

sygn. akt: **KIO 2650/19**

WYROK

z dnia 14 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Image Recording Solutions sp. z o.o., ul. Arkuszowa 190; 01-934 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa**, przy udziale wykonawców:

- A) **Computex sp. z o.o. sp.k., ul. Mroźna 27; 03-654 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,
- B) **More Blue sp. z o.o., ul. Stanisława Kierbedzia 4; 00-728 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,
- C) **S&T Poland sp. z o.o., ul. Postępu 21D; 02-676 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Image Recording Solutions sp. z o.o., ul. Arkuszowa 190; 01-934 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Image Recording Solutions sp. z o.o., ul. Arkuszowa 190; 01-934 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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 - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Dostawa macierzy dyskowych oraz rozbudowa przełącznika SAN HP SN800GB*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 grudnia 2019 r., pod nr 2019/S 243-596677.

Dnia 27 grudnia 2019 roku wykonawca Image Recording Solutions sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na sporządzeniu s.i.w.z. obowiązującej w postępowaniu, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez określenie przedmiotu zamówienia oraz określenie kwestionowanych odwołaniem kryteriów oceny ofert w sposób prowadzący do naruszenia zasady równości i uczciwej konkurencji oraz niepowiązany z przedmiotem zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany zaskarżonych odwołaniem postanowień s.i.w.z. w sposób zgodny z żądaniami zawartymi w treści odwołania.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest podmiotem posiadającym możliwość złożenia konkurencyjnej oferty w niniejszym postępowaniu, a możliwości tej nie ograniczają żadne przepisy prawa. Ponadto odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku, bowiem w szczególności naruszający zasady udzielania zamówień publicznych sposób określenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwia mu dostęp do zamówienia oraz możliwość złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia a ponadto w zakresie odnoszącym się do kwestionowanych odwołaniem kryteriów oceny ofert, utrudniają one, z naruszeniem Pzp, możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia i w praktyce powodują, że złożenie w nim oferty jest czynnością nieuzasadnioną ekonomicznie. Macierze dyskowe jakie odwołujący zamierza zaoferować zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu spełniają wszystkie wymagania niezbędne do użytkowania przez zamawiającego w sposób określony opisem przedmiotu zamówienia. W zakresie

odnoszącym się do kryteriów oceny ofert w postępowaniu również pozwalają na uzyskanie maksymalnej punktacji w ramach przedmiotowych kryteriów oceny ofert, a wyłącznie wskutek zastosowania przez zamawiającego kwestionowanych odwołaniem kryteriów, pozbawiony jest realnej możliwości konkurowania w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia, bowiem pomimo możliwości uzyskania pełnej punktacji w ramach wszystkich pozostałych kryteriów pozacenowych, wykonawca nie zniweluje zaoferowaną ceną asortymentu, różnicy pomiędzy ofertami wynikającej z kwestionowanych kryteriów.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do poszczególnych wymagań s.i.w.z., uniemożliwiających złożenie oferty przez odwołującego z urządzeniami Hitachi, odwołujący wniósł o zmianę poniższych zapisów:

5.1. Macierz zbudowana z czterech kontrolerów musi być wyposażona w co najmniej 2,5 TB pamięci podręcznej cache

W ocenie odwołującego za całkowicie wystarczające należy uznać wymaganie odnoszące się do pojemności podręcznej cache na poziomie 2TB. Pamięć podręczna (ang. cache) jest to mechanizm, który umożliwia poprawę szybkości dostępu do zgromadzonych danych, które

przypuszczalnie będą potrzebne w najbliższej przyszłości. Parametr dotyczący pamięci cache o wielkości 2,5 TB w opisanej klasie macierzy spełnia tylko jeden producent macierzy IBM. Macierze pozostałych potencjalnych producentów możliwych do zaoferowania w tym postępowaniu posiadają pamięć cache na poziomie 2 TB. Uwzględniając wszystkie wymagania dla opisanej macierzy, pamięć cache na poziomie 2 TB jest w zupełności wystarczająca i zapewnia funkcjonalnie dostęp do danych, które przypuszczalnie będą potrzebne w najbliższej przyszłości jak również do pozostałych zapisanych danych.

Mając powyższe na względzie odwołujący wniósł o dokonanie następującej, koniecznej zmiany wymagania:

5.1. Macierz zbudowana z czterech kontrolerów musi być wyposażona w co najmniej 2 TB pamięci podręcznej cache

W konsekwencji powyższego parametru pojemności cache - konieczne staje się skorygowanie także wymagania z pkt. 5.2.

5.2 Macierz zbudowana z ośmiu kontrolerów musi umożliwiać rozbudowę pamięci podręcznej cache bez konieczności wymiany kontrolerów macierzowych do minimum 5 TB, które, powinno otrzymać brzmienie:

5.2 Macierz zbudowana z ośmiu kontrolerów musi umożliwiać rozbudowę pamięci podręcznej cache bez konieczności wymiany kontrolerów macierzowych do minimum 4 TB.

Odwołujący podniósł również, iż w opisanym s.i.w.z. występuje sprzeczność wewnętrzna wymagania:

Zgodnie z pkt 4.2.:

4.2. Każdy kontroler musi obsługiwać protokół NVMe (Non-Volatile Memory Express).

(w sprzeczności z punktem 3.3)

- HDS posiada pierwszą parę nodów (4 kontrolery) w technologii NVMe/SAS, a kolejne tylko w SAS.

Punkt 3.3. ma treść:

3.3. Pozostałe dyski muszą być typu SSD o pojemności min. 7.68 TB każdy.

Zdaniem odwołującego, sprzeczność polega na tym, że - jeżeli dopuszcza się stosowanie dysków SSD - to są one dostępne tylko w technologii SAS. W związku z tym, że jest sprzeczność z zapisami pkt 3.3, wniósł o usunięcie w całości pkt 4.2.

3.4. Możliwość rozbudowy macierzy do min. 2100 dysków. Zmiana na:

3.4. Możliwość rozbudowy macierzy do min. 2000 dysków.

4.3. Każdy kontroler wyposażony w minimum 2 procesory, minimum 12 rdzeni każdy.
zmiana na:

4.3. Każdy kontroler wyposażony w minimum 2 procesory, minimum 10 rdzeni każdy.

6.4. Porty FC muszą obsługiwać protokół NVMe-o-F (NVMe over Fabrics).

Powyższe wymaganie zamawiającego stoi w sprzeczności z wymaganiami dotyczącymi rozbudowy przełączników SAN HP, gdzie ewidentnie jest wymóg dostarczenia zwykłych portów z wkładkami FC, nie ma słowa o technologii NVMe-o-F. Poniżej wymóg odnośnie wkładek FC do rozbudowy przełącznika:

2. Wkładki FC - Dostawa 32 wkładek FC 16Gb Short Wave B-Series SFP+ (...)

Odwołujący wniósł o usunięcie pkt 6.4.

W ocenie odwołującego kwestionowane odwołaniem parametry graniczne opisu przedmiotu zamówienia w aktualnym kształcie faktycznie eliminują konkurencyjność postępowania bez merytorycznego uzasadnienia oraz naruszają wprost Pzp. Dlatego też zapisy te powinny być w s.i.w.z. skorygowane zgodnie z tym o co odwołujący wnosi w odwołaniu, tylko bowiem w ten sposób przywrócona zostanie zgodność postępowania z wymaganiami uczciwej konkurencji, a dodatkowo, tylko w taki sposób zamawiający dokona w postępowaniu czynności wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 lit. a ustawy Pzp, zgodnie z którym najkorzystniejsza oferta to oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

W szczególności Izba wskazuje, iż odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu na okoliczności wskazywane w odwołaniu, a to na nim (odwołującym) spoczywał obowiązek dowodowy wynikający z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Co prawda odwołujący na rozprawie złożył dwa dokumenty, tj. 1) oświadczenie firmy Hewlett Packard Enterprise, w którym stwierdzone zostało, że wymagania zamawiający postawione w przedmiotowym postępowaniu uniemożliwiają złożenie oferty przez tego wykonawcę, oraz że jedynie produkty IBM spełniają wszystkie parametry graniczne s.i.w.z., 2) wydruk bloga ze strony internetowej backupakademy, jednakże dokumenty te stanowią jedynie oświadczenie producenta, który nie produkuje urządzeń objętych przedmiotem zamówienia wg. specyfikacji opracowanej przez zamawiającego oraz prezentuje subiektywną ocenę tego producenta co do możliwości spełnienia wymogów przez innych producentów (1). Natomiast

informacje i stanowisko zaprezentowane w wydrukowanym blogu stanowi jedynie subiektywną ocenę w zakresie kluczowych wskaźników wydajności pamięci masowej i może, co najwyżej być zakwalifikowane jako stanowisko strony.

Nieprzekonywujące są również dowody przedłożone na rozprawie przez przystępującego More Blue, albowiem prezentują one jedynie własne stanowisko tego wykonawcy, co do możliwości złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. oraz poświadczają posiadanie określonego statusu partnera handlowego firmy IBM. Wykres załączony do powyższego dowodu Izba pominęła, albowiem przystępujący do zamknięcia rozprawy nie potrafił określić źródła pochodzenia tego dokumentu. Korespondencja e-mail złożona do akt sprawy przez przystępującego More Blue, prowadzona z firmą Ingram Micro potwierdza jedynie, że firma ta nie posiada w swoim portfolio referencyjnych urządzeń bądź mogą być one rejestrowane u innego producenta (NetApp) oraz że producent Fujitsu nie ma takiego produktu.

Krajowa Izba Odwoławcza za wiarygodne i miarodajne uznała stanowisko zamawiającego i przystępującego po jego stronie wykonawcy S&T Poland stwierdzając, iż zamawiający prawidłowo, w sposób zindywidualizowany do jego potrzeb i zamierzeń opisał przedmiot zamówienia, który to opis w ocenie Izby, nie narusza zasady określonej przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak słusznie wskazał zamawiający, parametry opisane przez niego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są parametrami minimalnymi, co oznacza, że każdy wykonawca ma możliwość opracowania swojej oferty w taki sposób, który będzie odpowiadał potrzebom zamawiającego, który jak to wynika z Decyzji Ministra Zdrowia z dnia 22 listopada 2018 roku, znak: FZP.426.1.2018.RZ uzyskał status operatora usług kluczowych, zgodnie z art. 2 pkt 16 ustawy z dnia 5 lipca 2018 roku o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz.U. poz. 1560), co oznacza, że zamawiający świadczy usługi, które mają kluczowe znaczenie dla utrzymania krytycznej działalności społecznej lub gospodarczej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał przykłady, kwestionowanych przez odwołującego parametrów technicznych, które potwierdzają, że nawet produkty odwołującego (firmy Hitachi), mimo kategorycznego zaprzeczenia przez odwołującego, spełniają wymagania zamawiającego. I tak w przypadku wymogu dostarczenia macierzy zbudowanej z czterech kontrolerów i wyposażeniu je w co najmniej 2,5 TB pamięci podręcznej Cache, zamawiający wykazał, że w przypadku modeli macierzy serii 5500 i/lub 5500H wykonawca ten może zaoferować produkt, który będzie posiadał 12 kontrolerów (3x Controller Block) oraz pamięć podręczna Cache na poziomie 6 TB. Jednocześnie, zgodnie z informacją producenta ujawnioną na stronie internetowej, ten sam model macierzy posiada procesory, które mają 20 rdzeni (przy minimum określonym przez zamawiającego na poziomie 12 rdzeni). Ponadto, odwołujący poza ustnym twierdzeniem na rozprawie, nie

przedstawił dowodu przeciwnego, że macierze produkowane przez NetApp, nie spełniają łącznie wszystkich parametrów zamawiającego. A jak to wynika z wydruków specyfikacji technicznej tego producenta, macierze serii AFF A800 spełniają wszystkie wymagania zamawiającego. Również dowodu przeciwnego na okoliczność, że macierz produkcji Huawei nie spełnia wymagań zamawiającego, odwołujący nie przedstawił, a z dowodu przedstawionego przez przystępującego S&T Poland wynika, że urządzenia takie w modelu Dorado 6000 V3 oraz Dorado 18 000 V3, spełniają parametry zamawiającego.

Tym samym, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności ujawnionych w sprawie Izba stwierdziła, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie naruszył wskazywanych w odwołaniu przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, zamawiający wykazał i udowodnił, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w ten sposób, że umożliwia uczciwą konkurencję w postępowaniu, możliwe są do zaoferowania produkty, co najmniej 2-3 producentów, dlatego też odwołanie w całości podlegało oddaleniu. Zdaniem Izby, co potwierdza ugruntowane już orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, nie ma w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych obowiązku zagwarantowania udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom oferującym produkty nie do końca zbieżne z uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Wystarczającym jest, aby zamawiający zapewnił udział minimum dwóm wykonawcom, aby zasada zachowania uczciwej konkurencji została zachowana. Jak słusznie wskazał SO w Gdańsku w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. sygn. akt XII Ga 431/09, cyt. „Powtórzyć trzeba, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.” Powyższe stanowisko potwierdził również SO w Krakowie, który w wyroku z dnia 2 marca 2016 r. sygn. akt II Ca 19/16 wskazał, iż „Prawdą jest również, że zamawiający ma prawo dokonać opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną z nim ofertę. Zamawiający może bowiem żądać i oczekiwać od wykonawców rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych. Jednakże jest tak wyłącznie wówczas, gdy jest to uzasadnione jego rzeczywistą potrzebą.”.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: