

WYROK
z dnia 7 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2018 r. przez **Wykonawcę – S.D.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą DS. Comp S.D. w Krakowie, oś. Kościuszkowskie 6/229 (31-858 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Uniwersytet Medyczny w Łodzi, Al. Kościuszki 4 (90-419 Łódź)**

orzeka:

- 1 **Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynności dotyczące pakietu nr 2 z dnia 16 listopada 2018 r., polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego DS. Comp S.D. oraz wyboru najkorzystniejszej oferty E-Tech s.c. M.D., P.K. i nakazuje Zamawiającemu powtórzyć czynność oceny ofert złożonych na pakiet nr 2 z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Uniwersytet Medyczny w Łodzi i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę S.D. tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego – Uniwersytetu Medycznego na rzecz Odwołującego – S.D. (D.S. Comp S.D.) kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaści tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Uniwersytet Medyczny w Łodzi na *dostawę sprzętu serwerowego macierzy dyskowej oprogramowania oraz sprzętu audio/video w ramach wyposażenia studia nagrań – pakiet II* (nr sprawy: ZP/48/2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.06.2018 r., nr 2018/S 115-261043, wobec czynności odrzucenia oferty własnej Wykonawca S.D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DS Comp S.D. (dalej jako Odwołująca), wniosła w dniu 26 listopada 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2438/18).

Zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 16.11.2018 r. drogą elektroniczną.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne zastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści siwz w zakresie szyfrowania danych na zainstalowanych dyskach w sytuacji, gdy: zaoferowane dyski są wyposażone w żądaną funkcjonalność szyfrowania danych, a wymóg z punktu 47 OPZ nie zawiera informacji o tym, aby żądana funkcjonalność musiała „posiadać natywne, wbudowany w urządzenie mechanizm szyfrujące dane” (a); rozwiązanie w celu spełnienia funkcjonalności szyfrowania danych nie wymaga żadnych dodatkowych elementów sprzętowych bądź licencji, o których mowa w zdaniu drugim, pkt 47 OPZ (b); wymóg dotyczy szyfrowania danych na już „zainstalowanych dyskach” i brak jest odesłania w tym zakresie do wymogu określonego w pkt 29 OPZ, jako kompatybilnego z dostarczonym rozwiązaniem (c); dla każdego typu i rodzaju dysku wymienionych w pkt 29 OPZ Zamawiający ma możliwość zaszyfrowania danych – mimo iż wymóg taki nie został zawarty w pkt 47 OPZ (d); przestrzeń min. 2400 TiB można uzyskać stosując typy i rodzaje dysków wymienione w pkt 29 OPZ, jednak wymóg taki nie został zawarty w pkt 47 OPZ (e)

co doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, mimo jej zgodności z wymaganiami określonymi w siwz.

- 2) art. 65 ust. 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez dokonanie niedozwolonej rozszerzającej i bardziej rygorystycznej wykładni postanowień siwz w zakresie wymogu szyfrowania danych na zainstalowanych dyskach poprzez uznanie, iż: macierz winna posiadać natywne, wbudowany w urządzenie mechanizm umożliwiający szyfrowanie danych na zainstalowanych dyskach (a);

określone w pkt 29 OPZ rodzaje i typy dysków oczekiwane są przez Zamawiającego jako kompatybilne z dostarczonym rozwiązaniem, zaś instalacja przez Zamawiającego w macierzy któregośkolwiek z dysków wymienionych w pkt 29 OPZ spowoduje brak możliwości szyfrowania danych oraz instalacja w macierzy dysków określonych w pkt 29 OPZ nie daje możliwości zaszyfrowania przestrzeni dyskowej o oczekiwanym rozmiarze, tj. 2400TiB;

a nie wynikającej z literalnego brzmienia wymogu określonego w pkt 47 OPZ i prowadzącej do jego nieuzasadnionej na tym etapie modyfikacji, co narusza zasadę przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, w konsekwencji doprowadzając do bezpodstawnego odrzucenia oferty w istocie zgodnej z wymogami siwz.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

Przedmiotem zarzutów jest czynność ponownej oceny oferty Odwołującego złożonej na Pakiet nr II. Przy pierwszej ocenie zakończonej odrzuceniem jego oferty złożone zostało odwołanie, które Zamawiający w całości uwzględnił. W toku ponownego badania oferty Odwołującego, pismem z dnia 24.10.2018 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnień w zakresie spełniania wymogów określonych dla pakietu nr 2 w załączniku nr 2, opisanych pod numerami: 36, 47, 10, 29, 33, 50.

W wyjaśnieniach Odwołujący odniósł się do opisu wymagania z pkt 47, w którym wymóg szyfrowania danych dotyczył „zainstalowanych dysków”, a nie dysków, o które hipotetycznie Zamawiający w przyszłości rozbudowywałby macierz, o których mowa w pkt 29 OPZ. Wykonawca jednoznacznie potwierdził, iż dyski samoszyfrujące posiadają funkcjonalność, która nie wymaga dodatkowych licencji.

W dniu 16.11.2018 r. Zamawiający ponownie odrzucił ofertę Odwołującego wskazując na brak spełnienia wymagania z pkt 47, aby dostarczone urządzenie umożliwiała szyfrowanie danych na zainstalowanych dyskach. Ze złożonych wyjaśnień wynika, iż urządzenie nie posiada natywnego, wbudowanego w urządzenie mechanizmu umożliwiającego szyfrowanie danych na zainstalowanych dyskach. Zamawiający wymagał, aby dostarczone rozwiązanie umożliwiała szyfrowanie danych na zainstalowanych w macierzy dyskach twardych, nie precyzując rodzaju i typu zainstalowanych dysków. W pkt 29 OPZ Zamawiający sprecyzował rodzaje i typy dysków, które są oczekiwane przez Zamawiającego jako kompatybilne z

dostarczonym rozwiązaniem. W przypadku zaoferowanego rozwiązania, jeżeli Zamawiający zdecyduje się na zainstalowanie w macierzy któregośkolwiek z dysków wymienionych w tym punkcie, nie będzie miał możliwości zaszyfrowania na nim danych. Zgodnie z oświadczeniem producenta wymagana przestrzeń dyskowa możliwa do zaszyfrowania osiągnięta jest wyłączenie dla dysków samoszyfrujących co oznacza, że jeżeli Zamawiający zdecyduje się na instalację w macierzy wyłącznie dysków określonych w pkt 29 OPZ, nie będzie miał możliwości zaszyfrowania przestrzeni dyskowej o oczekiwanym rozmiarze, tj. 2400TB. Zamawiający wskazał na potrzebę traktowania OPZ całościowo, a nie w odniesieniu do poszczególnych jego punktów. Nie było dopuszczalne, aby spełnienie jednego z punktów opisu nie uwzględniało pozostałych wymagań opisanych przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający odrzucając ofertę dokonał modyfikacji wymagania z pkt 47 OPZ nadając zbyt rygorystyczne znaczenie, niż wynikające z literalnego brzmienia: *Dostarczone rozwiązanie musi umożliwiać szyfrowanie danych na zainstalowanych dyskach. Jeżeli funkcjonalność ta wymaga dodatkowych elementów sprzętowych bądź aktywacji dodatkowej licencji to należy dostarczyć je wraz z rozwiązaniem dla minimum 2400TiB.*

