

WYROK
z dnia 07 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 listopada 2019 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21.10.2019 r. przez wykonawcę **DS Comp S. D., os. Kościuszkowskie 6/229, 31-858 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-01 Kraków**

przy udziale wykonawcy **T-SYSTEMS Polska Sp. z o.o., ul. Św. Antoniego 7, 50-073 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów w pkt 1 ozn. nr 1.1 i 1.2 oraz pkt. 2 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie wezwania odwołującego wykonawcy DS Comp S. D., w zakresie zarzutu ozn. pkt 1.3 w trybie art. 87 ust.1 Pzp do złożenia wyjaśnień co do faktycznej ilości zaoferowanych półek dysków SSD oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-01 Kraków i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od zamawiającego Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie na rzecz odwołującego DS Comp S. D. kwotę 18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z dnia 27 września 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 Krakowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-01 Kraków, dalej zwany „Odwołującym” prowadzi postępowanie o udzielenie publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę infrastruktury serwerowej wraz z oprogramowaniem”.

Zamawiający w dniu 09.10.2019 r poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy DS Comp S. D., os. Kościuszkowskie 6/229, 31-858 Kraków, dalej zwanego „Odwołującym”.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca którego oferta została odrzucona wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu nieuzasadnione odrzucenie oferty, mimo jej zgodności ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz zaniechaniu wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty, w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ w zakresie odporności systemu na awarię całej półki dyskowej i wykonania konfiguracji zgodnie z zaleceniami producenta.

Podnosząc powyższe zarzuty zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

. **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymogów:

1.1 centralnego systemu prezentującego parametry dostarczanych serwerów (Tabela 1, punkt 24 i Tabela 2 punkt 17 OPZ, gdy;

a. zaoferowany system centralnego monitoringu w formie jednego serwera fizycznego umożliwia prezentację centralną wymaganych parametrów dla dostarczanych serwerów w dwóch modułach (moduł 1: numer seryjny, stan zdrowia, status komponentów; moduł 2: stan gwarancji) zaś dostęp do systemu odbywać się będzie z jednego centralnego panelu użytkownika (interfejsu graficznego) po jednym zalogowaniu, zatem nie są to dwa oddzielne systemy monitoringu;

b. Zamawiający w ramach centralnego systemu prezentującego parametry postawił wymogi dotyczące funkcjonalności (wskazując wymagane do monitoringu parametry) i formy (usługa, serwer wirtualny, serwer fizyczny), natomiast nie postawił żadnych dodatkowych wymogów w zakresie samego sposobu prezentacji parametrów, zatem przy takiej konstrukcji postanowień OPZ, dostarczenie centralnego panelu użytkownika, który następnie dzieli się na dwa moduły jest zgodne z wymogami Zamawiającego.

1.2 pochodzenia wszystkich elementów serwera od jednego producenta (Tabela 1, punkt 26 i Tabela 2 punkt 18 ORZ) w sytuacji, gdy:

a. usługa centralnego monitoringu świadczona jest w imieniu Huawei przez PS COMP na podstawie oficjalnej umowy o autoryzacji serwisowej. Wykonawca i producent Huawei w ramach przedmiotowej umowy stworzyli aplikację na potrzeby niniejszego Postępowania (moduł do monitoringu stanu gwarancji w ramach jednego centralnego panelu użytkownika), pozostałe oprogramowanie i sprzęt oferowany w Postępowaniu przez Odwołującego pochodzi również od producenta Huawei;

b. w ramach wymogu dotyczącego centralnego systemu prezentującego parametry (Tabela 1, punkt 24 i Tabela 2 punkt 17 OPZ) po pierwsze - brak jest jakiegokolwiek odesłania do wymogu dotyczącego pochodzenia wszystkich elementów serwera od jednego producenta (punkcie 26 Tabela 1 i punkcie 18 Tabela 2 OPZ), który w istocie dotyczy głównego przedmiotu zamówienia, a więc siedmiu serwerów typu I i jednego serwera typu II. nie zaś usługi centralnego monitoringu parametrów ww. serwerów, po drugie standardowo - elementami serwera nie jest oprogramowanie czy aplikacje, a fizyczne części urządzenia. Zamawiający zaś nie określił co w jego ocenie stanowi element serwera.

1.2 odporności systemu na awarie całej półki dyskowej (Tabela 4, punkt 4 OPZ) w sytuacji, gdy:

a. testy, o których mowa w punkcie 5 Tabela 4 dotyczą wydajności macierzy (jej obciążenia), co należy odróżnić od testów bezpieczeństwa (odporności na awarię), które nie były przez Zamawiającego wymagane. Wykonawca był zatem zobowiązany do wykazania testów potwierdzających spełnienie wszystkich wymogów jedynie w zakresie wydajności oferowanej macierzy, co uczynił;

b. odporności systemu na awarię całej półki dyskowej nie może być oceniana na podstawie testów wydajności jak to zrobił Zamawiający. gdyż inny jest cel ich przeprowadzania, ponadto wygenerowane testowe wydajności (obciążenia) macierzy nie zawierają informacji na temat szczegółowej konfiguracji zastosowanej podczas testów;

c. literalne brzmienie wymogu wskazuje, iż dotyczy on odporności na awarię samej półki dyskowej, która jest podłączoną do macierzy, w przypadku jej awarii użytkownik w dalszym ciągu ma dostęp do systemu i pozostałych sprawnych półek dyskowych), przy takim rozumieniu wymogu, macierz spełnia warunek odporności na awarię całej półki dyskowej zarówno przy rozmieszczeniu dysków SSD w 2 półkach dyskowych i 3 półkach dyskowych.

d. testy wydajnościowe macierzy dla dysków SSD zostały wykonane w konfiguracji zarówno z 3 półkami dyskowymi oraz konfiguracji z 2 półkami dyskowymi i uzyskały dokładnie takie same parametry w zakresie wymaganej wydajności. Oznacza to, iż wygenerowany test obciążenia będzie identyczny w przypadku zastosowania obydwu konfiguracji.

e. oświadczenie producenta Huawei (które nie stanowi oferty, ani testu wydajności), omyłkowo nie zawiera testowanej konfiguracji dysków SSD z zastosowaniem 3 półek dyskowych, dlatego kwestia ta winna podlegać w pierwszej kolejności wyjaśnieniu i nie może stanowić na tym etapie jedynej podstawy do uznania niezgodności oferty w zakresie odporności systemu na awarie całej półki dyskowej;

1.3 wykonania konfiguracji zgodnie z zaleceniami producenta (Tabela 4, punkt 4 OPZ) w sytuacji, gdy;

a. testy wydajności macierzy zostały przeprowadzone bezpośrednio przez Huawei w konfiguracji przy podziale 30 dysków SSD pomiędzy 2 półkami dyskowymi (2 x 15 sztuk dysków SSD), jak i pomiędzy 3 półkami dyskowymi (3 x 10 sztuk dysków SSD) i są zgodne z zaleceniami producenta.

b. Zamawiający nie wskazał na podstawie jakiego dokumentu ustalił rzekomą niezgodność, przez co Wykonawca nie jest w stanie zweryfikować czy dane w nim zawarte są aktualne i zgodne ze stanem faktycznym.

c. Rekomendowana przez producenta liczba dysków w ramach domeny dyskowej jest zależna od wielu czynników takich jak: model macierzy, konfiguracja macierzy, środowisko produkcyjne i w związku z powyższym w każdym przypadku zalecane jest zapytanie bezpośrednio producenta o rekomendowane rozmieszczenie dysków w obrębie domeny dyskowej celem maksymalizacji wydajności oraz bezpieczeństwa. Dla zaoferowanej konfiguracji 30 dysków SSD producent zaleca podział na 2 domeny każda po 15 dysków.

co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, mimo jej zgodności z wymogami określonymi w SIWZ. Ponadto dokonanie przez Zamawiającego niedozwolonej rozszerzającej i bardziej rygorystycznej wykładni postanowień SIWZ niż wynika to z literalnego brzmienia wymogu prowadzi do jego nieuzasadnionej na tym etapie modyfikacji SIWZ, co narusza zasadę przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców, czego skutkiem ponownie jest odrzucenie oferty w istocie zgodnej z wymogami SIWZ.

2. art. 87 ust 1 Pzp poprzez niezastosowanie i odstąpienie od żądania jakichkolwiek wyjaśnień treści oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ w zakresie:

a. wykonania konfiguracji zgodnie z zaleceniami producenta - Zamawiającego samodzielnie ustalił rzekomą niezgodności oferty w oparciu o niesprecyzowaną dokumentację i niepełne oświadczenie producenta Huawei (omyłkowo nie zawiera testowanej konfiguracji dysków SSD z zastosowaniem 3 półek dyskowych)

b. odporności systemu na awarię całej półki dyskowej - Zamawiający samodzielnie błędnie ustalił niezgodności oferty w oparciu jedynie o interpretację oświadczenia producenta

Huawei (omyłkowo nie zawiera testowanej konfigurację dysków SSD z zastosowaniem 3 półek dyskowych), a złożonego w zupełnie innym celu tj. w związku z przeprowadzonymi testami wydajności macierzy w konsekwencji czego oferta Odwołującego została bezzasadnie odrzucona, zaś Odwołujący został pozbawiony możliwości udzielenia wyjaśnień w dotyczących spornych wymogów, czy też złożenia dodatkowych dowodów w tym zakresie.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.
4. Dokonania wyboru oferty DS Comp S. D. jako najkorzystniejszej.

Izba wskazuje, że na etapie posiedzenia przed KIO Zamawiający oświadczył, że postanowił uwzględnić zarzuty ujęte w pkt 1 ppkt 1.4 odwołania. Tym samym Izba uznała za zasadne pominięcie w tym zakresie argumentacji stron i uczestnika postępowania.

Na wstępie uzasadnienia podniesionych zarzutów Odwołujący podniósł, że Istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do sposobu wykładni wymogów dotyczących: centralnego systemu prezentującego parametry (1), pochodzenia elementów serwera od jednego producenta (2), odporności systemu na awarię całej półki dyskowej (3) określonych OPZ. Wymogi SIWZ w tym zakresie zdaniem Odwołującego zostały sprecyzowane w sposób jasny i klarowny, zaś przyjęty przez Odwołującego sposób interpretacji wynika wprost z ich literalnego brzmienia. Zamawiający na etapie badania i oceny ofert w sposób nieuprawniony dokonał wykładni spornych wymogów, nadając im bardziej rygorystyczne znaczenie niż to wynikające z OPZ. Ponadto w zakresie wymogu odporności systemu na awarię całej półki dyskowej i wykonania konfiguracji zgodnie z zaleceniami producenta Zamawiający zamiast wyjaśnienie treści oferty bezpośrednio z Wykonawcą, dokonał własnej błędnej interpretacji treści oferty Wykonawcy. W konsekwencji powyższych naruszeń Zamawiający uznał bezpodstawnie ofertę DS COMP za niezgodną z SIWZ.

W zakresie pierwszej niezgodności oferty z SIWZ - w zakresie centralnego systemu prezentującego parametry dostarczanych serwerów (Tabela 1, punkt 24 i Tabela 2 punkt 17 OPZ) podał, że w piśmie - Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż „oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego w w/w zakresie, ponieważ zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 12.09.2019 r. nie zostanie dostarczony centralny system prezentujący parametry dostarczonych serwerów, a 2 (dwa) różne, oddzielne (a zatem niecentralne) systemy: **a)** Huawei Esight do prezentacji *parametrów: numer seryjny, stan zdrowia, status poszczególnych komponentów (zasilacz, pamięć, procesor, dysk)*, **b)**

Aplikacja stworzona indywidualnie w porozumieniu z producentem Huawei na potrzeby poniższego postępowania, w ramach oficjalnej umowy autoryzacji serwisowej Wykonawcy dla produktów Huawei, do prezentacji parametrów: stanu gwarancji. Dostarczenie systemu centralnego jest parametrem wymaganym w przedmiotowym postępowaniu. ”

Podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia nie definiuje pojęcia „centralny system”. Brak jest również jakiegokolwiek legalnej definicji w tym zakresie. Zamawiający w ramach przedmiotowego warunku, określił jedynie wymogi dotyczące funkcjonalności systemu (wskazując wymagane do monitoringu parametry) i formy realizacji (usługa, serwer wirtualny, serwer fizyczny), natomiast nie postawił żadnych dodatkowych wymogów w zakresie samego sposobu prezentacji parametrów. Przy takiej konstrukcji postanowień OPZ, dostarczenie jednego centralnego panelu użytkownika, który następnie dzieli się na dwa moduły jest zgodne z wymogami Zamawiającego.

W zakresie dalszej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że oferta nie spełnia wymagania, aby „Wszystkie elementy serwera pochodziły od jednego producenta, z oficjalnego kanału sprzedaży producenta”. Nadto podał, że „oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego w w/w zakresie ponieważ zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 12.09.2019 r. zaofiarowana została: aplikacja stworzona indywidualnie w porozumieniu z producentem Huawei na potrzeby poniższego postępowania, w ramach oficjalnej umowy autoryzacji serwisowej Wykonawcy dla produktów Huawei, służąca do prezentacji parametrów: Wobec powyższego oferta nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w zakresie pochodzenia elementów serwera od jednego producenta”.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący stwierdził, że w ramach wymogu dotyczącego centralnego systemu prezentującego parametry (Tabela 1, punkt 24 i Tabela 2 punkt 17 OPZ) po pierwsze - brak jest jakiegokolwiek odesłania do wymogu dotyczącego pochodzenia wszystkich elementów serwera od jednego producenta (punkcie 26 Tabela 1 i punkcie 18 Tabela 2 OPZ), który w istocie dotyczy głównego przedmiotu zamówienia, a więc siedmiu serwerów typu I i jednego serwera typu II, nie zaś usługi centralnego monitoringu parametrów ww. serwerów. Po drugie standardowo - elementami serwera nie jest oprogramowanie czy aplikacje, a fizyczne części urządzenia. Zamawiający zaś nie określił co w jego ocenie stanowi element serwera, zatem należy uznać, iż oferta jest również w zakresie tego wymogu zgodna z SIWZ.

W zakresie niezgodności trzeciej dotyczącej odporności systemu na awarię całej półki dyskowej Zamawiający wymagał (Tabela 4 pkt 4 OPZ),
Macierz musi umożliwiać w oferowanej macierzy konfigurację spełniającą następujące wymagania:

odporność systemu na awarię jednego dowolnego dysku SSD, poziom zabezpieczenia RAID 5 (2+1)

odporność systemu na awarię jednego dowolnych dwóch dysków SAS, poziom zabezpieczenia RAID 6 (4+2)

odporność systemu na awarie całej półki dyskowej

konfiguracja wykonana zgodnie z zaleceniami producenta dla środowiska produkcyjnego w szczególności zarezerwowanie rekomendowanej przestrzeni typu spare łączna przestrzeń danych dla użytkownika nie mniejsza niż 96TiB.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający podał, że powołując się na oświadczenie producenta Huawei złożonym w sprawie dotyczącej testów wydajności poinformował, że „Jednym z wymagań Zamawiającego, zawartych w Tabeli 4. Macierz dyskowa punkt 4 była: odporność systemu na awarię całej półki dyskowej. Dla RAID 5 (2+1) odporność na awarie całej półki dyskowej można osiągnąć przy pomocy co najmniej 3 półek dyskowych. Firma Huawei wykonała testy wydajnościowe macierzy dla dysków SSD w konfiguracji z 2 półkami dyskowymi. Konfiguracja taka nie spełnia wymagania odporności na awarię całej półki dyskowej, gdyż w przypadku awarii będzie niedostępnych 15 dysków, a RAID 5 (2+1) dopuszcza niedostępność maksymalnie 1/3 dysków, czyli w tym przypadku 10 dysków. Oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego w w/w zakresie, ponieważ testy zostały wykonane niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego”.

Odnosząc się do powyższych ustaleń Zamawiającego Odwołujący stwierdził, iż są one błędne, gdyż zostały wywiedzione z treści innego pisma nie dotyczącego testów wydajności, a po drugie w rzeczywistości testy wydajnościowe macierzy dla dysków SSD zostały wykonane w konfiguracji zarówno z 3 półkami dyskowymi oraz konfiguracji z 2 półkami dyskowymi i uzyskały dokładnie takie same parametry w zakresie wymaganej wydajności.

W zakresie kolejnego zarzutu ozn. pkt 2, a dotyczącego zaniechania wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w zakresie odporności systemu na awarię całej półki dyskowej i wykonania konfiguracji zgodnie z zaleceniami producenta podał, że Zamawiający nie może odrzucić oferty bazując tylko na informacjach samodzielnie pozyskanych, bez zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie stwierdzanych niezgodności w ofercie. W takiej sytuacji Odwołujący został pozbawiony możliwości udzielenia wyjaśnień w zakresie wymogu wykonania konfiguracji zgodnie z zaleceniami producenta oraz odporności systemu na awarie całej półki dyskowej, czy też złożenia dodatkowych dowodów w tym zakresie. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania z należytą starannością, dlatego nie może on pozostawić żadnych elementów treści oferty niewyjaśnionych. Przeprowadzenie wadliwego badania i oceny ofert w zakresie spornych wymogów, z

pominięciem instytucji wyjaśnienia, doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty DS Comp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, gdyż podniesione zarzuty jego zdaniem są niezasadne.

Odnosząc się do pierwszej grupy zarzutów dotyczących usługi prezentacji parametrów dostarczonych serwerów w zakresie - usługa prezentacji stanu gwarancji dostarczonych serwerów, która będzie realizowana przez dodatkową aplikację instalowaną na dostarczonym serwerze fizycznym, stworzoną indywidualnie w porozumieniu z producentem Huawei nie spełnia wymagań Tabeli 1, gdyż nie zostanie dostarczony centralny system prezentujący parametry dostarczonych serwerów, a 2 (dwa) różne, oddzielne (a zatem niecentralne) Systemy - Huawei Esight do prezentacji parametrów: numer seryjny, stan zdrowia, status poszczególnych komponentów (zasilacz, pamięć, procesor, dysk) i aplikacja stworzona indywidualnie w porozumieniu z producentem Huawei na potrzeby poniższego postępowania, w ramach oficjalnej umowy autoryzacji serwisowej Wykonawcy dla produktów Huawei, do prezentacji parametrów: stanu gwarancji.

W zakresie wymagania pochodzenia wszystkich elementów serwera od jednego producenta podał, że oferta Odwołującego tego wymagania nie spełnia, gdyż **w opinii** Zamawiającego aplikacja stworzona indywidualnie w porozumieniu z producentem Huawei na potrzeby poniższego postępowania, w ramach oficjalnej umowy autoryzacji serwisowej dla produktów Huawei, służąca do prezentacji parametrów, stanu gwarancji nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w zakresie – *„Wszystkie elementy serwera pochodzą od jednego producenta, z oficjalnego kanału sprzedaży producenta”*. W opinii Zamawiającego, zapisy SIWZ były w ww. zakresie na tyle precyzyjne, iż Odwołujący mógł na ich podstawie w poprawny sposób skonstruować ofertę.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku odporności systemu na awarię całej półki dyskowej, podał, że dla RAID 5 (2+1) odporność na awarie całej półki dyskowej można osiągnąć przy pomocy co najmniej 3 półek dyskowych. Firma Huawei wykonała testy wydajnościowe macierzy dla dysków SSD w konfiguracji z 2 półkami dyskowymi. Konfiguracja taka nie spełnia wymagania odporności na awarię całej półki dyskowej, gdyż w przypadku awarii będzie niedostępnych 15 dysków, a RAID 5 (2+1) dopuszcza niedostępność maksymalnie 1/3 dysków, czyli w tym przypadku 10 dysków. Powyższe Zamawiający wywiódł z treści pisma Odwołującego z dnia 5.08.2019 do którego Odwołujący załączył pismo będące oświadczeniem producenta Huawei, który objaśniając procedurę testową jaką przeprowadził dla oferowanej przez firmę DS Comp macierzy dyskowej model 6800 V5 Dual Controller podał, że na półce dyskowej będzie zamontowane po 15 dysków. Podkreślił, że wymaganie zawarte w OPZ „odporność na awarię całej półki

dyskowej" należało rozumieć łącznie z pozostałymi wymaganiami zapisanymi w punkcie 4 OPZ. Wymaganie „odporność na awarię całej półki dyskowej” ma zapewnić dostępność do danych przechowywanych na dyskach macierzy po awarii całej półki dyskowej. Dla RAID 5 (2+1) minimalna liczba półek to 3 i dla co najmniej takiej ilości półek dyskowych Odwołujący powinien był przeprowadzić test wydajności.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie i odstąpienie od żądania jakichkolwiek wyjaśnień treści oferty Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ Zamawiający podał, że kilkakrotnie wyjaśniał treść oferty Odwołującego. W szczególności Zamawiający zwrócił uwagę na znajdujące się w dokumentacji przedmiotowego postępowania:

- Pismo z dnia 16.07.2019 r. - udzielnie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny;
- Pismo z dnia 19.07.2019 r. - udzielnie wyjaśnień w zakresie Tabeli 4 punkt 5, Tabeli 1 punkt 24 oraz Tabeli 2 punkt 17 OPZ;
- Pismo z dnia 31.07.2019 r. - udzielnie wyjaśnień w zakresie Tabeli 4 punkt 5, Tabeli 1 punkt 24 oraz Tabeli 2 punkt 17 OPZ;
- Pismo z dnia 9.09.2019 r. - udzielnie wyjaśnień w zakresie Tabeli 1 punkt 9 oraz Tabeli 1 punkt 24.

Tym samym, w opinii Zamawiającego nie było podstaw formalnych ani faktycznych do ponownego wzywania Wykonawcy w zakresie złożonych przez niego oświadczeń. Zamawiający uznał złożone przez Odwołującego wyjaśnienia za ostateczne, złożone w sposób świadomy i zgodne z mającym miejsce stanem faktycznym. Co więcej, w opinii Zamawiającego dalsze wzywanie, byłoby wątpliwe prawnie, z uwagi na treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Przystępujący do postępowania wykonawca, którego oferta przy ponownym wyborze oferty została uznana za najkorzystniejszą, w pisemnym stanowisku poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego.

Wskazał w zakresie zarzutu 1 i 2, które to zarzuty łączą się tematycznie, iż dostarczenie systemu centralnego jest parametrem wymaganym w przedmiotowym postępowaniu, a tymczasem zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 12.09.2019 r. nie zostanie dostarczony centralny system prezentujący parametry dostarczonych serwerów, a 2 (dwa) różne, oddzielne (a zatem niecentralne) systemy. Odwołujący sam przyznaje, że samodzielnie wytworzył system w zakresie prezentowania stanu gwarancji, ponieważ rozwiązanie Huawei nie posiada takiej funkcjonalności. Podał, że Odwołujący próbuje

udowodniać, że oferowany system spełnia wymagania dla systemu centralnego, ponieważ będzie uruchomiony na jednym serwerze. W rzeczywistości będą to dwa różne rozwiązania - jedno jako gotowy produkt oferowany przez firmę Huawei, a drugie wytworzone przez Odwołującego i sam fakt zlokalizowania obydwu produktów na jednym serwerze nie ma żadnego znaczenia. Z wymagania „*Wszystkie elementy serwera pochodzą od jednego producenta, z oficjalnego kanału sprzedaży producenta*” wynika jeszcze jeden wniosek: produkt ten musi być gotowy, a nie wytworzony na potrzeby tego postępowania. Tym samym zaoferowany przez Odwołującego centralny system prezentujący parametry serwerów nie jest kompletny, bowiem nie uwzględnia jednego z wymaganych zintegrowanych w centralnym systemie komponentów - stanu gwarancji, który jest prezentowany z użyciem odrębnego, przygotowanego na potrzeby tego przetargu przez samego wykonawcę niebędącego producentem systemu centralnego narzędzia. Dodał, że Odwołujący w punkcie 2.2 odwołania potwierdza wprost fakt zaoferowania w postępowaniu aplikacji stworzonej w porozumieniu z Huawei, a w punkcie 2.4 o tym, że Odwołujący i Huawei stworzyli wspólnie aplikację która powinna spełniać wymagania Tabela 1, punkt 26 i Tabela 2 punkt 18 OPZ.

Odnosząc się do zarzutu 1.3 podał, że Zamawiający uznał, że dla RAID 5 (2+1) odporność na awarie całej półki dyskowej można osiągnąć przy pomocy co najmniej 3 półek dyskowych. Firma Huawei wykonała testy wydajnościowe macierzy dla dysków SSD w konfiguracji z 2 półkami dyskowymi. Konfiguracja taka nie spełnia wymagania odporności na awarię całej półki dyskowej, gdyż w przypadku awarii będzie niedostępnych 15 dysków, a RAID 5 (2+1) dopuszcza niedostępność maksymalnie 1/3 dysków, czyli w tym przypadku 10 dysków. Podkreślił, że wymaganie Zamawiającego „odporność systemu na awarię całej półki dyskowej” należy rozumieć jako zapewnienie dostępności do danych przechowywanych na dyskach macierzy po awarii półki dyskowej. Podkreślił, że Odwołujący niezasadnie wywodził, że ten warunek jest spełniony jeżeli macierz ma więcej niż jedną półkę dyskową, a po awarii pozostałe półki są dostępne.

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

Odwołane jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

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 posiadają interes we wniesieniu środka ochrony prawnej – odwołania i przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Na wstępie Izba wskazuje na kilka istotnych okoliczności faktycznych i prawnych, które Izba miała na względzie dokonując oceny zarzutów odwołania.

Przedmiotowy wybór najkorzystniejszej oferty był drugim w tym postępowaniu. W dniu 22 sierpnia 2019 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty za która została uznana oferta złożona przez Odwołującego firmę DS Comp. Powyższy wybór był poprzedzony przesłaniem do Komisji przetargowej Informacji – stanowiska Działu Informatyki Zamawiającego, iż dokonana przez Komisję ocena oferty DS. Comp jest prawidłowa i zgodna z SIWZ. Dalsze potwierdzenie zgodności wyboru z SIWZ miały miejsce także w piśmie Działu Informatyki z dnia 19 sierpnia 2019 oraz w piśmie (bez daty) znajdującym się pod pozycją 39 wykazu dokumentacji postępowania. Tym samym wskazać należy, że Zamawiający dokonując wyboru oferty Odwołującego nie miał wątpliwości, iż jest ona zgodna z SIWZ i z treścią udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców. W tej sytuacji wyrażane w odpowiedzi na odwołanie stanowisko Zamawiającego, iż treść SIWZ była na tyle precyzyjna, że wykonawca DS Comp mógł w sposób prawidłowy sporządzić ofertę, jest co najmniej zaskakująca

Podkreślić należy, że Odwołujący w ramach argumentacji podniesionych zarzutów wskazywał, że Zamawiający na etapie kolejnej oceny ofert przeprowadzonej po odwołaniu do KIO wykonawcy TS System i unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 06.09.2019r., wielokrotnie stawiał Zamawiającemu zarzut, iż ten na etapie ponownej oceny ofert wywodził z jednoznacznej dotychczas treści postanowień SIWZ inne treści, niekorzystne dla Odwołującego. Izba zauważa, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, iż to co w ramach pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu było jednoznaczne dla Zamawiającego, to przy drugim wyborze interpretacja tych przepisów SIWZ uległa znacznej zmianie, na niekorzyść Odwołującego.

Dodać należy także, że zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Okoliczność braku jednoznacznego opisanego w SIWZ wymogów wobec oferty (co w tym postępowaniu jest niewątpliwe) nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy, odrzuceniem jego oferty, jeśli jej treść mieści się w

zakresie dokonanego opisu, (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku sygn. XIX Ga 80/07).

Nadto stwierdzone okoliczności skutkujące uznaniem niezgodności treści oferty z SIWZ, winny być dla Zamawiającego jednoznaczne i pewne. Zamawiający nie może odrzucać oferty opierając się na ustaleniach – jak to czyni Zamawiający, iż w jego opinii oferta jest niezgodna z SIWZ (takie stanowisko Zamawiającego znajduje się w wielu miejscach odpowiedzi na odwołanie, (por str. 4;5;6;7;8;9). Czynność odrzucenia oferty jest czynnością ostateczną i winna być poprzedzona staranną analizą jej treści przez Zamawiającego, a dokonane ustalenia winny być kategoryczne i jednoznaczne. Zamawiający nie może domniemywać niezgodności treści oferty z SIWZ.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności podniesionych zarzutów wskazać należy, że Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przedłożył szereg dowodów, które nie zostały zarówno przez Zamawiającego jak i Przystępującego zanegowane, czy to poprzez przedstawienie odmiennych stanowisk czy przedłożonych dowodów. W tej sytuacji Izba uznała za wiarygodne dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie.

W zarzucie 1 ozn 1.1 i 1.2 powiązanych tematycznie, gdyż dotyczą wymogu dostawy centralnego systemu prezentującego parametry dostarczanych serwerów Odwołujący podnosił, że Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował, co należy rozumieć pod pojęciem „serwer centralny” nie podał także definicji w tym zakresie. Odwołujący zaoferował prezentację centralną, a w tym zakresie brak jest w SIWZ podania wymogów w jaki sposób winna następować prezentacja danego parametru. Odwołujący dostarczył jeden panel centralny z podziałem na dwa moduły. Nadto system centralnego monitoringu będzie dostarczony w formie jednego serwera fizycznego, umożliwiającego prezentację centralną wymaganych parametrów dla dostarczanych serwerów w dwóch modułach (moduł 1: numer seryjny, stan zdrowia, status komponentów; moduł 2: stan gwarancji). Dostęp do systemu odbywać się będzie z jednego centralnego panelu użytkownika po jednym zalogowaniu, z którego następnie przechodzi się do jednego z dwóch modułów bez konieczności dodatkowego logowania, zatem nie są to dwa oddzielne systemy monitoringu, lecz jeden z dwoma modułami. W tej sytuacji zdaniem Izby należy uznać – co ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu, że wszystkie funkcjonalności wymagań Zamawiającego są oferowane przez podany system. Podkreślić należy, że sposób zaoferowania Zamawiającemu tego systemu został przedstawiony w formie zrzutów ekranu przy pierwszym badaniu ofert i został uznany za prawidłowy i oferta odwołującego była uznana za najkorzystniejszą.

Osią sporu w zakresie tego zarzutu jest sposób prezentacji przy korzystaniu z serwera kwestii dotyczącej „stanu gwarancji”. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 2 które

dotyczyło kwestii „czy Zamawiający dopuści zaoferowanie centralnego systemu dla serwerów, który nie posiada możliwości prezentacji stanu gwarancji? Ten parametr można zweryfikować na oficjalnej stronie producenta, poprzez podanie numeru seryjnego urządzenia”.

Odpowiedź: *Zapis dotyczący konieczności prezentacji stanu kontraktu serwisowego w systemie zostaje utrzymany.*

Powyższe literalnie należy interpretować w ten sposób, że Zamawiający nie dopuszcza możliwości sprawdzania tej opcji na stronie producenta. Zauważyć należy, że Zamawiający kwestionuje możliwość instalowania oprogramowania na dostarczonym serwerze fizycznym, jednakże w odpowiedzi z 21 czerwca 2019 roku, na pytanie wykonawcy – pytanie nr 3 iż „System powinien proaktywnie przewidywać problemy, które mogą wystąpić w przyszłości. System dostarczony w formie usługi na platformie producenta serwera lub jako maszyna wirtualna dostarczona przez Zamawiającego, Usługa powinna być dostarczona bez konieczności ponoszenia dodatkowych opłat dla każdego serwera objętego kontraktem serwisowym, Wymaganie to świadczyć o faworyzowaniu rozwiązań konkretnego producenta i ogranicza konkurencję. Proszę o wyjaśnienie - czy w ramach spełnienia powyższego wymagania, Zamawiający dopuści dostarczenie centralnego systemu wraz z dodatkowym fizycznym serwerem, oczywiście bez ponoszenia dodatkowych opłat przez Zamawiającego?”

Odpowiedź: „Zamawiający dopuszcza dostarczenie systemu proaktywnego monitoringu w formie serwera fizycznego pod warunkiem, że Zamawiający nie będzie ponosił z tego tytułu dodatkowych kosztów także po okresie serwisu objętym tym Zamówieniem, (...)”

Oceniając powyższe Izba uznała, że analizując treść SIWZ i powyższe stanowisko Zamawiającego brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta w tym zakresie jest niezgodna z literalnym brzmieniem SIWZ i treścią odpowiedzi na pytania wykonawców. Niewątpliwie to co oferuje Odwołujący jest po części odmienne od tego czego oczekiwał Zamawiający w stanowisku prezentowanym przy ponownej ocenie ofert, ale nie ma ono cech niezgodności oferty z SIWZ w zakresie merytorycznym. Zamawiający uzyskuje system z możliwością prezentacji wszystkich danych dotyczących systemu- w tym i stanu gwarancji.

W zakresie drugiego zarzutu z tej grupy, ozn. nr 1.2 Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że jego oferta nie spełnia wymagania, aby wszystkie elementy serwera pochodziły od jednego producenta. Zamawiający uważał, że aplikacja stworzona indywidualnie przez Huawei i Odwołującego na potrzeby tego postępowania nie spełnia wymagań Zamawiającego w tym zakresie.

Odwołujący wskazywał, że przedmiotem zamówienia jest serwer i Odwołujący zaoferował serwery jednego producenta - Huawei. Odwołujący podał, że usługa centralnego monitoringu świadczona jest w imieniu Huawei przez DS COMP na podstawie oficjalnej

umowy o autoryzacji serwisowej. Odwołujący i Huawei w ramach przedmiotowej umowy utworzyli aplikację na potrzeby niniejszego Postępowania (moduł do monitoringu stanu gwarancji w ramach jednego centralnego panelu użytkownika). Pozostałe oprogramowanie i sprzęt oferowany w postępowaniu przez Odwołującego pochodzi również od producenta Huawei. Izba zauważa, że Zamawiający nie postawił wymagania, iż oferowane rozwiązanie winno być tzw. z półki, a nie dedykowane do konkretnego postępowania. Dlatego też twierdzenie, że aplikacja – moduł do serwisu stanu gwarancji nie pochodzi od tego samego producenta co serwer jest zdaniem Izby nieuprawnione. Podkreślić należy, że Odwołujący od szeregu lat jest partnerem handlowym i serwisowym producenta Huawei. Tym samym jego udział przy opracowywaniu przedmiotowej aplikacji nie może być uznany, jako udział podmiotu nie związanego z Huawei. Ponadto nie zostało wyjaśnione jaki udział w opracowaniu aplikacji będzie miało Huawei, a jaki Odwołujący. Nadto należy zauważyć, że z Tabeli 1 pkt 24 i Tabeli 2 pkt 17 OPZ nie wynika, że wszystkie elementy serwera winny pochodzić od jednego producenta. Ponadto Zamawiający do elementów serwera zaliczył także aplikację do prezentacji stanu gwarancji, co zdaniem Izby jest niezasadne.

W tym zakresie Odwołujący złożył dowody – pisma Huawei z 6.11.2019 roku i Veracomp SA z 25.10.2019 roku autoryzowanego dystrybutora firmy Huawei z których jednoznacznie wynika, że do elementów serwera nie można zaliczyć instalowanego na serwerze systemu operacyjnego, czy aplikacji. Oprogramowanie instalowane na serwerze nie jest elementem serwera. Biorąc powyższe pod uwagę Izba ta grupę zarzutów (1.1 i 1.2) uwzględniła.

Dokonując oceny zarzutu ozn. nr 1.3 dotyczącego spełnienia warunku odporności systemu na awarię całej półki dyskowej, Zamawiający uznał, że dokonana została niewłaściwa konfiguracja dysków, gdyż odporność na awarię całej półki dyskowej można osiągnąć jeśli dyski zostaną umieszczone na co najmniej trzech półkach dyskowych. Zamawiający swoje stanowisko w tym zakresie wywiódł z testu wydajności przedstawionej przez Huawei w piśmie z dnia 5.08.2019 r. Taką możliwość kwestionował Odwołujący wskazując, iż inny był cel tego pisma Huawei, a ponadto omyłkowo nie podano iż został wykonany także test wydajności dla dysków umieszczonych na 3 półkach. W nawiązaniu do powyższego Odwołujący przedstawił jako dowody pismo Huawei z dnia 06.11.2019 roku w których Huawei stwierdza, że *„Zaoferowana w powyższym postępowaniu przez firmę DS COMP macierz spełnia wszystkie wymagania OPZ w tym wymóg odporności systemu na awarię półki dyskowej. Wymóg odporności systemu na awarię półki dyskowej oznacza, że w przypadku awarii półki dyskowej nadal mamy dostęp do systemu oraz pozostałych sprawnych półek dyskowych”*. Natomiast w oświadczeniu Huawei z dnia 06.11.2019 roku zostało podane, że *„Ponownie oświadczamy, że testy wydajności przeprowadzone przez departament R&D Huawei dla zaoferowanej przez firmę DSCOMP macierzy Huawei Ocean*

Stor 6800 v5, 1024GB pamięci cache, spełniają wymaganiami OPZ oraz potwierdzają spełnienie wartości przedstawionych w dokumencie - wykaz wydajności - z dnia 09.07.2019 załączonym przez DSCOMP wraz z ofertą.

Rozmieszczenie fizyczne dysków pomiędzy półkami dyskowymi nie wpływa na wyniki testów wydajności (niezależnie czy zastosujemy 3 półki dyskowe po 10 dysków SSD czy 2 półki dyskowe po 15 dysków SSD). Testy zostały przeprowadzone dla obydwu konfiguracji zarówno z 2 półkami jak i z 3 półkami. Wyniki wydajności dla macierzy są tożsame oraz potwierdzają spełnienie wartości przedstawionych w dokumencie - wykaz wydajności - z dnia 09.07.2019 załączonym przez DSCOMP wraz z ofertą. W oświadczeniu z 05.08.2019 omyłkowo nie została wskazana konfiguracja dla przeprowadzonych testów z 3 półkami dyskowymi. Testy zostały przeprowadzone przez producenta Huawei, a konfiguracja testowa, w szczególności w zakresie liczby dysków w domenie dyskowej, jest zgodna z jego zaleceniami”.

Pomimo powyższych ustaleń wskazujących na prawidłowe zaoferowanie rozmieszczenia dysków na półkach, Izba uznała za niezbędne wyjaśnienie kwestii na ilu półkach dyskowych Odwołujący zaproponował rozmieszczenie dysków w samej ofercie. Otóż Odwołujący na rozprawie stwierdził, że zarzuty z pkt. 1.3 są całkowicie niezasadne, gdyż on w swojej ofercie zaoferował 8 półek dyskowych co w sposób jednoznaczny wykazał Zamawiającemu składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny jego oferty. Kwestia ta według Izby wymaga wyjaśnienia, gdyż zaoferowanie w ofercie większej ilości niż dwie półki dyskowe, czyniłoby bezspornie ofertę Odwołującego w tym zakresie zgodną z SIWZ. Nadto zauważyć należy, że podniesione w odwołaniu zarzuty ozn. w pkt 1.4, a dotyczące także wymaganej konfiguracji sprzętu, który to zarzut łączy się tematycznie z kwestią konfiguracji sprzętu podniesioną w zarzucie 1.3 – został przez Zamawiającego uwzględniony na posiedzeniu przed KIO.

Zamawiający wykonując wyrok KIO będzie zobowiązany wpierw dokonać oceny treści oferty Odwołującego w zakresie ilości zaoferowanych półek dyskowych i jeśli uzna, że są to tylko dwie, to winien dokonać wyjaśnienia tej kwestii- w świetle oświadczenia Odwołującego w tym zakresie i następnie dokonać ponownej oceny ofert.

Izba uznała, że Zamawiający dokonując oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty dopuścił się naruszenia przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu, a powyższe może mieć wpływ na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 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) i 2b) 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