SIWZ - SOPZ. Zamawiający wskazał, iż z informacji ze strony producenta wynika, że zaoferowane oprogramowanie nie ma możliwości udostępnienia pojedynczego urządzenia fizycznego (PCIe) jako logicznie separowane

wirtualne urządzenia dedykowane dla poszczególnych maszyn wirtualnych, a tym samym nie spełnia wymagania określonego w pkt II.2.4 Załącznika nr 1A do SIWZ - SOPZ w brzmieniu *"system musi umożliwiać udostępnianie pojedynczego urządzenia fizycznego (PCIe) jako logicznie separowane wirtualne urządzenia dedykowane dla poszczególnych maszyn wirtualnych"*.

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 3 lutego 2021 r. wskazał, że oprogramowanie wirtualizacyjne - VMware vSphere 7 Essentials Plus Kit, zaoferowane w złożonej przez niego ofercie spełnia wszystkie zdefiniowane przez Zamawiającego w SOPZ wymagania, a w szczególności wymaganie *"Konsolidacja: 33. System musi umożliwiać udostępnianie pojedynczego urządzenia fizycznego (PCIe) jako logicznie separowane wirtualne urządzenia dedykowane dla poszczególnych maszyn wirtualnych"*.

W dalszej części wyjaśnień GRUPA E wskazała, że urządzeniami PCIe są karta sieciowa (PCI) oraz dysk z kontrolerem dysków NVMe (PCI).

W zakresie karty sieciowej PCIe Wykonawca wskazał, iż:

*"Przydzielenie karty sieciowej PCIe można zrealizować przez funkcjonalność wirtualnego przełącznika Virtual Switch (wirtualnego switcha). Funkcjonalność ta umożliwia podział fizycznej karty sieciowej i udostępnienie jej zasobów dla poszczególnych maszyn wirtualnych VM. Funkcjonalność ta jest dostępna w każdej wersji oprogramowania VMware. Także bezpłatnego ESXi.*

[...]

*Podział taki realizowany jest poprzez utworzenie wirtualnego przełącznika dla karty sieciowej i przydział poszczególnych wirtualnych kart sieciowych dla poszczególnych maszyn wirtualnych."*

W zakresie karty kontrolera dysków NVMe PCIe z dyskiem, Wykonawca wskazał że: *"Przydzielenie urządzenia danych wykorzystującego połączenie zasobu dyskowego poprzez kartę kontrolera NVMe PCIe, można zrealizować w oparciu o zamontowanie zasobu dyskowego jako datastore. Zasób taki jest definiowany z poziomu vSphere Client w każdej z dostępnych wersji oprogramowania VMware vSphere i jest to podstawowa funkcjonalność wirtualizatora.*

[...]

*Podział taki realizowany jest poprzez utworzenie zasobu dyskowego, na urządzeniu karty kontrolera NVMe PCIe z dyskiem i przydzielenie fragmentów utworzonego zasobu dyskowego dla poszczególnych maszyn wirtualnych"*

Zgodnie z informacją przedstawioną na stronie producenta zaoferowane przez Wykonawcę oprogramowanie wirtualizacyjne - VMware vSphere 7 Essentials Plus Kit cechuje:

Obsługa wirtualizacji wejścia/wyjścia pojedynczego rdzenia (SR-IOV) - umożliwia przedstawienie jednej karty PCI Express (PCIe) jako wielu oddzielnych urządzeń logicznych dla maszyn wirtualnych; pozwala użytkownikom na odciążenie procesu przetwarzania wejścia/wyjścia i zmniejszenie opóźnień sieciowych.

Przed nawias należy wyciągnąć fakt, iż pakietem do którego odnosi się obsługa wirtualizacji wejścia/wyjścia pojedynczego rdzenia (SR-IOV) jest vSphere Enterprise Plus, zaś zaoferowane przez Grupę E oprogramowanie wirtualizacyjne - VMware vSphere 7 Essentials Plus Kit objęte jest pakietem vSphere Standard, a więc pakietem do którego producent nie przewidział obsługi wirtualizacji wejścia/wyjścia pojedynczego rdzenia (SR-IOV).

Wskazać należy, że zgodnie z definicją wirtualizacji SR-IOV zawartą na stronie internetowej International Business Machines Corporation ([https://www.ibm.com/support/knowledgecenter/pl/POWER7/p7hbl/iphbl\\_vios\\_concepts\\_network\\_sriov.htm](https://www.ibm.com/support/knowledgecenter/pl/POWER7/p7hbl/iphbl_vios_concepts_network_sriov.htm): dostęp 25 luty 2021 r.), a więc jednego z największych przedsiębiorstw na świecie oferujących rozwiązania w oparciu o usługi doradcze i informatyczne oraz oprogramowanie i sprzęt:

*"Wirtualizacja SR-IOV (Single Root I/O Virtualization) jest architekturą standardu PCIe, w której zdefiniowano rozszerzenia specyfikacji PCIe w celu umożliwienia jednoczesnego działania*

*w systemie wielu partycji logicznych współużytkujących urządzenia PCI. W architekturze tej zdefiniowano wirtualne repliki funkcji PCI znane jako funkcje wirtualne (virtual functions - VF). Partycja logiczna może łączyć się bezpośrednio z funkcją wirtualną adaptera SR-IOV bez przechodzenia przez pośrednika wirtualnego (virtual intermediary - VI), takiego jak Hiperwizor POWER lub wirtualny serwer we/wy. Zapewnia to alternatywne rozwiązanie o niewielkim opóźnieniu i mniejszym wykorzystaniu procesora dzięki uniknięciu pośrednika wirtualnego".*

Zgodnie z wyjaśnieniami Grupy E "Przydzielenie karty sieciowej PCIe można zrealizować przez funkcjonalność wirtualnego przełącznika Virtual Switch (wirtualnego switcha)" oraz "Przydzielenie urządzenia danych wykorzystującego połączenie zasobu dyskowego poprzez kartę kontrolera NVMe PCIe, można zrealizować w oparciu o zamontowanie zasobu dyskowego jako datastore", a więc jest to zupełnie inna technologia niż wymagana przez Zamawiającego, ponieważ wprowadza ona swego rodzaju "pośrednik" pomiędzy maszyną wirtualną a kontrolerem.

W świetle powyższego należy uznać, że oferta Grupy E powinna zostać uznana, jako nieodpowiadająca treści SIWZ, a tym samym Zamawiający był obowiązany do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający przyjął jako właściwe wyjaśnienia

złożone przez Wykonawcę pomimo tego, że stały one w rażącej sprzeczności z określonymi w dokumentacji przetargowej wymaganiami.

### Ad 3.

#### **Brak spełniania minimalnych parametrów funkcjonalnych wskazanych w pkt II.2.1 Załącznika nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przez serwerowy system operacyjny do serwera**

Zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt II.2.1 Załącznika nr 1A do SIWZ - SOPZ, Zamawiający wymaga aby serwerowy system operacyjny posiadał następujące, wbudowane cechy:

*"Windows Server Standard Core 2019 Open No Level Government CoreLicense lub równoważne. Komplet umożliwiający licencjonowanie wszystkich rdzeni i procesorów w serwerach wirtualizacyjnych i backup (15 licencji dla serwerów wirtualizacyjnych oraz 1 licencja dla serwera backup lub licencja MS Windowst Data Center 2019) z pkt odpowiednio II. 1.1 i II. 1.2"*

Natomiast zgodnie z pkt II.1.1 Załącznika nr 1A do SIWZ - SOPZ, Zamawiający wymaga dostarczenia 3 sztuk serwerów spełniających minimalne parametry funkcjonalne opisane w Załączniku nr 1A do SIWZ - SOPZ.

Grupa E w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2A do SIWZ wskazała, że w zakresie serwerowego systemu operacyjnego oferuje:

#### Serwerowy system operacyjny do serwer wizualizacyjny -

10	Serwerowy system operacyjny do serwer wizualizacyjny	Nazwa systemu: WinSwSTDCore 2019 OLP 16Lic NL Gov Cortlic + 4x 2Lic NL Gov CoreLic Producent: Microsoft	szt.	15	5 200,00 zł	78 000,00 zł	23
11	Serwerowy system operacyjny do serwer kopii (backup)	Nazwa systemu: Win5vrSTDCore 2019 OLP 16Lic NL Gov CoreLic Producent: Microsoft	szt.	1	3 500,00 zł	3 500,00 zł	23

Microsoft na polski rynek Arrow ECS Sp. z o.o. zaoferowany przez Grupę E serwerowy system operacyjny do serwera wirtualizacyjnego daje prawo licencji dla 360 fizycznych rdzeni, zgodnie

z następującym wyliczeniem:

WinSvrStdCore 2019 OLP 16Lic NL Gov CoreLic + 4x 2Lic NL Gov CoreLic x 15 kompl. fana, virtual machines) prawo licencji dla **360 fizycznych rdzeni**.

Natomiast prawidłowa liczba licencji wynikająca z zapisów licencyjnych firmy Microsoft (dostępnych na stronie internetowej Microsoft, pod adresem:

[https://download.microsoft.com/download/7/C/E/7CED6910-C7B2-4196-8C55-](https://download.microsoft.com/download/7/C/E/7CED6910-C7B2-4196-8C55-208EE0B427E2/Windows_Server_2019_licensing_datasheet_EN_US.pdf)

[208EE0B427E2/Windows Server 2019 licensing datasheet EN US.pdf](https://download.microsoft.com/download/7/C/E/7CED6910-C7B2-4196-8C55-208EE0B427E2/Windows_Server_2019_licensing_datasheet_EN_US.pdf): dostęp 25 luty 2021 r.)

dla trzech serwerów wirtualizacyjnych wyraża się w wyliczeniu:

WinSvrStdCore 2019 OLP 16Lic NL Gov CoreLic x3 + 12x 2Lic NL Gov CoreLic x 8 kompl. (ang. virtual machines) prawo licencji dla 576 fizycznych rdzeni.

Zgodnie z informacją zawartą na stronie producenta prawo licencji dla 576 fizycznych rdzeni jest wymaganą liczbą licencji w przypadku użycia produktu Windows Server Standard i zapotrzebowaniu na 15 kompletów (ang. virtual machines).

Z przytoczonych powyżej okoliczności wynika, że oferta Wykonawcy nie zachowuje zasad licencjonowania firmy Microsoft na zakup licencji, ponieważ zaoferowany przez nią serwerowy system operacyjny do serwera wirtualizacyjnego daje prawo licencji dla 360 fizycznych rdzeni, a więc o 216 fizycznych rdzeni mniej niż wymaganych przez Microsoft, co zostało potwierdzone przez autoryzowanego dystrybutora rozwiązań firmy Microsoft na polski rynek - Arrow ECS Sp. z o.o.

Zgodnie z powyższym wskazać należy, iż serwerowy system operacyjny do serwera wirtualizacyjnego WinSvrStdCore 2019 OLP 16Lic NL Gov CoreLic + 4x 2Lic NL Gov CoreLic zaoferowany przez Grupę E nie spełnia minimalnych parametrów funkcjonalnych wymaganych przez Zamawiającego, a tym samym treść oferty złożonej przez Grupę E jest niezgodna z SIWZ i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że nie jest możliwe dokonanie poprawienia oferty Grupy E na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem prowadziłoby to do istotnej zmiany oferty, ponieważ konieczne byłoby zaoferowanie przez Grupę E odmiennego niż objętego ofertą asortymentu UPS i oprogramowania. Zatem zmieniłyby się nie tylko parametry techniczne UPS i oprogramowania ale przede wszystkim asortyment tj. zostałyby zaoferowane inne urządzenie UPS i inne oprogramowanie.

W świetle powyższego Odwołujący wnosi jak w petitum odwołania.

W dniu 1 marca 2021 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Grupa E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (dalej jako

Przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 25 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 26 marca 2021 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

W oparciu o treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”)

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Grupa E Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

## **Izba ustaliła co następuje:**

Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 r Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z ustaleniami dokonanymi w trakcie posiedzenia z udziałem stron oraz rozprawy z udziałem stron, jak również mając na uwadze całość dokumentacji zawartej w aktach sprawy Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt VI.D.2 (str. 15) wykonawcy winni złożyć:

*Wypełniony i podpisany przez wykonawcę Formularz cenowy dla każdej z części, na którą składana jest oferta wg wzoru określonego w Załączniku nr 2A i/lub 2B do SIWZ, który będzie stanowić załącznik do oferty wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest wskazać producenta, pełny symbol, model i nazwę zaoferowanego przedmiotu zamówienia*

*w odpowiednich pozycjach ww. formularzy. Wskazanie to musi umożliwiać jednoznaczną ocenę oferowanego przedmiotu zamówienia. W oznaczonych pozycjach wykonawca zobowiązany jest także do podania wymaganych parametrów lub informacji. Brak wskazania przez wykonawcę wymaganych niniejszych informacji, dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia będzie skutkować odrzuceniem oferty.*

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ) dla każdej części zamówienia zawarty został w Załączniku do SIWZ nr: 1A, 1B, 1C.

W treści Załącznika nr 1A do SIWZ w pkt II.1.8 - Zasilacz awaryjny UPS, Zamawiający wskazał wymagania dotyczące minimalnych parametrów technicznych dla zasilaczy UPS.

W formularzu cenowym Przystępujący w poz. 8 zaoferował: Zasilacz awaryjny UPS, Nazwa zasilacza: UPS LEGRAND KEOR T EVO; producent: LRGRAND; Typ/model: LEGRANT KEOR T EVO 20kVA (18 kW).

W załączniku nr 1A do SIWZ pkt II.2.4. – Oprogramowanie wirtualizacyjne, w wymaganiach dotyczących konsolidacji, Zamawiający w poz. 33 ustanowił wymóg: *System musi umożliwiać udostępnianie pojedynczego urządzenia fizycznego (PCle) jako logicznie separowane wirtualne urządzenia dedykowane dla poszczególnych maszyn wirtualnych.*

W formularzu cenowym, Przystępujący w poz. 14 zaoferował Oprogramowanie wirtualizacyjne:

Nazwa oprogramowania: VMware vSphere 7 Essentials Plus Kit for 3 hosts; Producent VMware.

Zamawiający wystąpił do Przystępującego pismem z dnia 1 lutego 2021 r w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści oferty i potwierdzenie parametrów oferowanego

oprogramowania w związku z wątpliwościami Zamawiającego, czy zaofertowane oprogramowanie ma możliwość udostępnienia pojedynczego urządzenia fizycznego (PCIe) jako logicznie separowane wirtualne urządzenie dedykowane dla poszczególnych maszyn wirtualnych, a tym samym czy spełnia powyższe wymagania Zamawiającego.

Pismem z dnia 3 lutego 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia treści oferty, w których wskazał, że oferowane przez niego oprogramowanie spełnia wszystkie zdefiniowane przez Zamawiającego wymagania, w szczególności te dotyczące konsolidacji określone w poz. 33, przedstawiając również opis i dokumenty potwierdzające spełnienie powyższej cechy.

Wyjaśnił, iż urządzeniami PCIe są niewątpliwie karta sieciowa (PCI) jak i dysk z kontrolerem dysków NVMe (PCI).

W zakresie karty sieciowej jako urządzenia PCI wyjaśnił: *Przydzielenie karty sieciowej PCIe można zrealizować przez funkcjonalność wirtualnego przełącznika Virtual Switch (wirtualnego switcha). Funkcjonalność ta umożliwia podział fizycznej karty sieciowej i udostępnienie jej zasobów dla poszczególnych maszyn wirtualnych VM. Funkcjonalność ta jest dostępna w każdej wersji oprogramowania VMware. Także bezpłatnego ESXi.*

Przystępujący podał link pod którym znajduje się opis uruchomienia wirtualnego switcha dla oprogramowania. Dodał, iż *podział taki realizowany jest poprzez utworzenie wirtualnego przełącznika dla karty sieciowej i przydział poszczególnych wirtualnych kart sieciowych dla poszczególnych maszyn wirtualnych.*

W przypadku karty kontrolera dysków wyjaśnił, że *przydzielenie urządzenia danych wykorzystującego połączenie zasobu dyskowego poprzez kartę kontrolera NVMe PCIe, można zrealizować w oparciu o zamontowanie zasobu dyskowego jako datastore. Zasób taki jest definiowany z poziomu vSphere Client w każdej z dostępnych wersji oprogramowania VMware vSphere i jest to podstawowa funkcjonalność wirtualizatora.*

Wskazał link, pod którym znajduje się opis funkcjonalności Datastore dla VMware vSphere 7 i wersji niższych do 6.5.

Wyjaśnił również, że *podział taki realizowany jest poprzez utworzenie wirtualnego przełącznika dla karty sieciowej i przydział poszczególnych wirtualnych kart sieciowych dla poszczególnych maszyn wirtualnych.*

Zamawiający w dniu 16 lutego 2020 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, uznając za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przystępującego (w zakresie części I. i II.)

#### **Izba zważyła co następuje:**

W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, dokonane ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż



na uwzględnienie zasługuje zarzut dotyczący zaoferowania przez Przystępującego zasilacza awaryjnego UPS KEOR T EVO 10-15-20-30-kVa niezgodnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez brak spełnienia minimalnych parametrów funkcjonalnych wymaganych przez Zamawiającego, wskazanych w pkt II.1.8 Załącznika nr 1A do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu, w ocenie Izby Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Podkreślenia wymaga, iż nie było sporne między stronami, że standardowy zasilacz awaryjny o oznaczeniu UPS KEOR T EVO 20 kVa nie spełnia wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego w pkt. II.1.8. Załącznika nr 1A do SIWZ tj. dotyczących napięcia wejściowego, zakresu napięcia wejściowego, częstotliwości wejściowej, THDi, THDu oraz wymogów związanych z charakterystyką ładowania. Niezgodność ta wynika z treści karty katalogowej UPS KEOR T EVO 10-15-20-30-kVa, złożonej przez Odwołującego jako dowód. Niezgodność została również potwierdzona poprzez opinię biegłego Odwołującego stanowiącą dowód złożony przez Odwołującego. Nie było również sporne między stronami to, że producent zasilaczy Legrand może wyprodukować na indywidualne zamówienie, zasilacz UPS o parametrach innych niż posiada urządzenie produkowane jako standardowe. Sporne między stronami pozostawało to, czy zasilacz oferowany przez Przystępującego o oznaczeniu UPS KEOR T EVO 20 kVa (18kW) jest produktem standardowym, czy produktem zindywidualizowanym, produkowanym na zamówienie, na potrzeby przedmiotowego zamówienia. A zatem czy jest to zasilacz awaryjny, który po modyfikacji będzie spełniał parametry techniczne, wymagane przez Zamawiającego, dotyczące napięcia wejściowego, zakresu napięcia wejściowego, częstotliwości wejściowej, THDi, THDu oraz wymogów związanych z charakterystyką ładowania.

Przystępujący w piśmie procesowym podkreślił (załączając oświadczenie producenta zasilacza), iż zaoferowany przez niego zasilacz awaryjny UPS KEOR T EVO 20 kVA (18 kW) jest wersją rozwojową i w ramach niniejszego postępowania gwarantuje dostarczenie odpowiedniej konfiguracji, spełniającej wszystkie wymagania dotyczące specyfikowanego zasilacza, a więc i te parametry, które zostały zakwestionowane przez Odwołującego. Wskazał również, że dynamika procesu produkcyjnego zwłaszcza na potrzeby produktów zindywidualizowanych na potrzeby konkretnego zamówienia powoduje, że standardowa dokumentacja podstawowej wersji ww. modelu urządzenia (karta katalogowa zamieszczona

na stronie internetowej producenta) na którą powołuje się Odwołujący, nie jest modyfikowana i dostosowana do wprowadzonych odmienności w zależności od potrzeb rynku i potrzeb zamówienia. Zgodnie z oświadczeniem Przystępującego złożonym podczas rozprawy, oferowany zasilacz produkowany jest na indywidualne zamówienie, a oznaczenie „18kW” wskazuje na jego indywidualizację i odróżnienie go od produktu standardowego.

Natomiast Zamawiający podkreślał, iż nieprawidłowe jest posługiwanie się przez Odwołującego kartą katalogową, która jest kartą poglądową i zbiorczą dla kilku modeli, w sytuacji, kiedy Przystępujący oświadczył, iż oferowany przez niego produkt spełnia wymagania specyfikacji. Istnienie karty katalogowej nie wyklucza możliwości dokonania takiej konfiguracji oferowanego produktu, aby na etapie jego dostawy spełnił on wymagania Zamawiającego. Na podstawie oznaczenia oferowanego zasilacza UPS, Zamawiający nie miał wątpliwości, że Przystępujący nie oferuje produktu standardowego.

W ocenie Izby, powyższe wyjaśnienia nie potwierdzają, że zarzut podniesiony przez Odwołującego jest niezasadny, a tym samym, że zaoferowany przez Przystępującego zasilacz awaryjny UPS jest zgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty ze SIWZ polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ 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, 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. Przy czym zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są zapisy SIWZ, jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego (por. wyrok

z 4 marca 2020 r. o sygn. akt KIO 349/20).

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której zamawiający określił wymagane minimalne parametry techniczne oraz sposób wypełnienia oferty.

Zamawiający nie wymagał złożenia z ofertą kart katalogowych dla oferowanych produktów, jednak zgodnie z pkt VI.D.2 na str. 15 SIWZ *Wykonawca zobowiązany jest wskazać producenta, pełny symbol, model i nazwę zaoferowanego przedmiotu zamówienia w odpowiednich pozycjach ww. formularzy. Wskazanie to musi umożliwiać jednoznaczną ocenę oferowanego przedmiotu zamówienia. W oznaczonych pozycjach wykonawca zobowiązany jest także do podania wymaganych parametrów lub informacji. Brak wskazania przez wykonawcę wymaganych niniejszych informacji, dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia będzie skutkowało odrzuceniem oferty.*

Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie wyłączył możliwości oferowania produktów zmodyfikowanych lub wyprodukowanych na potrzeby niniejszego postępowania, których parametry techniczne będą odmienne od parametrów urządzenia standardowego lub podstawowego. Jednakże biorąc pod uwagę zapis określony w pkt VI.D.2. dotyczący wymaganych informacji, które mają umożliwić jednoznaczną ocenę oferowanego produktu – których brak będzie skutkowało odrzuceniem oferty, wykonawca oferując produkt zindywidualizowany winien tą informację podać Zamawiającemu w ofercie, w sposób który umożliwi jego jednoznaczną ocenę.

Jeżeli więc Przystępujący zaoferował produkt zmodyfikowany w stosunku do produktu standardowego, który przed modyfikacją nie spełniał wymagań SIWZ, natomiast w wyniku modyfikacji wymagania te będzie spełniał, to winien tą informację wyraźnie wskazać w ofercie, w celu umożliwienia Zamawiającemu jednoznacznej oceny oferowanego produktu.

Za nieudowodnione Izba uznała stanowisko Przystępującego, zgodnie z którym oznaczenie „18kW” wskazuje na indywidualizację tego produktu i odróżnienie go od produktu standardowego tj. UPS LEGRAND KEOR T EVO 20 kVA.

Po pierwsze podkreślenia wymaga, że powyższe stanowisko stoi w sprzeczności z treścią pisma procesowego, gdzie na str. 3 Przystępujący wskazał, że: *co istotne dla sprawy, wskazany w ofercie Przystępującego zasilacz, który stosownie do potrzeb danego klienta jest indywidualizowany nie zmienia swego producenckiego oznaczenia (to jest cały czas ten sam model). Tym samym Przystępujący nie mógł nadać mu odmiennego oznaczenia, albowiem byłoby to wbrew polityce producenta.*

W piśmie procesowym Przystępujący wskazuje na brak możliwości zmiany oznaczenia produktu zindywidualizowanego, po czym podczas rozprawy oświadczył, że oznaczenie 18kW jest właśnie tym elementem w nazwie produktu, który wskazuje na jego indywidualizację

i odróżnienie go od produktu standardowego. Stanowisko Przystępującego jest zatem wewnętrznie sprzeczne, oparte na wzajemnie wykluczających się założeniach.

Po drugie, oświadczenie przedstawiciela producenta zasilacza Legrand Polska sp. z o.o. z 8 marca 2021 r. potwierdza możliwość modyfikacji parametrów w zasilaczach w zależności od wymagań klienta, w stosunku do parametrów oferowanych w standardzie. Potwierdza również, iż zasilacz UPS LEGRAND KEOR T EVO 20 kVA (18kW) jest wersją rozwojową i może być wyprodukowany na specjalne zamówienie poza standardową ofertą. Nie potwierdza ono jednak, iż ww. zasilacz jest produktem niestandardowym, wyprodukowanym na indywidualne zamówienie przystępującego, ani że oznaczenie 18kW świadczy o niestandardowych parametrach technicznych. Ponadto nie wskazuje, że jest to urządzenie zmodyfikowane, a jedynie że może zostać wyprodukowane na specjalne zamówienie poza standardową ofertą. Nie potwierdza również, że Przystępujący złożył zamówienie na wyprodukowanie zmodyfikowanego, standardowego zasilacza awaryjnego UPS LEGRAND KEOR T EVO 20 kVA, o parametrach zgodnych z wymaganiami Zamawiającego.

Po trzecie, Odwołujący wykazał, iż producent Legrand dokonując zmiany parametrów technicznych urządzeń, dokonuje zmiany w ich oznaczeniu (np. UPS Legrand KEOT T i UPS Legrand KEOR T EVO).

Wobec powyższego, w ocenie Izby oznaczenie 18kW umieszczone w nazwie oferowanego przez Przystępującego zasilacza awaryjnego UPS LEGRAND KEOR T EVO 20 kVA (18kW) nie daje podstaw, aby uznać że zasilacz ten jest produktem dostosowanym na indywidualne zamówienie i posiada inne niż zasilacz standardowy parametry techniczne. Tym samym, nie można uznać, że zasilacz UPS LEGRAND KEOR T EVO 20 kVA (18kW) w zakresie kwestionowanych przez Odwołującego parametrów technicznych niezgodnych z treścią specyfikacji, posiada parametry inne niż urządzenie standardowe, które są zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Wskazać należy, że na podstawie art. 534 ust. 1 nPzp Stroni uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto na podstawie art. 535 dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Tymczasem, ani Zamawiający

ani Przystępujący nie podjęli żadnej próby wykazania niezasadności zarzutu Odwołującego, poprzez chociażby uprawdopodobnienie, że zasilacz UPS LEGRAND KEOR T EVO 20 kVA (18kW) jest zgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i spełnia wymagane parametry techniczne dotyczące napięcia wejściowego, zakresu napięcia wejściowego, częstotliwości wejściowej, THDi, THDu oraz wymogów związanych z

charakterystyką ładowania. Cała argumentacja Przystępującego dotyczyła tego, że oferowany zasilacz nie jest urządzeniem standardowym (bez odniesienia się do spełnianych przez niego parametrów technicznych), natomiast Zamawiający oświadczył, iż dokonał oceny oferty opierając się wyłącznie na oświadczeniu Przystępującego, że oferowany zasilacz UPS LEGRAND KEOR T EVO 20 kVA (18kW) spełnia wymagane parametry techniczne, bez ich weryfikacji.

Próba wykazania przez Przystępującego rozbieżności w zakresie parametrów technicznych podanych w kartach katalogowych i innych dokumentach odnoszących się do strony technicznej (np. instrukcja obsługi) urządzeń nie stanowi dowodu na to, że zasilacz UPS LEGRAND KEOR T EVO 20 kVA (18kW) jest zgodny z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego, na podstawie podanych w ofercie informacji w zakresie oferowanego zasilacza awaryjnego UPS LEGRAND KEOR T EVO 20 kVA (18kW), którego ocena techniczna możliwa jest w oparciu o kartę katalogową dla zasilacza awaryjnego UPS KEOR T EVO 10-15-20-30-kVa, stwierdzić należy że oferowany przez Przystępującego zasilacz awaryjny nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie napięcia wejściowego, zakresu napięcia wejściowego, częstotliwości wejściowej, THDi, THDu oraz wymogów związanych z charakterystyką ładowania.

Izba uznała zatem zarzut za zasadny.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającą na tym, że zaoferowane oprogramowanie wirtualizacyjne VMware vSphere 7 Essentials Plus Kit nie spełnia minimalnych wymagań wskazanych w pkt II.2.4 Załącznika nr 1A do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt II.2.4 Załącznika nr 1A w zakresie wymagań dotyczących konsolidacji w pkt. 33 Zamawiający ustanowił wymóg: *System musi umożliwiać udostępnianie pojedynczego urządzenia fizycznego (PCIe) jako logicznie separowane wirtualne urządzenia dedykowane dla poszczególnych maszyn wirtualnych.*

Odwołujący opierając się na informacjach podanych przez producenta oprogramowania twierdzi, że oprogramowanie w wersji zaoferowanej przez Przystępującego tj. VMware vSphere 7 Essentials Plus Kit nie spełnia wymaganej funkcjonalności, bowiem dla tej wersji oprogramowania producent nie przewidział obsługi wirtualizacji wejścia/wyjścia pojedynczego rdzenia (RR-IOV). Funkcjonalność ta dostępna jest wyłącznie dla oprogramowania vSphere Enterprise Plus. Odnosił się również do definicji SR-IOV podanej na stronie internetowej International Business Machines Corporation.

Odwołujący zakwestionował również sposób osiągnięcia przez Przystępującego wymaganej funkcjonalności poprzez zastosowanie wirtualnego switcha, jako rozwiązania opartego o zupełnie inną technologię niż wymagana przez Zamawiającego.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego w zakresie wymagań postawionych w specyfikacji co do możliwości systemu w zakresie sposobu udostępnienia pojedynczego urządzenia.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający poza postawieniem w specyfikacji wymogu dla systemu w zakresie umożliwienia udostępniania pojedynczego urządzenia fizycznego (PCIe) jako logicznie separowane wirtualne urządzenia dedykowane dla poszczególnych maszyn wirtualnych, nie określił sposobu w jaki system ma realizować wymaganą funkcjonalność. Zamawiający nie wykluczył też zaoferowania żadnego z możliwych, dostępnych na rynku sposobów osiągnięcia wymaganej funkcjonalności, ani również osiągnięcia tej funkcjonalności poprzez zastosowanie dowolnej technologii czy dowolnej architektury oprogramowania. Zamawiający nie wymagał – jak twierdzi Odwołujący – zastosowania konkretnej technologii, jak również nie wymagał rozwiązania w oparciu o wirtualizację SR-IOV.

Wskazać należy, że twierdzenia Odwołującego nie znajdują oparcia w dokumentacji postępowania.

Przystępujący zaoferował rozwiązanie spełniające wymagania Zamawiającego, w oparciu o inną technologię niż zaproponowana przez Odwołującego. Zaoferowane oprogramowanie VMware vSphere 7 Essentials Plus Kit, które nie posiada wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności, zostanie przez Przystępującego zmodyfikowane, poprzez utworzenie wirtualnego przełącznika, zapewniającego osiągnięcie wymaganej cechy.

Podkreślić należy, iż Odwołujący nie podnosił, że zaoferowane przez Przystępującego rozwiązanie nie będzie spełniało wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności, lecz zarzucał, iż sposób osiągnięcia tej funkcjonalności jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w treści specyfikacji. Jak zostało wykazane wyżej, Zamawiający nie określił sposobu, w jaki system ma umożliwić udostępnianie pojedynczego urządzenia fizycznego (PCIe) jako logicznie separowane wirtualne urządzenia dedykowane dla poszczególnych maszyn wirtualnych. A zatem każde rozwiązanie, które zapewnia osiągnięcie efektu końcowego określonego przez Zamawiającego, musi zostać uznane za zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści specyfikacji wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji jej zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w SIWZ. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę,

opiera się na dosłownym brzmieniu zapisów SIWZ, uznając za możliwe do zaoferowanie rozwiązanie, które nie zostało przez Zamawiającego wykluczone.

Wobec powyższego, w ocenie Izby nie zaistniała przesłanka odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie zaoferowanego oprogramowania, jako niezgodnego z treścią SIWZ.

Zarzut należało zatem oddalić.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w związku z zaoferowaniem niezgodnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia serwerowego systemu operacyjnego do serwera wirtualizacyjnego, wobec jego cofnięcia przez Odwołującego, Izba umorzyła postępowanie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 7 ust. 4 pkt. 2) z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Koszty wynagrodzenia pełnomocników Izba zniósła wzajemnie między zamawiającym i odwołującym.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....