Wykonawcy mieli swobodę w doborze sposobu realizacji wymogu, tj. macierz mogła być wyposażona w dodatkową licencję umożliwiającą szyfrowanie danych; kontrolery macierzy mogą zostać wyposażone w dodatkowe elementy sprzętowe szyfrujące dane na dyskach lub macierz mogła być wyposażona w dyski samoszyfrujące. Odwołujący zaoferował rozwiązanie oparte na dyskach samoszyfrujących się, które posiadają żadaną funkcjonalność szyfrowania danych (napędy samoszyfrujące), natomiast klucze szyfrujące są przechowywane wewnętrznie w obrębie macierzy i obejmują pojemność min. 2400TiB. Przez macierz dyskową Zamawiający rozumie *zestaw dysków twardych HDD i/lub dysków SSD kontrolowanych przez minimum pojedynczą parę kontrolerów macierzy kontrolujących wszystkie zasoby dyskowe macierzy bez korzystania z zewnętrznych połączeń kablowych pomiędzy dowolnymi kontrolerami* (pkt 1 OPZ). Dyski, jakie mają być zainstalowane zostały opisane w pkt 11 OPZ. Zatem macierz uzyskuje funkcjonalność szyfrowania danych na zainstalowanych dyskach poprzez zastosowanie dysków samoszyfrujących, kontrolowanych przez minimum pojedynczą parę kontrolerów macierzy, kontrolujących wszystkie zasoby dyskowe macierzy, bez korzystania z zewnętrznych połączeń kablowych pomiędzy dowolnymi kontrolerami. Zamawiający nie wskazał, iż nie dopuszcza dysków samoszyfrujących – tak jak uczynił to przy wymogu z pkt 11 OPZ – *nie dopuszcza się dostarczenia dysków cMLC*. Żadana funkcjonalność szyfrowania danych dotyczy jedynie „zainstalowanych dysków”, a więc dysków, które będą dostarczone razem z macierzą i w niej zainstalowane określone w pkt 11 OPZ i które zgodnie z ofertą zawierają funkcję

samoszyfrowania. Zamawiający nie odsyłał w opisie wymagania z pkt 47 do pkt 29 OPZ *zainstalowane dyski należy rozumieć przede wszystkim dyski, które faktycznie będą dostarczone i zainstalowane w macierzy, a które stanowią przedmiot zamówienia*. Pkt ten odnosi się do funkcjonalności macierzy [*oferowana macierz musi wspierać poniższe dyski hot-plu (...)*], nie zaś jako podnosi Zamawiający typów i rodzajów dysków, które miałyby być kompatybilne z dostarczonym rozwiązaniem.

Chociaż nie było takiego wymogu, to do każdego dysku, o którym mowa w pkt 29 OPZ Zamawiający ma możliwość szyfrowania danych, co potwierdził producent Huawei wskazując, iż dla macierzy Huawei OceanStor 2600 v3 dostępne są wszystkie dyski wymienione w pkt 29 OPZ, które wyposażone są w funkcję samoszyfrowania danych. W siwz nie ma zapisu o konieczności zapewnienia szyfrowania przestrzeni dyskowej o rozmiarze 2400TiB w oparciu jedynie o dyski określone w pkt 29 OPZ. Pomimo tego Odwołujący wskazał, iż można uzyskać przestrzeń min. 2400TiB stosując dyski wymienione w pkt 29 OPZ, przykładowo używając 500 dysków mechanicznych HDD NL-SAS o pojemności 6 TB i prędkości obrotowej minimum 7.2 tysięcy obrotów na minutę samoszyfrujących.

Zamawiający zobowiązany był kierować się przy ocenie ofert literalnymi zapisami siwz, a doprecyzowanie wymagań na etapie oceny i badania ofert doprowadziłoby do zakazanej modyfikacji OPZ i naruszałoby zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał na konieczność rozstrzygnięcia wątpliwości dotyczących opisu przedmiotu zamówienia na jego korzyść.

Zamawiający w piśmie procesowym złożonym mailem w dniu 6 grudnia 2018 r. przed otwarciem rozprawy wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie w całości. Wniosek o odrzucenie uzasadniał tym, że obecne czynności objęte zarzutami zostały wykonane zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu z 24.09.2018 r. Zamawiający unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego (pismo z 19.10.2018 r.), a następnie pismem z dnia 24.10.2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i dokonał ponownej oceny ofert. Wnosząc o oddalenie odwołania Zamawiający zakwestionował posiadanie przez Odwołującego interesu w złożeniu środka ochrony prawnej w sytuacji, gdy odwołanie nie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odnosząc się natomiast do podstawy faktycznej zarzutów Zamawiający wskazał, iż przy zaoferowanym rozwiązaniu decydując się na zainstalowanie w macierzy któregośkolwiek z dysków wymienionych w pkt 29 OPZ, nie będzie miał możliwości zaszyfrowania przestrzeni dyskowej w oczekiwanym rozmiarze 2400 TB.

