

**Sygn. akt: KIO 1516/19**

**WYROK**  
**z dnia 19 sierpnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 05 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **EUVIC Sp. z o.o. ul. Przewozowa 32 44-100 Gliwice**,  
w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Środowiska Biuro Dyrektora Generalnego, ul. Wawelska 52/54 00-922 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **MBA System Sp. z o. o. ul. Wawelska 52/54 00-922 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. oddala odwołanie
2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego **EUVIC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ( tj. Dz. U. z 2019r. poz. 730) 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**

Ministerstwo Środowiska ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa, zwane dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Zakup infrastruktury informatycznej dla Ministerstwa Środowiska - zamówienie w 3 częściach (BDG-wzp-260/16/2019/bk)

Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert dokonał odrzucenia oferty wykonawcy EUVIC sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice, zwanego w dalszej części uzasadnienia „Odwołującym”. Wykonawca ten wniósł odwołanie od tej czynności Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Podkreślić należy, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podzielonego na 3 części. Odwołujący złożył ofertę na wszystkie trzy części zamówienia, w Częściach nr II i III jego oferty zostały uznane za najkorzystniejsze. Odwołanie dotyczy części I zamówienia.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia odpowiedniego, przepisanego prawem, uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, zwłaszcza zaniechanie wskazania konkretnych okoliczności lub postanowień przedłożonych Zamawiającemu dokumentów, z których wynikałoby, że sprzęt zaoferowany przez Odwołującego nie spełnia postawionych wymagań, a także zaniechanie odniesienia się do stanowiska Odwołującego, przedstawionego w złożonych wyjaśnieniach treści oferty zgodnie z którymi, zaoferowany sprzęt spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, w tym zaniechanie wskazania dlaczego Zamawiający nie uznał treści tych wyjaśnień za zgodne z prawdą, co doprowadziło do znacznego utrudnienia możliwości oceny poprawności czynności Zamawiającego, w postaci odrzucenia oferty Odwołującego oraz do utrudnienia Odwołującemu wniesienia środka ochrony prawnej od czynności odrzucenia oferty stanowi naruszenie zasady jawności postępowania oraz zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania,

2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie skierowania do Odwołującego kolejnego wezwania do wyjaśnienia treści oferty po zapoznaniu się ze stanowiskiem Odwołującego wyrażonym w pierwszych i drugich wyjaśnieniach treści oferty, bądź zaniechanie badania treści oferty Odwołującego w inny sposób, skoro Zamawiający nie był przekonany o zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, a zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, treść wspomnianych wyjaśnień oraz załączone dowody potwierdzały spełnienie przez zaoferowany sprzęt wymagań SIWZ (co poparte zostało zawartą tam argumentacją), a zamiast tego, odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy Zamawiający nie mógł, na podstawie dokumentów którymi

dysponował jednoznacznie stwierdzić, że zaoferowany sprzęt nie spełnia wymagań Zamawiającego,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego będące konsekwencją przyjęcia, że zaoferowany przez Odwołującego sprzęt jest niezgodny z treścią SIWZ w sytuacji, gdy z treści przedłożonych przez Odwołującego, wraz z wyjaśnieniami, dokumentów wynika jednoznacznie, że obydwa kontrolery w zaoferowanym sprzęcie spełniają wymagania przepisane w SIWZ.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ,

3. ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i uwzględnieniem, że nie powinna ona podlegać odrzuceniu jako zgodna z treścią SIWZ, ewentualnie, z ostrożności procesowej:

4. ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie kontrolerów zaoferowanych macierzy,

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 12 lipca 2019 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty złożonej dla Części nr I, poprzez udzielenie odpowiedzi na dwa pytania:

1. „Czy oferowana macierz *Pure Storage FlashArray X10R2-FC-9.6TB-9.6/0* spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w punkcie 3 załącznika nr 1 do załącznika 1a do SIWZ tj. (...) każda z macierzy musi być wyposażona w co najmniej 2 kontrolery pracujące w trybie Active/Active zajmujące się obsługą dostępu do dysków (...)?

2. Czy macierz, o której mowa w pkt 1, odpowiada wymaganiom przedstawionym w wyjaśnieniach treści SIWZ z 3.06.2019 r., odpowiedź na pyt. 15 (...) Zamawiający oczekuje kontrolerów umożliwiających dostęp do każdego wolumenu logicznego LUN poprzez każdy z portów każdego z kontrolerów (możliwość jednoczesnego zapisu i odczytu dysku logicznego bezpośrednio z wielu kontrolerów(...))?"

Zamawiający, w treści wspomnianego wezwania zastrzegł, że wyjaśnienia poparte być powinny dowodami, tj. dokumentami wystawionymi lub potwierdzonymi przez producenta macierzy.

W dniu 17 lipca 2019 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał m.in.:

„Każda z macierzy jest wyposażona w dwa kontrolery realizujące funkcjonalność *Active-Active* na poziomie portów. Jest realizowana możliwość jednoczesnego zapisu i odczytu bezpośrednio z każdego z kontrolerów.

*Macierze Pure Storage FlashArray X10R2-FC-9.6TB-9.6/0 oferują również możliwość jednoczesnego zapisu i odczytu tego samego dysku logicznego z poziomu różnych kontrolerów dwóch macierzy, kiedy kontrolery różnych macierzy pracują w trybie Active-Active realizując dostęp do danych."*

Zamawiający, po zapoznaniu się w powyższymi wyjaśnieniami, skierował do Odwołującego drugie datowane na 18 lipca 2019 r. wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty, w którym powtórzył pytania zawarte w pierwszym wezwaniu przy czym wezwał do udzielenia na nie odpowiedzi „Tak” lub „Nie”, a jeśli odpowiedź będzie twierdząca, Zamawiający wezwał do przesłania dokumentacji producenta oraz wskazania w jej treści fragmentu, który potwierdza spełnianie ww. wymagań. Powołując się na ww. postanowienia Raportu Technicznego, Odwołujący ponownie załączył je do swoich wyjaśnień zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Pismem z dnia 24 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta w zakresie Części nr I została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Uzasadniając swoją decyzję Zamawiającym wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Załącznika nr Ia do SIWZ, określił wymaganie zgodnie z którym: *"Każda z macierzy musi być wyposażona w co najmniej 2 kontrolery pracujące w trybie Active/Active zajmujące się obsługą dostępu do dysków."*, oraz podał, że zgodnie z Raportem Technicznym, producent macierzy specyfikuje, iż zapewnia ona bezpośredni dostęp do dysków wyłącznie z jednego kontrolera, co jest niezgodne z SIWZ. Dalej, Zamawiający wskazał, że Odwołujący, powołał się w treści swoich wyjaśnień, na odpowiedź Zamawiającego na pytanie z dnia 21 maja 2019 r., zgodnie z którą: *"Zamawiający dopuszcza, jako równoważne, rozwiązanie wyposażone w dwa niezależne kontrolery, realizujące funkcjonalność active-active na poziomie portów dostępowych."*, gdy w wyjaśnieniach udostępnionych w dniu 3 czerwca 2019 r. Zamawiający doprecyzował: *„Zamawiający oczekuje kontrolerów umożliwiających dostęp do każdego wolumenu logicznego LUN poprzez każdy z portów każdego z kontrolerów (możliwość jednoczesnego zapisu i odczytu dysku logicznego bezpośrednio z wielu kontrolerów)"*.

Wobec powyższego, Zamawiający podał, że w toku postępowania zażądał od Wykonawcy dowodów potwierdzających spełnienie wymagania o następującej treści: *„Kontroler umożliwia dostęp do każdego wolumenu logicznego LUN poprzez każdy z portów każdego z kontrolerów (możliwość jednoczesnego zapisu i odczytu dysku logicznego bezpośrednio z wielu kontrolerów"*, a przedstawione przez Odwołującego dowody (Raport Techniczny) nie tylko nie potwierdzają spełnienia wymagań Zamawiającego ale wręcz potwierdzają niezgodność zaoferowanego sprzętu z SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu braku właściwego poinformowania Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego, zwłaszcza zaniechanie wskazania konkretnych okoliczności faktycznych podał, że zgodnie z treścią przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przepis ten, aż dwukrotnie nakazuje Zamawiającemu wyjaśnić wyczerpująco powody tej czynności, czego polem ma być uzasadnienie faktyczne i prawne zawarte w informacji o odrzuceniu. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu.

Konfrontując powyższe z treścią uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że nie licuje ono z wymaganiami stawianymi przez ustawę Pzp, a przez to znacznie utrudnia Odwołującemu skorzystanie ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania kwestionującego zasadność odrzucenia. Wskazując na szereg orzeczeń KIO w tym zakresie podniósł, że wskazywane jest w nich stanowisko, iż *„to na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować”*. Nawiązując do powyższego podał, że nigdzie w treści uzasadnienia Zamawiający nie podał (powołując się tylko ogólnikowo na dział "Controller Resilience" zawarty w Raporcie Technicznym), które według niego fragmenty Raportu Technicznego przemawiają za tym, że kontrolery zaoferowanych macierzy nie spełniają wymagań SIWZ (a więc, iż zapewniają one dostęp do dysków wyłącznie z jednego kontrolera - jak uznał Zamawiający) i nie wyjaśnił, dlaczego zajmuje takie właśnie stanowisko.

W uzasadnieniu drugiego z podniesionych zarzutów podał, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty winien wyczerpać wszelkie możliwości jakie daje ustawa Pzp do wyjaśnienia jej treści. Dlatego też Zamawiający zobowiązany jest do skorzystania z dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp w razie jakichkolwiek wątpliwości i wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej przez niego oferty. Podkreślił, że Odwołujący dwukrotnie składał Zamawiającemu wyjaśnienia treści swojej oferty i posługując się konkretnymi postanowieniami Raportu Technicznego, argumentował, że jego oferta jest

zgodna z treścią SIWZ. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie dysponował żadnym przeciwdowodem świadczącym o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, a oparł się li tylko na treści Raportu Technicznego, z którego to Raportu sam Odwołujący wywodzi pozytywne dla siebie konsekwencje, to prawidłowość decyzji Zamawiającego, a tym samym i niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ są co najmniej budzącymi wątpliwość.

W takiej sytuacji Zamawiający, zamiast odrzucać ofertę Odwołującego, dążyć powinien do pełnego wyjaśnienia jej treści, czemu służyć powinny dalsze wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, ewentualnie inne, samodzielne działania Zamawiającego.

W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej rzekomej niezgodności z treścią SIWZ podał, że Odwołujący konsekwentnie stoi na stanowisku, że jego oferta zgodna jest z treścią SIWZ i spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.

Podniósł, że Zamawiający niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ wywodzi z Załącznika 1 do Załącznika 1a do SIWZ (stanowiącego OPZ) oraz udzielonych wyjaśnień z dnia 3 czerwca 2019 roku, gdzie Zamawiający podał, że *„Zamawiający oczekuje kontrolerów umożliwiających dostęp do każdego wolumenu logicznego LUN poprzez każdy z portów każdego z kontrolerów (możliwość jednoczesnego zapisu i odczytu dysku logicznego bezpośrednio z wielu kontrolerów)”. Jednakże Zamawiający nigdzie w SIWZ nie zdefiniował co rozumie przez pojęcie pracy w trybie Active - Active. Rozwiązanie takie, funkcjonujące i oferowane na rynku oznacza jednak z reguły taką funkcjonalność, w której kontrolery macierzy obsługują dostęp do dysków, będąc równocześnie, przez cały czas pracy, obydwoma aktywnymi i pracującymi, zapisując i odczytując dysk. Z powyższego według Odwołującego wynika, że to właśnie funkcjonalności zapewniającej stałą równoczesną pracę obydwu kontrolerów oczekiwał Zamawiający od zamawianego sprzętu. Takie właśnie rozwiązanie, zapewniające jednoczesną pracę obydwu kontrolerów posiada sprzęt zaoferowany przez Odwołującego.*

Podał, że zaoferowane przez Odwołującego kontrolery również posiadają funkcjonalność Active - Active, w tym znaczeniu, że ciągle równocześnie działają i przetwarzają dane. Jediną odmiennością tego rozwiązania od „klasycznych” rozwiązań Active - Active jest fakt, że kontrolery podzielone zostały według kryterium kontroler główny i kontroler drugi, co bynajmniej, w żaden wyraźny sposób nie zostało zakazane przez SIWZ, a w konsekwencji nie przesądza, że kontrolery nie są kontrolerami typu Active – Active. Podkreślił, że *„Podczas normalnej pracy, **obydwa kontrolery otrzymują oraz odpowiadają na polecenia serwera, ale główny wykonuje wszystkie polecenia. Drugi kontroler przekazuje polecenia do głównego, który wykonuje je oraz odpowiada serwerowi poprzez drugi kontroler**”.*

Z powyższego zdaniem Odwołującego wynika bez wątpienia, że każdy z kontrolerów działa jednocześnie przyjmując i odbierając dane, a więc rozwiązanie spełnia wymagania zamawiającego dotyczące trybu Active - Active. Dodatkowo z postanowienia tego wynika też, że każdy z kontrolerów bezpośrednio komunikuje się z serwerem, wykonując i odpowiadając mu na polecenia - jeśli polecenie lub odpowiedź kierowana jest do kontrolera numer jeden, to następuje to poprzez kontroler pierwszy, a jeśli polecenie lub odpowiedź kierowana jest do kontrolera numer dwa, to następuje to poprzez kontroler drugi - zawsze „sygnał” wysyłany przez kontroler płynie od lub do tego kontrolera do którego jest skierowany albo od którego wychodzi. Wynika z tego, że sprzęt zaoferowany przez Odwołującego spełnia wymagania SIWZ wskazane wyżej.

Zamawiający w nie przedłożył w formie pisemnej odpowiedzi na odwołanie. W prezentowanym na rozprawie stanowisku, odnosząc się do zarzutów odwołania podał, że zarzuty są całkowicie niezasadne i odwołanie winno zostać oddalone.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego sporządzenia nieodpowiedniego uzasadnienia odrzucenia oferty, co zdaniem Odwołującego pozbawiło go prawa możliwości złożenia pełnego odwołania z uwzględnieniem argumentacji Zamawiającego wskazał, iż jego zdaniem, udzielone wyjaśnienie w dokumencie o zawiadomieniu o odrzuceniu oferty jest precyzyjne i konkretne, gdyż wskazuje, dlaczego oferta Odwołującego została odrzucona. Podkreślił, że Zamawiający w zał. nr 1a do SIWZ wymagał, aby każda z macierzy była wyposażona w co najmniej 2 kontrolery pracujące w trybie active/active zajmujące się obsługą dostępu do dysku. Zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie tej funkcji nie spełniało, co zostało wskazane w podstawie odrzucenia oferty.

W zakresie zarzutu braku ponownego wezwania wykonawcy w trybie art. 87 ust.1 Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty podał, że Zamawiający dwukrotnie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień po to, aby ten miał możliwość wykazania, że złożona oferta w zakresie oferowanego sprzętu spełnia jego wymagania. Podkreślił, że pomimo dwukrotnego złożenia wyjaśnień (o trochę odmienną treść), to jednak do nich został załączony ten sam dokument – raport techniczny, z którego, zdaniem Zamawiającego, jednoznacznie wynikało, że postawione przez Zamawiającego wymagania nie są spełnione. W tej sytuacji pozbawione było sensu kolejnego wzywanie Odwołującego w tym zakresie, gdyż prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców.

W nawiązaniu do zarzut 3 dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego to Zamawiający zauważył, iż wymagał- co wskazał m.in. w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, zaoferowania urządzenia umożliwiającego bezpośredni dostęp do każdego wolumenu logicznego LUM poprzez każdy z portów każdego z kontrolerów (możliwość jednoczesnego zapisu i odczytu dysku logicznego bezpośrednio z wielu kontrolerów). Zaoferowane przez

Odwołującego rozwiązanie co najwyżej spełniało ten wymóg w sposób pośredni, to znaczy, że w przypadku drugiego kontrolera, nie podstawowego, dostęp do dysków jest realizowany pośrednio poprzez kontroler podstawowy. Wskazuje, że niezasadne jest stanowisko Odwołującego, jakoby Zamawiający tego nie wymagał wprost w SIWZ wskazując, iż kwestia ta niewątpliwie budziła wątpliwości wykonawców i w odpowiedzi na pytanie nr 15, na które Zamawiający odpowiedział już 3 czerwca 2019 r. zostało wyjaśnione, na czym ten dostęp ma polegać.

Przystępujący do postępowania wykonawca MBA System Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w złożonym na piśmie stanowisku procesowym wniósł o oddalenie odwołania i poparł stanowisko Zamawiającego. Podkreślił w szczególności w zakresie zarzutu drugiego, że Odwołujący wymaga, aby Zamawiający wezwał go kolejny raz do wyjaśnień, jednakże sam nie był w stanie w odwołaniu wskazać, co miałyby być jeszcze wyjaśniane, aby wykazać zgodność jego oferty z treścią SIWZ. Natomiast w zakresie zarzutu trzeciego podkreślił, że sam Odwołujący wskazuje, że w zaoferowanym rozwiązaniu sprzętowym kontrolery zostały podzielone według kryterium kontroler główny i kontroler drugi i ten drugi ma dostęp do dysku tylko poprzez kontroler główny, a nie bezpośrednio.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołane jest nie zasadne i dlatego podlega oddaleniu.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący i Przystępujący wykazali interes we wniesieniu środków ochrony prawnej, tj. odwołania i przystąpienia.

Na wstępie wskazać należy, iż wniesione odwołanie w zawierało zastrzeżenia części jego treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże na etapie rozprawy Odwołujący oświadczył, iż dla możliwości pełnego wyjaśnienia sprawy cofa dokonane zastrzeżenia, co skutkowało doręczeniem zastrzeżonych części uzasadnienia odwołania Przystępującemu.

Dokonując oceny zasadności zarzutu pierwszego odwołania dotyczącego naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia odpowiedniego, przepisanego prawem, uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Izba dokonała oceny informacji zawartych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 24 lipca 2019 roku.



Zgodzić należy się Odwołującym, że zakres podanego uzasadnienia odrzucenia oferty ma fundamentalne znaczenie dla możliwości poznania przez wykonawcę przyczyn odrzucenia jego oferty, a tym samym i możliwości ich zakwestionowania w odwołaniu do KIO. Treść zawiadomienia o podstawach odrzucenia oferty określa także zakres zarzutów, jakie wykonawca może podnosić w odwołaniu do KIO.

Izba w tym zakresie przywołuje adekwatne w tej sytuacji orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 4 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 588/16 (LEX nr 2048452) stwierdziła, że: „*stopień szczegółowości jest kwestią ocenną, jednak w zakresie podstawy faktycznej odrzucenia oferty wystarczające jest podanie najważniejszych i zrozumiałych dla wykonawcy przyczyn, które legły u podstaw takiej decyzji zamawiającego. Nie jest niezbędne popieranie decyzji zamawiającego orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej, czy stanowiskiem doktryny. Decyzja zamawiającego jest jego decyzją niezależną, opartą na analizie całej dokumentacji postępowania oraz wytycznych przepisów prawa.*” Wskazać należy także na orzeczenie Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 9.04.2015 sygn. akt VII Ca160/15 w którym sąd uznał, że „*uzasadnienie faktyczne zawiadomienia wykonawcy o odrzuceniu jego oferty i o unieważnieniu postępowania może być związane i nie musi przedstawiać i omawiać wszystkich dowodów*”.

Dokonując analizy treści zawiadomienia z dnia 24 lipca 2019 roku o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdzić należy, że Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, jakie postawił wymagania wobec kontrolerów oraz dokonał oceny zaoferowanego sprzętu stwierdzając, że *Zgodnie z dokumentacją techniczną powyższego modelu macierzy o nazwie "FlashArray Resilience Technical Report141102-v02", którą udostępnia jej producent, w dziale "Controller Resilience", producent macierzy specyfikuje, że zapewnia ona bezpośredni dostęp do dysków wyłącznie z jednego kontrolera macierzy, co jest niezgodne z wymaganiem Zamawiającego. W tym samym dziale producent macierzy specyfikuje, że macierz nie jest macierzą active-active*". Nadto podał, że Zamawiający oczekiwał zaoferowania kontrolerów umożliwiających dostęp do każdego wolumenu logicznego LUN poprzez każdy z portów bezpośrednio. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że doręczone Odwołującemu Zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty za spełniające minimalny ustawowy wymóg w tym zakresie. Zdaniem Izby za powyższym stanowiskiem przemawia także fakt, iż Odwołujący zrozumiał, jaka była podstawa faktyczna odrzucenia jego oferty, gdyż zarzut nr 3 odwołania odnosi się wprost i bezpośrednio do kwestionowania czynności zamawiającego w tym zakresie. Tym samym zarzut ten jest w świetle powyższych ustaleń zarzutem niezasadnym.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego braku wezwania Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień Izba uznała jego niezasadność. Należy wskazać na ugruntowane

orzecznictwo sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, które przyjmuje obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, jeśli Zamawiający ma wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ, a Zamawiający zamierza tą ofertę odrzucić. W orzecznictwie KIO także jednoznacznie przyjmuje się, że Zamawiający ma prawo do żądania wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wszelkich wątpliwości dotyczących treści oferty, a w szczególności wątpliwości dotyczących przedmiotu świadczenia.

Jednakże podkreślić należy, że wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści oferty nie jest zasadą, ale wyjątkiem od zasady, że każdy z wykonawców składa ofertę zgodną z wymaganiami Zamawiającego. Dlatego też wezwanie jedno czy kilkakrotne wykonawcy w trybie art 87 ust.1 Pzp nie może zmierzać do uszczegółowienia i skonkretyzowania treści oferty, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Można zatem wnioskować, iż uprawnienie Zamawiającego dotyczące możliwości wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, zmienia się w jego obowiązek w momencie gdy treść oferty jest niejasna i nieprecyzyjna. Dla zachowania należytej staranności w prowadzeniu postępowania, Zamawiający jest zobowiązany do wyjaśnienia niejasności. Natomiast w przedmiotowej sytuacji Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i do obu wyjaśnień Odwołujący dołączył ten sam raport techniczny, z którego, zdaniem Izby wynikało, że postawione przez Zamawiającego wymagania nie są spełnione. Nadto należy zgodzić się po części ze stanowiskiem Przystępującego, który w zakresie tego zarzutu wskazywał, na sprzeczność tego stanowiska Odwołującego z zarzutem trzecim odwołania w którym z jednej strony jednoznacznie wskazywał na zgodność jego oferty z treścią SIWZ, a z drugiej kwestionował brak kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień, aby móc wykazać zgodność złożonej oferty.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego odwołania dotyczącego niezasadnego uznania złożonej oferty za niezgodną z SIWZ co skutkowało jej odrzuceniem, Izba stwierdza, że z przedłożonych dowodów jednoznacznie należy wywieść niezgodność złożonej oferty z wymaganiami Zamawiającego. Podkreślić należy, że podstawą odrzucenia oferty było uznanie iż zaoferowane kontrolery nie umożliwiają bezpośredniego dostępu do każdego z wolumenu LUN.

Należy wskazać, że w zakresie kontrolerów Zamawiający w SIWZ (OPZ) określił wymaganie: *"Każda z macierzy musi być wyposażona w conajmniej 2 kontrolery pracujące w trybie Active/Active zajmujące się obsługą dostępu do dysków. "*

W związku z wątpliwościami i pytaniami wykonawców, Zamawiający najpierw w dniu 21 maja 2019 roku doprecyzował ten wymóg udzielając informacji, że *"Zamawiający dopuszcza, jako równoważne, rozwiązanie wyposażone w dwa niezależne kontrolery, realizujące*

*funkcjonalność active-active na poziomie portów dostępowych*”, a następnie w kolejnym wyjaśnieniu z dnia 3 czerwca 2019 roku Zamawiający podał, że *„Zamawiający oczekuje kontrolerów umożliwiających dostęp do każdego wolumenu logicznego LUN poprzez każdy z portów każdego z kontrolerów (możliwość jednoczesnego zapisu i odczytu dysku logicznego bezpośrednio z wielu kontrolerów (...))”*.

Oceniając powyższe zdaniem Izby należy jednoznacznie wywieść, że Zamawiający oczekiwał zaoferowania kontrolerów z których każdy będzie bezpośrednio łączył się z dyskiem. Natomiast w zaoferowanym rozwiązaniu kontroler pierwszy łączy się bezpośrednio z dyskiem, natomiast kontroler drugi łączy się z dyskiem poprzez kontroler pierwszy, a więc w sposób pośredni.

Odwołujący na poparcie prawidłowości złożonej oferty powoływał się na szereg dowodów, a w szczególności na Raport Techniczny 1411022-v02, a także producenta kontrolerów PURE STORAGE z dnia 19 lipca 2019 roku.

Dokonując analizy wskazanych przez Odwołującego treści Raportu stwierdzić należy, że czytając całość zakreślonego przez Odwołującego materiału, a nie tylko element cytowany na rozprawie należy jednoznacznie wywieść, że w tym przypadku nie mamy sytuacji, iż łączność obu kontrolerów z dyskiem jest bezpośrednia. Wskazują na to następujące treści Raportu (zakolorowane przez Odwołującego) *„(...)Kontrolery macierzy nieprzerwanie wymieniają informację o stanie. (...)Drugi kontroler odbiera polecenia od hostów przekazuje je do pierwszego kontrolera, który wykonuje wszystkie operacje backend”*. Na kolejnej stronie Raportu podano (...)*„Podczas normalnej pracy, obydwa kontrolery otrzymują oraz odpowiadają na polecenia serwera, ale główny wykonuje wszystkie polecenia. Drugi kontroler przekazuje polecenia do głównego, który wykonuje je oraz odpowiada serwerowi poprzez drugi kontroler.”*

Podobnie przedstawia się ocena treści zawarta w ww. piśmie Pure Storage, gdzie pomimo stwierdzenia że zaoferowane kontrolery spełniają wymagania Zamawiającego, gdyż *„Dostęp do wszystkich dysków logicznych odbywa się wszystkimi portami wszystkich kontrolerów”*, to jednak nigdzie w jej treści nie oświadczone, że łączność obu kontrolerów z dyskiem jest bezpośrednia.

Oceniając powyższe Izba uznała, że zaoferowane rozwiązanie nie zapewnia bezpośredniej łączności każdego z kontrolerów z dyskami, ale następuje ona wyłącznie z jednego kontrolera macierzy, tzw. głównego.

Za nietrafione Izba uznała stanowisko Odwołującego, że jego oferta jest mimo powyższego zgodna z treścią SIWZ. Podkreślić należy, że Zamawiający dwukrotnie udzielał wyjaśnień w kwestii, jakich kontrolerów oczekuje. Zwrócić należy uwagę na kwestię, że Zamawiający w pkt 18.7 SIWZ postanowił, że (...) *W przypadku rozbieżności pomiędzy*

*treścią SIWZ a treścią udzielonych wyjaśnień i zmian, jako obowiązującą należy przyjąć treść informacji zawierającej późniejsze oświadczenie zamawiającego(...),*

Za niezasadne Izba uznała także wskazywanie na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający odmiennie ocenił oferty Odwołującego i Przystępującego w zakresie tych samych dokumentów, czy takich samych stanów faktycznych.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów i tym samym oddaliła przedmiotowe odwołanie uznając czynność Zamawiającego w tym zakresie za prawidłową.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....