Oddalając na posiedzeniu wnioski o odrzucenie odwołania Izba uznała, iż Zamawiający w błędny sposób zakwalifikował stan, jaki powstał na skutek ponownego odrzucenia oferty Odwołującego, jako wypełniający przesłankę z art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy. W opinii Zamawiającego obecne odwołanie dotyczy czynności wykonanych zgodnie z żądaniem Wykonawcy zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, jakim były unieważnienie czynności odrzucenia oferty i jej ponowna ocena i badanie. Zamawiający pomija przy tym, iż żądaniem wcześniejszego odwołania nie było odrzucenie oferty Odwołującego, ale jej przywrócenie do oceny, jako zgodnej z siwz. Przedmiotem obecnego odwołania jest ponowna czynność odrzucenia oferty Odwołującego oparta na innej podstawie faktycznej, niż wskazana przy pierwszej decyzji, stanowiącej przedmiot odwołania z 24.09.2018 r., którego zarzuty Zamawiający w całości uwzględnił. Nie można w związku z tym utożsamiać obecnej czynności z unieważnioną czynnością, od której skutków uchylił się Zamawiający uwzględniając w całości zarzuty podniesione w odwołaniu, a decydującym pozostaje ustalenie, czy nowa czynność w postępowaniu odpowiada żądaniom Odwołującego. Skoro wcześniej, jak i obecnie Odwołujący kwestionuje istnienie uzasadnienia dla odrzucenia jego oferty, to brak jest podstaw do uznania, iż czynność Zamawiającego odpowiada żądaniom Wykonawcy. W sytuacji, gdy Zamawiający pomimo uwzględnienia odwołania ponownie odrzuca ofertę nie można wywodzić, aby czynność objęta odwołaniem była zgodna z żądaniem przywrócenia tej oferty do oceny. Jednocześnie należy mieć na względzie, iż wcześniejsze żądania, których istota sprowadzała się do powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego, nie zawierały jednoznacznego wskazania co do wyników tych czynności. Tym samym na nową czynność odrzucenia oferty Odwołującego, Wykonawcy przysługiwało odwołanie.

Odwołujący podtrzymał w całości odwołanie, które Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego, przy

braku zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej i ograniczenia odwołania wyłącznie do czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nie będzie on mógł uchylić decyzji nie objętej środkiem zaskarżenia. Wynikać ma to z faktu związania Izby zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Ustawy). Odwołujący wniósł odwołanie na czynność oceny jego oferty zakończoną decyzją o jej odrzuceniu, bez wskazania na wadliwość decyzji o wyborze oferty konkurencyjnej złożonej w pakiecie nr 2. Jednocześnie należy zauważyć, iż przywrócenie oferty Odwołującego do oceny oznaczałoby, iż wynik postępowania wymagałby korekty przez sam fakt potrzeby porównania ofert złożonych w pakiecie nr 2. Niewątpliwie odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Wykonawcy było odwołaniem skutecznym i nie podlegało odrzuceniu. Tym samym oceniając istnienie interesu we wniesieniu odwołania na moment jego złożenia, należy uwzględnić stan postępowania ustalony na ten dzień. Skoro czynność wyboru oferty najkorzystniejszej stanowiła wynikową decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, to uchylenie tej czynności jako wadliwej będzie miało konsekwencje dla wtórnych wobec niej decyzji Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, Izba nie będąc związana żądaniami Odwołującego może przy uwzględnieniu zarzutów nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 2, bez odnoszenia się merytorycznie do oferty obecnie wybranej. Przez sam nakaz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Izba nie narusza nakazu orzekania w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, jak również nie przesądza o wyniku dalszych, ponowionych w postępowaniu czynności, na które wykonawcom zasadniczo przysługiwać będzie prawo do ich zaskarżenia.

W świetle przedstawionych okoliczności Izba uznała, iż stanowiąca przedmiot zarzutów czynność badania oferty Odwołującego, mogła naruszać interes Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, gdyż konsekwencją uznania oferty za niezgodną z treścią siwz było jej odrzucenie z postępowania, a w konsekwencji wybór oferty innego wykonawcy. Skoro Odwołujący nie widział podstaw do podważenia prawidłowości oferty konkurencyjnej, a jej wybór był podyktowany brakiem porównania z ofertą Odwołującego, to odwołanie, którego zakresem objęta jest czynność odrzucenia oferty Odwołującego, zmierza faktycznie do wzruszenia wyniku postępowania ustalonego z pominięciem oferty odrzuconej. Tym samym Izba uznała, iż okoliczności podniesione w podstawie zarzutów wskazują, iż uzasadnionym stało się złożenie odwołania, którego żądania zmierzały do uchylenia niekorzystnych skutków decyzji Zamawiającego, co również obejmuje czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, na co wskazuje żądanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego, złożonych dowodów, w szczególności wyjaśnień producenta dotyczących zaoferowanej macierzy Huawei

OceanStore 2600 V3 oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot zamówienia ujęty pakietem nr II obejmuje macierz dyskową spełniającą parametry minimalne opisane w załączniku nr 2 do siwz. Przez macierz dyskową rozumie się zestaw dysków twardych HDD i/lub dysków SSD kontrolowanych przez minimum pojedynczą parę kontrolerów macierzowych kontrolujących wszystkie zasoby dyskowe macierzy bez korzystania z zewnętrznych połączeń kablowych pomiędzy dowolnymi kontrolerami. Zamawiający w kolejnych punktach opisał wymagania, których spełnienia w całości oczekuje wobec przedmiotu dostawy, w tym dotyczące:

- przepustowości minimum 48Gb/s w ramach pojedynczego połączenia (pkt 9),
- obsługi przestrzeni dyskowej w trybie surowym (tzw. RAW) minimum 2400TiB bez konieczności wymiany zainstalowanych kontrolerów (pkt 10);
- minimalnej łącznej pojemności 23,04 TB z wykorzystaniem dysków SSD SAS12Gb/s klasy Enterprise na dyskach o poj. 1,92TB – nie dopuszcza się dostarczenia dysków cMLC (Consumer MLC) (pkt 11);
- wspierania poniższych dysków hot-plug: dyski elektroniczne SSD SAS o pojemności min. 400GB, dyski mechaniczne HDD SAS o pojemności min. 300GB i prędkości 15 tysięcy obrotów na minutę, dyski mechaniczne HDD SAS o pojemności min. 600GB i prędkości 10k tysięcy obrotów na minutę, dyski mechaniczne HDD SAS o pojemności min. 1.2TB i prędkości 10k tysięcy obrotów na minutę, dyski mechaniczne HDD NL-SAS o pojemności min. 2TB i prędkości obrotowej min. 7,2 tysięcy obrotów na minutę. Macierz obsługuje dyski hot-plug SSD i HDD wyposażone w porty SAS 12GB/s zainstalowane w dowolnym module rozwiązania (pkt 29);
- dostarczone rozwiązanie musi umożliwiać szyfrowanie danych na zainstalowanych dyskach. Jeżeli funkcjonalność ta wymaga dodatkowych elementów sprzętowych bądź aktywacji dodatkowej licencji to należy dostarczyć je wraz z rozwiązaniem dla minimum 2400TiB (pkt 47).

Odwołujący zaoferował macierz dyskową Huawei OceanStore 2600 V3 wraz z dyskami samoszyfrującymi.

Zamawiający pismem z dnia 24.10.2018 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, z uwagi na powziętą wątpliwość co do spełniania wymagań minimalnych, w tym opisanego w pkt 47 OPZ. Według Zamawiającego oferowana macierz nie umożliwia szyfrowania danych na zainstalowanych dyskach twardych, a jedynie na dyskach SED (Self-

encrypting driver – napędy samo szyfrujące). Niemożliwe jest zaszyfrowanie danych na wszystkich rodzajach dysków wspieranych przez powyższą macierz określonych w pkt 29 OPZ. Przy rozbudowie o zwykłe dyski SSD SAS Zamawiający stwierdził, iż nie będzie możliwe włączenie szyfrowania, co oznaczało, iż zgodnie z pkt 47 wymagane było dostarczenie dodatkowe elementów sprzętowych, tj. dysków dla minimum 2400TiB.

W wyjaśnieniach dotyczących wymagania z pkt 47 Odwołujący wskazał na literalne brzmienie wymagania w zakresie funkcjonalność szyfrowania danych, które dotyczy „zainstalowanych dysków”, nie zaś dysków, którymi Zamawiający może w przyszłości rozbudować macierz, wskazanych w pkt 29 OPZ. Oferowane rozwiązanie – dyski samoszyfrujące dane, posiadają funkcjonalność żądaną przez Zamawiającego, która nie wymaga żadnych dodatkowych elementów sprzętowych bądź aktywacji dodatkowych licencji. Ponadto Odwołujący wskazał, iż oferowana macierz obsługuje przestrzeń dyskową w trybie surowym (tzw. RAW) o pojemności 6 985 TiB bez konieczności wymiany zainstalowanych kontrolerów – tym samym rozwiązanie to znacznie przewyższa wymóg minimalny 2.400 TiB (pkt 10 OPZ). Osiągnięcie takich parametrów będzie możliwe przy zastosowaniu 500 dysków SAS SSD o pojemności 15,36TB każdy i użyciu 2 kontrolerów. Wyjaśnienia te podparł oświadczeniem producenta z dnia 29.10.2018 r.

Zamawiający pismem z dnia 16.11.2018 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr II oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z siwz – opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do siwz), w którym wymagano, aby *„dostarczone rozwiązanie musi umożliwiać szyfrowanie danych na zainstalowanych dyskach. Jeżeli funkcjonalność ta wymaga dodatkowych elementów sprzętowych bądź aktywacji dodatkowej licencji to należy dostarczyć je wraz z rozwiązaniem dla minimum 2400TiB”*. Zamawiający na podstawie złożonych wyjaśnień ustalił, iż zaoferowana macierz nie posiada natywnego, wbudowanego w urządzenie mechanizmu, umożliwiającego szyfrowanie danych na zainstalowanych w urządzeniu dyskach. Chociaż w pkt 47 OPZ nie zostało sprecyzowane jakiego rodzaju i typu dysków Zamawiający oczekiwał, to zgodnie z pkt 29 wskazane zostały rodzaje i typy dysków, które mają być kompatybilne z dostarczonym rozwiązaniem. Jeżeli Zamawiający zdecyduje się na zainstalowanie w macierzy któregośkolwiek z dysków wymienionych w pkt 29, nie będzie miał możliwości zaszyfrowania na nich danych. Zgodnie z oświadczeniem producenta wymagana przestrzeń dyskowa możliwa do zaszyfrowania osiągniata jest wyłącznie dla dysków samoszyfrujących co oznacza, że jeżeli Zamawiający zdecyduje się na instalację w macierzy wyłącznie dysków określonych w pkt 29 OPZ, nie będzie miał możliwości zaszyfrowania przestrzeni dyskowej o oczekiwanym rozmiarze, tj. 2400TB. Zamawiający oceniał rozwiązanie całościowo w odniesieniu do wszystkich punktów OPZ, a nie w odniesieniu do każdego z osobna.

W toku rozprawy strony złożyły zgodne wyjaśnienia, z których wynika, iż macierz dostarczona zostanie wraz z dyskami, zgodnie z pkt 11 OPZ, tj. o *minimalnej łącznej pojemności 23,04 TB z wykorzystaniem dysków SSD SAS12Gb/s klasy Enterprise na dyskach o poj. 1,92TB – nie dopuszcza się dostarczenia dysków cMLC (Consumer MLC)*. Zamawiający opisując w pkt 10 OPZ *wymóg obsługi przestrzeni dyskowej w trybie surowym (tzw. RAW) minimum 2400TiB bez konieczności wymiany zainstalowanych kontrolerów* miał na uwadze przyszłą rozbudowę rozwiązania, która ma umożliwić wykorzystanie dysków hot-plug, opisanych w pkt 29 OPZ: *dyski elektroniczne SSD SAS o pojemności min. 400GB, dyski mechaniczne HDD SAS o pojemności min. 300GB i prędkości 15 tysięcy obrotów na minutę, dyski mechaniczne HDD SAS o pojemności min. 600GB i prędkości 10k tysięcy obrotów na minutę, dyski mechaniczne HDD SAS o pojemności min. 1.2TB i prędkości 10k tysięcy obrotów na minutę, dyski mechaniczne HDD NL-SAS o pojemności min. 2TB i prędkości obrotowej min. 7,2 tysięcy obrotów na minutę*.

Zestawienie tych parametrów dawało obraz wymagań, jakie spełniać miała zaoferowana macierz, która jako rozwiązanie ma umożliwić szyfrowanie danych na zainstalowanych dyskach. Jeżeli funkcjonalność ta wymagałaby dodatkowych elementów sprzętowych bądź aktywacji dodatkowej licencji, to należało dostarczyć je wraz z rozwiązaniem dla minimum 2400TiB (pkt 47).

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba miała na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) - OPZ, ofertę Odwołującego oraz oświadczenie producenta macierzy Huawei OceanStore 2600 V3 dotyczące rozwiązania i jego funkcjonalności.

Zasadniczym w sporze było ustalenie, czy w świetle wymagań przedmiotowych opisanych w załączniku nr do 2 do siwz, dopuszczalne było zaoferowanie rozwiązania bazującego na dyskach samoszyfrujących, a jeżeli tak, to czy zaoferowana macierz Huawei OceanStore 2600 V3 pozwoli osiągnąć wszystkie wymagania Zamawiającego, w tym w szczególności umożliwi zaszyfrowanie przestrzeni dyskowej o oczekiwanym rozmiarze, tj. 2400TB.

Strony prezentowały odmienne oceny zarówno w przedmiocie dopuszczalności zaoferowania rozwiązania bazującego na dyskach samoszyfrujących, jak i możliwości osiągnięcia przy takim rozwiązaniu wszystkich oczekiwanych parametrów minimalnych. Zasadniczym w sprawie stało się odniesienie do stwierdzenia, jakie legło u podstawy uznania przez Zamawiającego oferty Odwołującego za niezgodną z siwz, że macierz dostarczona wraz z dyskami samoszyfrującymi oznaczać będzie, iż przy rozbudowie przestrzeni dyskowej w przyszłości do wymaganej minimalnej 2400TiB, niemożliwe będzie

wykorzystanie dysków wskazanych w pkt 29 OPZ. Przeszkodą dla takiej rozbudowy będzie bowiem wykorzystanie dysków samoszyfrujących dostarczonych wraz z macierzą w ramach niniejszego zamówienia.

Na podstawie zebranego materiału Izba uznała, iż zarzuty formułowane wobec dokonanej oceny oferty Odwołującego potwierdziły się, o czym zdecydowały zapisy siwz, w których Zamawiający nie wykluczył rozwiązania bazującego na dyskach samoszyfrujących. Nie było spornym w sprawie, iż rozwiązanie to jest jednym z trzech możliwych do wykorzystania i niezależnych od siebie sposobów szyfrowania danych, co wskazał sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż oczekiwał zapewnienia funkcjonalności szyfrowania danych nie tylko na zainstalowanych dyskach, ale również na wszystkich podanych w pkt 29 OPZ. Zamawiający opisał wymagania dotyczące przedmiotu dostawy przez opis funkcjonalności rozwiązania, nie wyłączając w pkt 47 OPZ wprost żadnego z dostępnych na rynku sposobów szyfrowania danych, a tym samym nie wykluczył dostawy macierzy wyposażonej w dyski samoszyfrujące. W toku rozprawy Zamawiający nie wykazał, aby rozwiązanie to stało na przeszkodzie dalszej rozbudowie macierzy opisanej w załączniku nr 2 przez osiągnięcie minimalnej przestrzeni 2400 TiB, w tym również z wykorzystaniem wszystkich wymienionych w pkt 29 OPZ dysków hot-plug. Mając oświadczenie producenta z 29.10.2018r. złożone w trybie wyjaśnienia treści oferty Zamawiający podejmując decyzję, która opiera się na sprzecznej z treścią oświadczenia ocenie zaoferowanego rozwiązania, zobowiązany był do wykazania przed Izbą słuszności swojego stanowiska. Zamiast takiego dowodu Zamawiający jedynie wskazał na konsekwencje finansowe przy rozbudowie macierzy, która będzie wymagała wyposażania w droższe dyski samoszyfrujące. Jednocześnie Zamawiający nie wykazał, aby wymienione w oświadczeniu producenta rodzaje dysków nie były dostępne z funkcją samoszyfrowania. Tym samym Izba uznała, iż nie było uzasadnienia dla uznania oferty Odwołującego za niezgodną z siwz, jak również dla stwierdzonej przez Zamawiającego konieczności dostarczenia przy rozwiązaniu zaoferowanym, w ramach niniejszego zamówienia, ilości dysków potrzebnej do osiągnięcia minimalnej przestrzeni 2400 TiB. Jak wskazał sam Zamawiający przestrzeń ta opisana, jako minimalna stanowi parametr oczekiwany do osiągnięcia przy dalszej rozbudowie dostarczonego rozwiązania. Nie jest natomiast parametrem wymaganym na etapie niniejszej dostawy, podobnie jak dyski wymienione w pkt 29 OPZ. Uwzględniając opis zamówienia całościowo, Zamawiający co najwyżej mógł ocenić, czy zaoferowane rozwiązanie umożliwia jego rozbudowę do wskazanej wielkości przestrzeni dyskowej 2400 TiB. Dodatkowe dyski, niezbędne do powiększenia przestrzeni dyskowej nie są elementem sprzętowym, o jakim mowa w pkt 47 i nie stanowią przedmiotu dostawy w ramach tego zamówienia. Jak wyjaśnił Odwołujący każde rozwiązanie zastosowane przez

producenta macierzy oznacza, iż w przyszłości Zamawiający może być ograniczony przy wyborze elementów pozwalających na jego rozbudowę do linii produktów danego producenta, co jest zjawiskiem powszechnym (dot. Huawei, Fujitsu, Dell). Powyższe wprost wskazuje, iż dyski opisane w pkt 29 OPZ stanowić mogą przedmiot dalszej rozbudowy dostarczanej przy tym zamówieniu macierzy.

Podsumowując, w oparciu o przedłożone oświadczenie przedstawiciela producenta macierzy Huawei Izba przyjęła, iż zaoferowana macierz, wykorzystująca dyski samoszyfrujące pozwala osiągnąć parametr dotyczący szyfrowania danych na zainstalowanych dyskach, co kwestionował Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego. Zamawiający nie wykazał, aby pozostałe parametry minimalne, czy to dotyczące przestrzeni dyskowej, czy też wspieranych dysków hot-plug nie były możliwe do osiągnięcia przy dalszej rozbudowie dostarczonej macierzy.

W świetle powyższego odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości stwierdzonej rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy, tj. 3600 zł.

Przewodniczący: