

WYROK
z dnia 28 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2014 r. przez Odwołującego – Integrated Solutions spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Bank Gospodarstwa Krajowego, przy udziale wykonawcy S&T Services spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownego badania ofert i oceny ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Integrated Bank Gospodarstwa Krajowego, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego – Integrated Solutions spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907], 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

I. Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zwiększenie pojemności macierzy”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający pismem z dnia 27 lutego 2014 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty. W postępowaniu złożone zostały oferty przez sześciu wykonawców:

- | | |
|---|------------------|
| 1) IT.expert sp. z o.o. w Warszawie, z ceną: | 3 680 602,80 zł; |
| 2) Integrated Solutions sp. z o.o. w Warszawie, z ceną: | 6 159 591,54 zł; |
| 3) Sygnity SA w Warszawie, z ceną: | 6 702 690,46 zł; |
| 4) Bezpieczne.it sp. z o.o. w Warszawie, z ceną: | 6 969 583,36 zł; |
| 5) Helica sp. z o.o. w Warszawie, z ceną: | 8 451 744,95 zł; |
| 6) S&T Services Polska sp. z o.o. w Warszawie, z ceną: | 9 432 747,00 zł. |

Zamawiający odrzucił wszystkie oferty jako niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy [co do oferty Bezpieczne.it sp. z o.o. w Warszawie – dodatkowo jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny – art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy], poza ofertą złożoną przez S&T Services sp. z o.o. w Warszawie.

Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, podał jako powód, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. Zamawiający podał dwie podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego:

[1] w zakresie wymagania zaoferowania dysków hot spare:

W punktach 2.1.16 i 2.1.17 Zamawiający wymagał podania:

„Liczba dysków (Macierz 1) > Odpowiadająca 4800 GB brutto (3200 GB brutto w 2.1.17)

Uwaga: Oferent przy wyliczaniu wymaganej liczby dysków musi uwzględnić:

- *Wskazana przestrzeń musi być w całości dostępna na potrzeby Zamawiającego*
- *Liczbę dysków należy dopełnić do pełnej grupy RAID (4 dyski)*

- *Liczbę dysków (dopełnioną do pełnych grup RAID) należy powiększyć o dyski (lub przestrzeń) hot-spare, zgodnie z zaleceniami producenta macierzy): przy czym liczba dysków hot-spare dla dysków „Typ 1” nie może być mniejsza niż 1 dysk dla każdej z macierzy*
- *Dobre praktyki producenta macierzy odnośnie konfiguracji macierzy*
- *Na macierzy zostaną utworzone minimum 3 separowane obszary (grupy/agregaty/itp.) dyskowe*
- *Wyliczenia należy wykonać w oparciu o pojemności dysku wskazywane w specyfikacji producenta (np. 200 GB) a nie w oparciu o rozmiar dysku po formatowaniu*
- *Wyliczenia należy wykonać przy założeniu przelicznika 1 TB - 1000 GB"*

Zamawiający podał, że w punktach 2.1.16 i 2.1.17 wprowadził zestaw zasad według których wyliczana powinna być liczba dysków [warunek główny oraz bullet 1-7 w uwadze]. Zasady te, z wyjątkiem zasad opisanych w bullet 2 i 3. nie są mają określonej kolejności wykonywania. Kolejność zasad określonych w bullet 2 i 3 jest zgodna z kolejnością bulletów i jest jasno określona, poprzez zapis w bullecie 3 („*dopełnioną do pełnych grup RAID*)... ”, który jednoznacznie wskazuje, że czynność opisana w bullecie 3 powinna być wykonana po wykonaniu czynności określonej w bullecie 2.

Zatem Wykonawca powinien wykonać następujące kroki w celu wyliczenia właściwej liczby dysków:

- o Dla punktu 2.1.16 FOT
 - Liczba dysków zaoferowanych przez Oferenta o pojemności 480 GB odpowiadająca pojemności 4800 GB wynosi 10
 - Liczba dysków dopełniona do pełnych grup RAID (4 dyski) wynosi 12
 - liczba dysków (dopełniona do pełnych grup RAID) powiększona o dyski hot-spare (nie mniej niż 1) wynosi 13
- o Dla punktu 2.1.17 FOT
 - Liczba dysków zaoferowanych przez Oferenta o pojemności 480 GB odpowiadająca pojemności 3200 GB zaokrąglona w górę do pełnej liczby dysków wynosi 7
 - Liczba dysków dopełniona do pełnych grup RAID (4 dyski) wynosi 8
 - Liczba dysków (dopełniona do pełnych grup RAID) powiększona o dyski hot-spare (nie mniej niż 1) wynosi 9

Zatem Wykonawca, zdaniem Zamawiającego, powinien wskazać w punkcie 2.1.16 FOT liczbę dysków równą 13, natomiast Wykonawca wskazał liczbę dysków równą 12, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ. Wykonawca powinien wskazać w punkcie 2.1.17 FOT liczbę dysków równą 9, natomiast Wykonawca wskazał

liczbę dysków równą 8, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ.

Konsekwencją niewłaściwej liczby dysków wskazanych przez Wykonawcę w punktach 2.1.16 i 2.1.17 FOT było wskazanie niewłaściwej liczby dysków w punkcie 2.4.3 FOT.

W punkcie tym Zamawiający wymagał liczby dysków odpowiadających:

*„Łączny maksymalny zakres rozbudowy 400% łącznej Liczby dysków”. Typ1”
zaoferowanych dla „ Macierz 1”/„Macierz2”.*

Zatem Wykonawca powinien, według Zamawiającego, wskazać w punkcie 2.4.3 FOT liczbę dysków równą 88, natomiast Wykonawca wskazał liczbę dysków równą 80, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

[2] w zakresie wymaganej ilości półek dyskowych:

W punktach 2.1.35 i 2.1.36 FOT Zamawiający wymagał podania:

*„Liczba półek dyskowych (Macierz 1 (Macierz 2 w 2.1.36))>= Odpowiadająca
„Liczbie dysków” rozmiar SFF - 12*

Uwaga: Oferent przy wyliczaniu wymaganej liczby półek musi uwzględnić:

- *Liczbę i format oferowanych dysków*
- *Rezerwę w ilości nie mniej niż 12 wolnych slotów*

W przypadku niewykorzystywania dysków SFF, w polu obok należy wpisać: 0”

Zamawiający podał, że w punktach 2.1.35 i 2.1.36 wprowadził zestaw zasad, według których wyliczana powinna być liczba półek dyskowych [warunek główny oraz bulletry 1-2 w uwadze]. Zamawiający określił jednoznacznie w warunku głównym, że wymaga podania liczby półek dyskowych odpowiadającej liczbie dysków zaoferowanych przez Oferenta z uwzględnieniem rezerwy w postaci 12 wolnych slotów dyskowych. Jak z tego wynika Zamawiający nie dopuszcza w swoim wymaganiu instalacji dysków w innych elementach macierzy niż półka dyskowa.

Wykonawca powinien wykonać następujące kroki w celu wyliczenia właściwej liczby półek dyskowych:

- o Dla punktu 2.1.35 I OT
 - Łączna (poprawna) liczba slotów w półkach dyskowych odpowiadająca liczbie dysków zaoferowanej przez Wykonawcę powinna wynosić 6
 - Liczba slotów w półkach dyskowych z uwzględnieniem 12 wolnych slotów wynosi 81
 - Liczba półek dyskowych (zaokrąglona w górę) odpowiadająca 81 slotom wynosi 4
- o Dla punktu 2.1.36 FOT

- „Łączna (poprawna) liczba slotów w półkach dyskowych odpowiadająca liczbie dysków zaoferowanej przez Wykonawcę powinna wynosić 97
- Liczba slotów w półkach dyskowych z uwzględnieniem 12 wolnych slotów wynosi 109
 - Liczba półek dyskowych (zaokrąglona w górę) odpowiadająca 81 slotom wynosi 5

Zatem Wykonawca powinien wskazać w punkcie 2.1.35 FOT liczbę półek dyskowych równą 4, natomiast Wykonawca wskazał liczbę półek dyskowych równą 2 plus sloty dyskowe w obudowie kontrolerów, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Wykonawca powinien wskazać w punkcie 2.1.36 FOT liczbę półek dyskowych równą 5, natomiast Wykonawca wskazał liczbę półek dyskowych równą 3 plus sloty dyskowe w obudowie kontrolerów, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Zamawiający podał, że mógłby się zgodzić z interpretacją Wykonawcy, że moduł kontrolera macierzowego można traktować jako półkę dyskową Typ I pod warunkiem, gdyby Wykonawca zastosował się do tej interpretacji konsekwentnie także w punkcie 2.4.10 w którym Zamawiający wymagał podania:

„Łączny maksymalny zakres rozbudowy 300% łącznej „Liczby półek dyskowych” „Typ1” zaoferowanych dla „Macierz 1 ” i „Macierz2”

Wykonawca powinien wykonać następujące kroki w celu wyliczenia właściwej liczby półek dyskowych:

- o Sumaryczna liczba półek dyskowych (niezależnie czy traktowanych jako samodzielne półki czy też będące integralną częścią modułu kontrolera macierzowego) dla Macierz 1 i Macierz 2 wynosi 9
- o 300% sumarycznej liczby półek dyskowych dla Macierz 1 i Macierz 2 wynosi 27

Zatem Wykonawca, w ocenie Zamawiającego, powinien wskazać w punkcie 2.4.10 FOT liczbę półek dyskowych równą 27, natomiast Wykonawca wskazał liczbę dysków równą 15, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

III. Odwołujący w dniu 10 marca 2014 r. złożył odwołanie wobec dokonanej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także odrzucenia własnej oferty.

Odwołujący postawił zarzuty naruszenia art. 7 ustawy, poprzez jego niezastosowanie oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez jego zastosowanie w stanie faktycznym sprawy i odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ, pomimo tego, że Odwołujący:

- a) w pkt 2.1.16, pkt 2.1.17 oraz pkt 2.4.3 „Szczegółowego opisu przedmiotu

zamówienia/Specyfikacji technicznej/Formularzu oferty technicznej”, podał prawidłowe liczby dysków,

- b) w pkt 2.1.35, 2,1.36 oraz pkt 2.4,10 „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia/Specyfikacji technicznej/Formularzu oferty technicznej” podał prawidłową liczbę półek oraz slotów dyskowych.

W oparciu o tak wyrażone zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert, oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert odrzuconych i wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał:

[1] w zakresie odrzucenia oferty z powodu niewypełnienia wymagania dotyczącego ilości dysków w macierzy typu 1 i 2:

W informacji o wynikach postępowania, w uzasadnieniu odnoszącym się do odrzucenia oferty Odwołującego (Ad1) Zamawiający nie tylko powołał się na brzmienie pkt 2.1.16 oraz 2.1.17 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia/Specyfikacji technicznej/Formularzu oferty technicznej [FOT], ale dokonał ich reinterpretacji w sposób, który doprowadził do nadania im nowego brzmienia, przede wszystkim uzasadniając odrzucenie oferty Zamawiający wskazał na kolejność stosowania podanych przez siebie zasad zawartych w wyliczeniu w pkt 2.1.16 - tiret 1-7 [zwane przez Zamawiającego „bullet”]. Kolejność stosowania tych reguł ma kluczowe znaczenie przy określeniu liczby oferowanych dysków. Zamawiający w pkt 2.1.16 zamieścił nadrzędne nad innymi wymaganie polegające na obowiązku dostarczenia przestrzeni 4800 GB brutto oraz wymagał zaoferowania przestrzeni hot spare. Jednocześnie dopuszczał, iż tę przestrzeń można zbudować w oparciu o kolejne dyski lub dodatkową przestrzeń. Odwołujący spełnił wymagania SIWZ i zaoferował 12 dysków 480GB, co dało sumaryczną przestrzeń 5760GB brutto, z czego wynika, iż do użytku Zamawiający otrzymuje 4800GB brutto przestrzeni oraz 960GB na potrzeby przestrzeni hot spare, przy zachowaniu wymagania zawartego w tiret 2 czyli liczna dysków jest wielokrotnością grupy czyli liczby 4. Zamawiający nie określił warunku wyjątku, iż po spełnieniu bulletu 2, a potem 3, przedmiot zamówienia już nie musi ponownie spełniać SIWZ w zakresie bulletu 2, nie został również określony warunek kolejności. Bez takiego zastrzeżenia dochodzi do różnej interpretacji spełnienia SIWZ, Odwołujący zbudował ofertę na podstawie spełnienia wszystkich parametrów. Odwołujący zauważył, iż wyliczona przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty liczba dysków dla punktów 2.1.16 oraz dla 2.1.17; odpowiednio 13 i 9 sztuk dysków zgodnie z naczelną zasadą spełnienia wszystkich

wymagań łącznie nie spełnia SiWZ w przytoczonym powyżej tiret 2, ponieważ nie jest podzielna przez 4. Zamawiający nie określił w pkt 2.1.16 wyjątku, iż po spełnieniu tiret 2, a potem 3, przedmiot zamówienia już nie musi ponownie spełniać wymagań w zakresie tiret 2. Zamawiający nie opisał także wymaganej kolejności. W związku z tym Odwołujący zbudował ofertę z uwzględnieniem łącznego spełnienia wszystkich parametrów. Jeżeli Zamawiający oczekiwał, aby w ofercie podano konkretną liczbę dysków na poczet przestrzeni użytkowej oraz konkretną liczbę dysków na poczet przestrzeni hotspare, mógł określić precyzyjnie w jaki sposób żądana przestrzeń ma być zbudowana.

[2] w zakresie odrzucenia oferty z powodu niewypełnienia wymagania dotyczącego półek dyskowych:

Zaoferowana przez Odwołującego macierz posiada budowę modułową pozwalającą na instalowanie części dysków (do 48) w samej macierzy (kontrolerach macierzowych) bez stosowania żadnej dodatkowej rozbudowy. To znaczy bez stosowania półek dyskowych. Informacje na ten temat są jawne i w prosty sposób dostępne także w Internecie w materiałach firmowych producent. Odwołujący podkreślił, że możliwość instalacji części dysków bezpośrednio w macierzy to zaleta pozwalająca obniżyć koszty i niewpływająca negatywnie na żadne parametry techniczne macierzy. Zgodnie z zaleceniami i zgodą producenta oraz ogólnie stosowaną praktyką, w przedstawionej ofercie część dysków znajduje się bezpośrednio w macierzy [w kontrolerach macierzy], a część w dodatkowych półkach dyskowych. Oferent zgodnie podał ilość zastosowanych półek dyskowych, aby możliwe było zainstalowanie wszystkich wymaganych i zaoferowanych dysków, a nadto dodatkowo założył zapas na 12 sztuk. Rozwiązanie całkowicie spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w FOT. Ilość miejsc na dyski odpowiada zaoferowanej ilości dysków plus wymagany zapas. W związku z tym nieuprawnione jest stanowisko zawarte w informacji o wynikach postępowania, że: „Zamawiający nie dopuszczał w swoim wymaganiu instalacji dysków w innych elementach macierzy niż półka dyskowa”. W punktach 2.1.33 i 2.1.38 oraz 2.1.34 i 2.1.39 FOT Zamawiający wyraźnie instruuje, że w przypadku nie stosowania półek dyskowych należy w polu do wypełnienia wpisać „nie dotyczy”, a tym samym potwierdza, że stosowanie półek dyskowych nie jest warunkiem koniecznym, Zwracamy uwagę, że dotyczy to wszystkich typów dysków wymaganych przez Zamawiającego w tym przetargu [zarówno SFF jak i LFF]. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający pozwala równocześnie wpisać w punkcie 2.1.33 i w punkcie p. 2.1.38 „nie dotyczy” czyli pozwala nawet na niestosowanie półek dyskowych do wszystkich dysków, które są przedmiotem oferty. Z powyższego należy wnioskować, że wymagania FOT wprost dopuszczają niestosowanie półek dyskowych dla wszystkich lub części dysków.

IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania, uzasadniając powyższe:

[1] w zakresie wymagania zaoferowania dysków hot spare:

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że „Zamawiający w zakresie punktów 2.1.16 i 2.1.17 FOT dokonał *„reinterpretacji zasad w sposób, który doprowadził do nadania im nowego brzmienia”*. Zamawiający nie zgodził się z powyższym twierdzeniem Odwołującego, gdyż w oparciu o zapisy pkt 2.1.16 i 2.1.17 FOT dokonał jedynie ich prawidłowej interpretacji w odpowiedniej kolejności, w taki sposób jaki wynika z zamieszczonej powyżej tabeli będącej częścią FOT. Zamawiający wskazał, że zdaniem Odwołującego, zaoferowana przez niego liczba dysków spełnia wymagania Zamawiającego ponieważ w przypadku punktu 2.1.16 FOT *„zaoferował 12 dysków 480 GB, co dało sumaryczną przestrzeń 5760 GB brutto, z czego wynika, iż do użytku Zamawiający otrzymuje 4800 GB brutto przestrzeni oraz 960 GB na potrzeby przestrzeni hotspare”*. W opinii Zamawiającego powyższe stanowisko jest nieuzasadnione, gdyż Odwołujący przy wyliczaniu liczby dysków nie uwzględnił warunku opisującego sekwencję działań przy wyliczaniu liczby dysków: *„liczbę dysków (dopełnioną do pełnych grup RAID) należy powiększyć o dyski (lub przestrzeń) hotspare”*, co w konsekwencji spowodowało zaoferowanie niewłaściwej liczby dysków.

Zamawiający podał, że Odwołujący podnosi ponadto, że *„Zamawiający nie określił warunku wyjątku w pkt 2.1.16 FOT, iż po spełnieniu bulletu 2, a potem 3, przedmiot zamówienia już nie musi ponownie spełniać SIWZ w zakresie bulletu 2, nie został również określony warunek kolejności”* co ma powodować różne interpretacje w zakresie spełnienia SIWZ. W ocenie Zamawiającego, powołane twierdzenie, że nie został określony warunek kolejności jest całkowicie bezpodstawne, ponieważ warunek ten jest jednoznacznie określony zarówno poprzez kolejność bulletów w pkt 2.1.16 jak i poprzez zapis w bullet 3: *„Liczbę dysków (dopełnioną do pełnych grup RAID) należy powiększyć o dyski (lub przestrzeń) hotspare”* wskazujący jednoznacznie, że czynność tą należy wykonać po wykonaniu czynności z opisanej w bullet 2: *„Liczbę dysków należy dopełnić do pełnej grupy RAID (4 dyski)”*, zatem w następującej po sobie kolejności. Odnosząc się do *„warunku wyjątku”* Zamawiający podał, że nie wprowadził go, ponieważ jest rzeczą oczywistą że czynności opisane w bullet 2 i 3 należy wykonać jednorazowo, jednakże Zamawiający nie wnosiłby zastrzeżeń gdyby Odwołujący przy wyliczaniu liczby dysków wielokrotnie wykonał czynności opisane bullet 2 i 3, ponieważ nie powodowałyby to niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający następnie podkreślił, że zdaniem Odwołującego, *„wyliczona przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty liczba dysków dla punktów 2.1.16 oraz dla 2.1.17; odpowiednio 13 i 9 sztuk dysków zgodnie*

z naczelną zasadą spełniania wszystkich wymagań łącznie nie spełnia SIWZ w przytoczonym powyżej tieret 2 ponieważ nie jest podzielna przez 4" oraz że „Odwołujący zbudował ofertę z uwzględnieniem łącznego spełnienia wszystkich parametrów”. Zamawiający w całości nie zgodził się z powyższym stanowiskiem, podając, że pierwszy błąd popełniony przez Odwołującego polega na tym, że „naczelną zasadą spełniania wszystkich wymagań łącznie”, czyli zapis z punktu 2.1.2 FOT: „Oferowane parametry macierzy muszą być spełniane łącznie ...” dotyczy „Oferowanych parametrów” czyli zestawu parametrów wskazywanych przez Wykonawcę w Kolumnie D (FOT) (patrz nagłówek kolumny). Zasada ta, co oczywiste nie dotyczy „Opisu wymagań” czyli zasad wyliczenia wielkości konkretnych parametrów wskazanych przez Zamawiającego w Kolumnach B i C (FOT), czyli punktu do którego Odwołujący próbuje ją zastosować. Drugi błąd Odwołującego polega na tym, że próbuje w sposób nieprawidłowy używać warunku łącznej spełnialności do sekwencji wzajemnie zależnych czynności z których każda zmienia stan tego samego parametru.

[2] w zakresie wymaganej ilości półek dyskowych:

Zamawiający podkreślił, że zdaniem Odwołującego, w złożonej przez niego ofercie część dysków znajduje się bezpośrednio w macierzy, a część w dodatkowych półkach dyskowych. Ponadto - w opinii Odwołującego - zgodnie podał on ilość zastosowanych półek dyskowych, a dodatkowo założył zapas na 12 sztuk. Takie rozwiązanie sprawia - według Odwołującego - że, ilość miejsc na dyski odpowiada zaoferowanej ilości dysków plus wymagany zapas. Według Zamawiającego powyższa argumentacja jest nieprawidłowa. Błąd Odwołującego polega na tym, że wymóg Zamawiającego opisany w punktach 2.1.35 i 2.1.36 FOT dotyczył konkretnie półek dyskowych a nie rozwiązania czyli sumy wszystkich elementów oferowanej macierzy [w tym także kontrolerów macierzowych]. Zamawiający wskazuje, że istnieje znacząca różnica pomiędzy spełnialnością na poziomie półek dyskowych a spełnialnością na poziomie całej macierzy, ponieważ wartości oferowane przez Oferenta w punktach 2.1.35 i 2.1.36 FOT stanowią wartości bazowe dla wyliczenia zakresu rozbudowy w punkcie 2.4.3 FOT. Zatem zaoferowanie przez Oferenta niewłaściwej liczby półek dyskowych w punktach 2.1.35 i 2.1.36 FOT, przełożyło się automatycznie na zaoferowanie niewłaściwej liczby półek dyskowych w ramach opcji na rozbudowę w punkcie 2.4.3 FOT.

Następnie zamawiający podał, że Odwołujący podnosi, że „Zamawiający wyraźnie instruuje, że w przypadku nie stosowania półek dyskowych należy w polu do wypełnienia wpisać „nie dotyczy” a tym samym potwierdza, że stosowanie półek dyskowych nie jest warunkiem koniecznym” oraz że „Zamawiający pozwała równocześnie wpisać w punkcie

2.1.33 i w punkcie 2.1.38 „nie dotyczy” czyli pozwala nawet na niestosowanie półek dyskowych do wszystkich dysków, które są przedmiotem oferty”. Zamawiający w całości nie zgodził się z powyższym stanowiskiem, wskazując, że błąd Odwołującego polega na tym, że powołuje się na zapis który dotyczy punktów 2.1.33, 2.1.34, 2.1.38 i 2.1.39 FOT i wyciąga na tej podstawie wnioski o warunkach stosowalności lub niestosowalności półek dyskowych, podczas gdy szczegółowe warunki stosowalności lub niestosowalności konkretnego typu półek dyskowych opisane są precyzyjnie w punktach 2.1.35 i 2.1.36 FOT. Jedyna możliwa sytuacja skutkująca niestosowalnością konkretnego typu półki dyskowej jest opisana poprzez zapis: „W przypadku niewykorzystywania dysków SFF/LFF, w polu obok należy wpisać „0”, co de facto oznacza niestosowanie danego typu półki dyskowej. W każdym innym wypadku wymagana jest określona liczba półek dyskowych odpowiadająca liczbie wszystkich oferowanych przez Oferenta dysków (przy uwzględnieniu dodatkowego warunku na rezerwę). Zapisy na które powołuje się Oferent oznaczają tylko tyle że przypadku jeśli Oferent nie oferował dysków o określonym rozmiarze (SFF **lub** LFF) to co oczywiste nie musiał oferować półek dyskowych na dyski tego rozmiaru, wpisując „0” w punktach 2.1.35 lub 2.1.36 FOT a tym samym nie musiał podawać liczby slotów dyskowych w nieoferowanej półce ani też rozmiaru nieoferowanej półki , czyli w punktach 2.1.33 i 2.1.34 lub w punktach 2.1.38 i 2.1.39 mógł wpisać „Nie dotyczy”.

V. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca S&T Service w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący miałby szanse na uzyskanie zamówienia, zaś ewentualne naruszenie przepisów stanowi o możliwości poniesienia szkody odpowiadającej utraconym korzyściom, wynikającym z udziału w postępowaniu i ewentualnego uzyskania w jego ramach zamówienia.

II. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

[1] Po pierwsze, poddając analizie brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także istotne dla oceny spornej kwestii wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zasadnym jawi się wniosek, że Zamawiający w zakresie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego przyjął określoną – nie znajdującą umocowania w treści SIWZ – interpretację tego dokumentu. Ze spornych postanowień SIWZ [Formularza Oceny Technicznej – FOT] nie wynika, aby Zamawiający nie dopuścił możliwości zaoferowania powierzchni na cele hot spare na dyskach „podstawowych”, ponad powierzchnię przeznaczoną dla zagospodarowania 4800 GB na potrzeby Zamawiającego. Wynika to wyraźnie z pkt 3 [bullet 3], który wyraźnie mówi, że *„Liczbę dysków (dopełnioną do pełnych grup RAID) należy powiększyć o dyski (lub przestrzeń) hot-spare, zgodne z zaleceniami producenta macierzy): przy czym liczba dysków hot-spare dla dysków „Typ 1” nie może być mniejsza niż 1 dysk dla każdej z macierzy”*. Jeśli więc Zamawiający w tym postanowieniu przyjął możliwość zaoferowania rozwiązania hot - spare jako odrębnego dysku [dysków] lub przestrzeni [ujęte w nawiasie zastrzeżenie], to oznacza to tyle, że Zamawiający dopuścił zaoferowanie hot - spare nie tylko w postaci dysków ale także jako przestrzeń w innej postaci niż odrębny, przeznaczony na cele hot - spare dysk lub dyski. W tych warunkach, dalsze wskazanie, że liczba dysków hot – spare nie może być mniejsza niż jeden dysk na macierz, musi być czytane w ten sposób, że to wymaganie dotyczy wyłącznie opcji, gdy wykonawca zaoferował hot – spare w postaci odrębnego dysku.

Przyznał to także Zamawiający na rozprawie, podając, że nie ma problemu technologicznego z ofertą Odwołującego - jest problem ze spełnieniem wymagania OPZ. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący zaoferował inną liczbę dysków, która jest niezgodna z algorytmem przewidzianym w OPZ [formularz oferty technicznej]; algorytm musi kończyć się dopełnieniem grupy dysków RAID [4 dyski] o dodatkowy dysk; algorytm musiał być uniwersalny dla wszystkich wykonawców, aby nie ograniczać dostępu do zamówienia w myśl art. 7 ust. 1 ustawy, Zamawiający dopuścił więc możliwość zaoferowania drugiej technologii.

Jeśli więc Zamawiający, chcąc uczynić zadość wynikającemu z przepisów obowiązkowi dopuszczenia różnych rozwiązań [art. 29 ust. 1, art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych] wprowadził w swoim wymaganiu możliwość zaoferowania hot - spare w postaci odrębnego dysku lub dysków albo powierzchni na te cele, to nie można przyjąć, że takie dopuszczenie miało charakter iluzorycznego. Nie można zgodzić się bowiem, że Zamawiający wprowadza w postanowieniach SIWZ zapisy, które mają charakter pozornych,

a w rzeczywistości, wykonawcy by sprostać złożeniu oferty zgodnej z SIWZ muszą zaoferować wyłącznie konkretne rozwiązanie, to jest jeden lub więcej dysków. Jeśli w spornym postanowieniu SIWZ podano, że na cele hot-spare należy przewidzieć dysk/dyski lub przestrzeń, to ta druga możliwość musi być realną do zaoferowania. W przeciwnym bowiem wypadku Zamawiający wprowadza wykonawców w błąd tak skonstruowanym postanowieniem SIWZ.

Podobnie jest z drugą podstawą odrzucenia oferty Odwołującego: jeśli Zamawiający zamierzał egzekwować od wykonawców wymaganie, by oferta przewidywała ilość półek dyskowych równą ilości dysków, a zarazem liczył się [a wymaga tego od niego przepis art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy], że na rynku oferowane są rozwiązania, w których w macierzy dyski nie są umieszczone na półkach ale bezpośrednio w konwerterze macierzy, a dopiero w stosunku do dodatkowych dysków ponad te zagregowane z konwerterem przewiduje się półki - winien był dać wykonawcy szansę na zaoferowanie tego rozwiązania [opisanie go formularzu].

Zamawiający natomiast, w Informacji o wynikach postępowania z dnia 27 lutego 2014 r. wyraźnie przyznał, że dopuszcza możliwość zaoferowania rozwiązania przewidującego dyski umiejscowione bezpośrednio w macierzy, podając, że: *„Zamawiający mógłby się zgodzić z interpretacją Wykonawcy, że moduł kontrolera macierzowego można traktować jako półkę dyskową Typ I pod warunkiem, gdyby Wykonawca zastosował się do tej interpretacji konsekwentnie także w punkcie 2.4.10 w którym Zamawiający wymagał podania (...)”* [Ad 1, pkt 3 Informacji o wyniku postępowania – jej kolejna strona 7]. Zamawiający powyższe stanowisko podtrzymywał na rozprawie, podając, że zaakceptowałby sytuację, gdyby odwołujący zaoferował 4 i 5 półek odpowiednio dla macierzy 1 i 2, a w punkcie 2.4.10 FOT chodzi o niewłaściwy zakres rozbudowy.

Co więcej, tak zaprezentowane stanowisko Zamawiającego zdaje się być niekategorycznym [*„Zamawiający mógłby się zgodzić z interpretacją Wykonawcy, że moduł kontrolera macierzowego można traktować jako półkę dyskową Typ I pod warunkiem (...)”*], wynikającym nie tyle z przemyślanej na etapie konstruowania SIWZ wizji, jakiego przedmiotu oczekuje od wykonawców, ale dostosowanym do tego, co finalnie zostało zaoferowane.

Analizując stanowisko Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, w zakresie wyznaczonym postawionymi wobec tej czynności zarzutami, zasadnym jawi się spostrzeżenie, że Zamawiający nie przemyślał dostępnej na rynku oferty, w taki sposób, który pozwoli ująć dostępne i akceptowane przez Zamawiającego rozwiązania w treści formularza służącego do prezentacji oferty [Formularz Oferty Technicznej - FOT] oraz że w trakcie

dokonywanej oceny ofert jego stanowisko, stosownie do zaproponowanych rozwiązań, dopiero się kształtowało. Zamawiający, otrzymując zaoferowane i - jak się wydaje - niespodziewane przez niego rozwiązanie [a w każdym razie nieprzewidziane w kształcie Formularza Oferty Technicznej] zdaje się następnie formułować stanowisko o dopuszczeniu rozwiązania, stawiając jednak w takim wypadku kolejne wymaganie, by zostało to uwzględnione w innych pozycjach formularza. Tymczasem ów formularz nie jest dostosowany do prezentacji rozwiązań innych, niż oparte na zaoferowaniu półek dyskowych w liczbie równej zaoferowanym dyskom. Jeśli bowiem wykonawca przewidywał, a finalnie to Zamawiający zaakceptował, umieszczenie części dysków w module kontrolera, to nie jest właściwym wnioskiem, że w takim wypadku należało w pkt 2.4.10 Formularza Oferty Technicznej automatycznie podać fikcyjną liczbę półek, odpowiadającą liczbie dysków wkomponowanych w kontroler, mimo, że tych półek wykonawca nie przewiduje i nie oferuje. Wbrew stanowisku prezentowanemu na rozprawie przez Zamawiającego, powodem takiej sztucznej, wbrew rzeczywistej treści oferty, operacji nie może być konieczność dalszej wyceny wszystkich półek, których ilość ma być przeniesiona do formularza cenowego: po pierwsze, jeśli wykonawca nie oferuje w określonym zakresie tych półek – to nie ma podstaw do ich uwzględniania w wycenie; po drugie – jeśli dyski umieszczone są w kontrolerze macierzy, to tym bardziej nie jest właściwa taka sztuczna wycena miejsca przeznaczonego na dyski w kontrolerze macierzy jako pełniącego rolę półek [substytucyjnego rozwiązania do tych półek], skoro odrębnie wyceniany jest ten element w innym miejscu oferty, jako macierz.

Stąd stanowisko Zamawiającego w zakresie, z jednej strony, dopuszczenia możliwości zaoferowania zamiast półek dysków ulokowanych bezpośrednio w modułach kontrolerów, z drugiej zaś wymagania w takim wypadku, by były one mimo to podane jako półki w poz. 2.4.10 FOT, należało uznać za niekonsekwentne. Finalnie, wobec takiego stanowiska Zamawiającego, nie jest pewnym, czy Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z SIWZ dlatego, że nie zaoferowano półek dyskowych w ilości odpowiadającej ilości dysków [co by wskazywało na niezgodność oferty z pkt 2.1.35 i 2.1.36 FOT], czy też – dopuszczając zamiast półek dyskowych alternatywne ulokowanie ich w module kontrolera – Zamawiający uznał za niezgodność oferty z SIWZ brak zastosowania fikcji w postaci podania ilości półek, jaką wykonawca zastosowałby, gdyby dyski były na półkach a nie w kontrolerze macierzy [co by wskazywało na niezgodność oferty z pkt 2.4.10 FOT]. W tym miejscu także ujawnia się niekonsekwencja rozumowania Zamawiającego: jeśli znaczenie pkt 2.4.10 FOT sprowadza się do ustalenia zakresu rozbudowy macierzy, a na to wskazuje jego opis i co by uzasadniało traktowanie miejsca w kontrolerze, w którym mają być ulokowane dyski w sposób tożsamy z półkami dyskowymi, to nie powinno ono być wiązane z wyceną ilości półek odnoszoną do treści formularza cenowego. Tymczasem na rozprawie, Zamawiający uzasadniał znaczenie

pkt 2.4.10 FOT w ten sposób, że ta wartość dotycząca rozbudowy macierzy miała przełożenie na cenę – w formularzu ofertowym Odwołującego w punkcie 3.4, zamiast liczby 15 powinna być wtedy liczba 27.

Innymi słowy, jeśli zamierzeniem Zamawiającego w pkt 2.4.10 FOT, było zbadanie łącznego maksymalnego zakresu rozbudowy macierzy, to jego miarą powinna być – przy wskazanej intencji dopuszczenia możliwości traktowania powierzchni w module kontrolera jako pełniącej tę samą rolę co półki dyskowe – liczba półek dyskowych, lub traktowana na równi z tymi półkami przestrzeń w kontrolerze macierzy przeznaczona do ulokowania dysków, odpowiadająca ilości półek dyskowych, jakie należałoby zastosować, gdyby dyski były instalowane nie w kontrolerze ale na półkach.

W świetle powyższego, w tym opisu wymagań Zamawiającego co do oferowanego przedmiotu, nie można przyjąć, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ.

Inną jednak jest sprawą, czy SIWZ opracowana na użytek przedmiotowego postępowania w ogóle pozwala na ocenę złożonych ofert przez pryzmat tego, czy spełniają one wymagania stawiane przez Zamawiającego.

[2] Po drugie, na gruncie analizowanej sprawy nie sposób nie dostrzec, że Zamawiający postawił szereg wymagań wobec oferowanego przedmiotu, które to wymagania przedstawił w *Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia/Formularzu oferty technicznej* [załącznik nr 1 do SIWZ], a zarazem wprowadził niedoskonałe narzędzie do prezentacji oferty, w tym do służące do zbadania, czy oferowany przedmiot spełnia wymagania postawione w SIWZ. Zamawiający ma bowiem szerokie spektrum instrumentów poznania oferowanego przedmiotu czy rozwiązania: od oświadczenia wykonawcy o oferowanym przedmiocie, po możliwość dopełnienia tego oświadczenia dokumentami producenta opisującymi ten przedmiot, po – w uzasadnionych przedmiotem zamówienia sytuacjach - próbki czy prezentację działania systemu. W analizowanej sprawie Zamawiający wprowadził – na mocy zmiany SIWZ z dnia 28 stycznia 2014 r. - złożony, wielostronicowy, szczegółowy formularz OPZ Storage, stanowiący odbicie analogicznego formularza stanowiącego opis wymagań Zamawiającego [*Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia/Formularz oferty technicznej*], w którym wykonawcy mieli podać przy poszczególnych wymaganiach parametry oferowanego sprzętu lub jego składowych, ilości dysków i inne cechy. Podkreślenia jednak wymaga, że Zamawiający stawiając w kilku punktach [„bulletach”] wymagania szczegółowe dotyczące dysków, które finalnie determinowały zaoferowanie ich w określonej ilości w ramach danej macierzy, wymagał od wykonawcy podania jedynie łącznej ilości dysków. Innymi słowy, Zamawiający wymagając podania takiej sumy dysków, które łącznie zapewnią dostępną

pojemność co najmniej 4800 GB, a zarazem dadzą się ująć w pakiety RAID po 4, wymagał dodatkowo pewnej ilości dysków [nie mniejszej jednak niż jeden dysk na macierz] lub powierzchni na cele hot - spare, nie wyodrębniając jednak w opracowanym przez siebie formularzu dysków zasadniczych, mających zapewnić pojemność min. 4800 GB a także dysków hot - spare. Konsekwencją takiego kształtu formularza jest, że na etapie oceny ofert, Zamawiający odgadywał w zasadzie w każdej ofercie [poza S&T Services sp. z o.o. w Warszawie, która samodzielnie, ponad wymaganie, wyodrębniła te dyski], ile dysków „podstawowych” wykonawca oferuje, a ile z ogólnej liczby wykonawca zamierzał przeznaczyć na hot - spare.

[3] Po trzecie, podkreślenia wymaga, że formularze ofertowe, mają, co do zasady służyć ułatwieniu prezentacji przez wykonawcę zaoferowanego przedmiotu, ceny i służyć wykonaniu wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie zaprezentowania oferowanego przedmiotu i jego wyceny. Jeśli więc intencją Zamawiającego było zbadanie postawionych przez siebie szczegółowych wymagań dotyczących ilości dysków i ich przeznaczenia, winien był to w formularzu, służącym do zaprezentowania oferty [OPZ Storage – załącznik nr 1 do SIWZ] umożliwić, w szczególności wyodrębnić w tabeli pola służące do podania ilości dysków podstawowych i hot - spare. Jeśli zaś zamysłem Zamawiającego było, by każdorazowo wykonawca oferował odrębny dysk lub dyski na cele hot - spare, bez możliwości założenia dodatkowej, zwiększonej przestrzeni na ten cel w ramach pozostałych dysków, w treści postanowienia SIWZ [sporne pkt 2.1.16 i 2.1.17 FOT, ich bulletry 3] w ogóle nie powinno być mowy o możliwości zaoferowania hot - spare w ramach przestrzeni na dyskach podstawowych. Tymczasem, dychotomiczny podział tego rozwiązania, jaki zdaje się wynikać ze spornych postanowień FOT: „*Liczbę dysków (dopełnioną do pełnych grup RAID) należy powiększyć o dyski (lub przestrzeń) hot-spare*” wyraźnie wskazuje, że w postępowaniu można było zaoferować zarówno dysk na cele hot - spare jak i wyodrębnioną na ten cel przestrzeń. Jeśli zaś ta przestrzeń, o której mowa i tak każdorazowo miała mieć postać odrębnego dysku, to ta kategoria nie powinna w ogóle się pojawiać w treści SIWZ, w taki sposób jak ma to miejsce w analizowanym postanowieniu SIWZ.

Podobne wnioski płyną w odniesieniu do drugiej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego: jeśli zamiarem Zamawiającego było dopuszczenie również rozwiązania przewidującego ulokowanie dysków w kontrolerze macierzy – a na to wskazuje stanowisko prezentowane na rozprawie oraz w uzasadnieniu informacji o wyniku postępowania z 27 lutego 2014 r. w pkt 3 na str. 7, to stosowne wytyczne, jak powyższą sytuację należy potraktować w odniesieniu do liczby półek, jeśli nie są one w całości lub części przewidziane ze względów technologicznych oferowanego urządzenia, nie zostały wprowadzone w treści

SIWZ.

Co istotne, wytyczne obrazujące założone intencje Zamawiającego obszernie i czytelne zostały zaprezentowane w Informacji o wyniku postępowania, wskazując na kroki, jakie wykonawca powinien był podjąć dla skonfigurowania odpowiedniego, czyniącego zadość oczekiwaniom Zamawiającego przedmiotu. Tymczasem SIWZ, w tym syntetyczny, wyrażony w mało czytelnych, jak się okazało punktach, o nie zawsze jasnej wzajemnej relacji między nimi, jest znacznie uboższy, jeśli chodzi o zakres informacji co do wymagań Zamawiającego. Powyższy niedosyt informacyjny formularza, jak się wydaje, był zasadniczą przyczyną nieodczytania przez Odwołującego oczekiwań postawionych przez Zamawiającego.

[4] Po czwarte przypomnienia wymaga rzecz oczywista, a mianowicie że wykonawca ubiegający się o zamówienie stara się złożyć ofertę zgodną z SIWZ. Nie jest przecież celem wykonawcy eksperyment, czy być może, niezależnie od wymagań stawianych w postępowaniu uda mu się zaoferować coś innego, aniżeli oczekuje Zamawiający, albo przedmiot niezgodny z SIWZ. Wykonawca więc, składając ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne, które – jak wielokrotnie się podkreśla - wyraża się przystąpieniem przez wykonawcę do jednostronnie określonych przez zamawiającego wymagań, stara się sprostać tym warunkom i maksymalnie starannie odczytać oczekiwania stawiane wobec przedmiotu tego postępowania. Fundamentem procedury o zamówienie publiczne jest, że przedmiot ten nie podlega, z wyjątkiem procedur negocjacyjnych, jak dialog konkurencyjny, negocjacom pomiędzy zamawiającym a wykonawcą [art. 87 ust. 1 ustawy].

Tym samym, konkurowanie w postępowaniu o zamówienie publiczne, to nie konkurowanie operatywnością, któremu z wykonawców uda się wpasować w nieczytelne wymagania postawione przez Zamawiającego, te bowiem nie powinny dawać pola do pomyłek oraz snucia domysłów, czego zamawiający oczekuje od wykonawców. Ubieganie się o zamówienie przez wykonawcę musi opierać się zatem na czytelnych, precyzyjnie i klarownie postawionych wymaganiach wobec oferowanego przedmiotu, postawionych przez Zamawiającego i znajdować wyraz w treści opracowanych dokumentów postępowania. Konsekwentnie, z tego powodu tak duże znaczenie mają instrumenty, jakie Zamawiający wprowadzi dla prezentacji oferty i umożliwienia jej zbadania przez pryzmat spełnienia postawionych wymagań. Ten cel powinien realizować opracowany w sposób adekwatny do wymaganego przedmiotu i szczegółowo stawianych wobec niego różnych parametrów, formularz ofertowy. Ten formularz powinien dawać wykonawcom możliwość zaoferowania przedmiotu z uwzględnieniem ewentualnie dopuszczonych przez Zamawiającego alternatywnych rozwiązań oraz opisanie tego przedmiotu. Wykonawcy nie mogą bowiem,

w wykonaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia snuć domysłów ani dokonywać dedukcji celem ustalenia intencji Zamawiającego. Znamienne jest zdanie wygłoszone na rozprawie przez Przystępującego – wykonawcę S&T Services sp. z o.o. w Warszawie, zgodnie z którym, „*jeśli odwołujący potraktował kontroler jako półki dyskowe to powinien to opisać w ofercie, ma to znaczenia dla określenia zakresu rozbudowy będącej przedmiotem oceny ofert.*”. Powinno być odwrotnie: jeśli Zamawiający dopuszczał w miejsce półek dyskowych możliwość umieszczenia dysków bezpośrednio w kontrolerach macierzy [a na takie dopuszczenie wskazuje stanowisko Zamawiającego na rozprawie oraz pkt 3 informacji o wyniku postępowania, str. 7], to powinien dać możliwość zaprezentowania tego w formularzu ofertowym i przewidzieć, jak taką sytuację należy przenieść na wymaganie dotyczące maksymalnego zakresu rozbudowy [pkt 2.4.10 FOT] i jak rozstrzygnąć ewentualną kwestię wyceny komponentów macierzy.

Wprowadzenie w analizowanym postępowaniu formularza, który nie przesądzał tego rodzaju sytuacji, skutkowało musi, że Zamawiający otrzymał oferty, które – wobec kształtu formularza FOT - okazały się przynajmniej częściowo nieodgadnione co do szczegółów oferowanego rozwiązania. Finalnie, jak ujawniły wyniki przeprowadzonej rozprawy, Zamawiający wstecznie dokonywał odkodowania, ile dysków zostało zaoferowane i na jakie cele oraz, że zamiast półki zaoferowano rozwiązanie oparte na wkomponowaniu dysków bezpośrednio w kontrolery macierzy. Powyższe jednak, musiało sprowadzać się do przyjęcia życzliwych dla wykonawców założeń co do treści ofert oraz odgadywania treści ofert na podstawie tego, co nie zostało w nich wyraźnie wyartykułowane.

W świetle powyższego, przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ w zakresie ilości półek dyskowych [pkt 2.1.35 i 2.1.36 FOT] było co najmniej przedwczesnym, wobec braku wyjaśnienia tej kwestii na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający doszedł jednak do wniosku, że nawet jeśli Odwołujący przewidział zamiast półek dyskowych umieszczenie dysków w kontrolerze macierzy, to w takim wypadku w części oferty mówiącej o maksymalnym zakresie rozbudowy macierzy [pkt 2.4.10 FOT] podał w takim wypadku zbyt małą ilość półek oraz, że powinien podać jako liczbę półek taką wartość, która będzie odpowiadała zaoferowanej liczbie półek a także liczbie półek, która została zastąpiona możliwością umieszczenia dysków w macierzy: zdaniem Zamawiającego, wykonawca powinien był podać zamiast 15 półek dyskowych – liczbę 27. Biorąc jednak stanowisko Zamawiającego o dopuszczeniu możliwości zaoferowania zamiast półek dyskowych miejsc w kontrolerze, w którym będą umieszczone dyski, oraz wobec braku w formularzu FOT informacji, jak tego rodzaju sytuację należy zaprezentować, Zamawiający winien był ustalić, czy przestrzeń w kontrolerze wpływa na wycenę w formularzu cenowym

[czy też może została ona wyceniona w innej pozycji, np. dotyczącej macierzy]. Jeśli natomiast akcent zawarty w pkt 2.1.35 i 2.1.36 FOT informacji dotyczących półek dyskowych, w istocie odnosił się do liczby dysków, jakie można pomieścić w rozbudowywanej w wyniku postępowania macierzy – nic nie stało na przeszkodzie dokonaniu stosownej poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Tymczasem, analiza zawartości informacji o wyniku postępowania z 27 lutego 2014 r. wyraźnie wskazuje, że Zamawiający doskonale wiedział, co i w jakiej ilości zostało zaoferowane, dokonał odtworzenia przedmiotu oferty w tym zakresie, jaki w FOT wyraźnie nie był prezentowany a także jakie kroki powinien był podjąć wykonawca, by sprostać oczekiwaniom Zamawiającego. Jeśli tak, to nie ma przeszkód, dla ustalenia oferowanego przedmiotu i albo dokonania jego poprawy, zgodnie z kierunkiem rozumowania Zamawiającego, albo uznania, że Odwołujący zaoferował właściwą ilość półek dyskowych, zaś pozostałe ujęte są w ramach macierzy i nie wymaga to jakiegokolwiek ingerencji w treść oferty. Wyniki rozprawy prowadzą do wniosku, że Odwołujący zaoferował zamiast półek dyskowych miejsca w kontrolerach macierzy, które nie są półkami. Wbrew stanowisku Zamawiającego prezentowanemu na rozprawie, trudno tu mówić o jakimkolwiek negocjowaniu oferty, skoro Zamawiający jest w stanie dokładnie odtworzyć przedmiot tej oferty, w tym zastosowane rozwiązanie a także własne oczekiwanie, jak ten przedmiot należało ująć w treści formularza FOT.

[5] Na gruncie analizowanego postępowania, w zakresie zarzutu dotyczącego uznania za niezgodną z SIWZ oferty Odwołującego, w części odnoszącej się do zaoferowania niewłaściwej liczby dysków w macierzy 1 i 2 [niezaoferowania dysku hot - spare], w pierwszym rzędzie zasadnym jawi się spostrzeżenie, że spór między stronami zasadza się na odmiennym rozumieniu tych samych postanowień SIWZ: Zamawiający stoi na stanowisku, że oferta składana przez wykonawcę musiała przewidywać zaoferowanie macierzy posiadającej taką liczbę dysków, które łącznie dadzą pojemność macierzy 4800 GB, następnie będą zagregowane w grupy RAID po 4 dyski, zaś po tym zagregowaniu będą dodatkowo posiadać dysk lub powierzchnię hot - spare [rozwiązanie pozwalające na zapewnienie pracy macierzy w sytuacjach awaryjnych – zasób zapasowy], przy czym musi być przewidziany przynajmniej jeden taki dysk hot - spare na każdą macierz [może być ich także większa liczba]; Odwołujący prezentował stanowisko odmienne, zgodnie z którym z postanowień SIWZ wynika możliwość spełnienia tego wymagania, poprzez zwiększoną przestrzeń na dyskach przewidzianych jako podstawowe.

Spór między stronami, mający wiele warstw osadzonych w brzmieniu SIWZ, sprowadza się więc między innymi do uchwycenia, czy w wyszczególnieniu wymagań

stawianym macierzom i zawartym w nich dyskom istnieje jakaś kolejność – sekwencja którą wykonawcy powinni byli uwzględnić przy konfigurowaniu elementów [dysków] dla oferowanej macierzy, wskazująca na kolejność kroków przy opracowywaniu oferty: że w pierwszym kroku trzeba założyć taką ilość dysków, która da pojemność co najmniej 4800 GB; następnie w drugim kroku trzeba tę ilość odnieść do wymagania zagregowania w pakiety po 4 dyski i w razie potrzeby dodania takiej ilości dysków by suma dysków dawała pakiety po 4 grupy RAID [zatem musiała być to liczba pakietów podzielna przez 4]; wreszcie, że w trzecim kroku należało dodać do wcześniejszej sumy dysków przynajmniej jeden dysk na cele hot - spare.

Następnie, strony prezentują oparte na przeciwnych biegunach oceny stanowisko, co do obowiązku lub jego braku zaoferowania hot - spare w postaci odrębnego od pozostałych – zagregowanych w grupy RAID pakiety, dysku lub przewidzianej na podstawowych dyskach macierzy przestrzeni ponad wymagane 4800 GB, która ma być wykorzystana na cele hot - spare, uwzględniając zarazem w tym względzie dobre praktyki producenta macierzy.

Dokonana analiza postanowień SIWZ oraz treści oferty Odwołującego determinowała wniosek, iż Zamawiający nie dokonał prawidłowej jej oceny, w zakresie kwestionowanym w odwołaniu. Postanowienia SIWZ nie pozwalają na stwierdzenie, że oferta Odwołującego nie jest zgodna z treścią tego dokumentu.

Podkreślenia jednak wymaga, że treść dokumentów postępowania – SIWZ, a przede wszystkim kształt załącznika do SIWZ jakim jest Formularz Oferty Technicznej nie pozwala na taką prezentację oferty, która pokaże te elementy, jakich Zamawiający wymagał w postępowaniu, w tym nie pozwala na ustalenie, jaką ilość dysków podstawowych oraz dysków hot - spare oferuje dany wykonawca, a także czy oferuje rozwiązanie hot – spare w postaci odrębnego dysku albo dysków, czy też przewiduje dodatkową przestrzeń na dyskach podstawowych. Formularz Oferty Technicznej nie przewiduje żadnego mechanizmu służącego do zaprezentowania, czy i ile dysków wykonawca przewidział na cele hot - spare. Wymaganie w kolumnie D podania jedynie ogólnej ilości dysków dawało Zamawiającemu jedynie niewiele mówiącą informację o sumie zaoferowanych dysków, która po uwzględnieniu wynikającej z formularzy pojemności dysków informowała jedynie o łącznej pojemności macierzy. Czy i w jakiej ilości przewidziano dyski lub powierzchnię na cele hot - spare stawało się w takim wypadku wynikiem samodzielnego odgadywania przez Zamawiającego, co wykonawca najpewniej zaoferował. Zamawiający, na podstawie Formularzy Oferty Technicznej w opracowanym przez siebie kształcie uzyskiwał informację o łącznej ilości dysków, przykładowo dla macierzy 1 [gdzie wymagano pojemności min. 4800 GB], dla poszczególnych wykonawców:

- Odwołujący – 12 dysków o poj. 480 GB każdy,
- IT.expert sp. z o.o. w Warszawie – 26 dysków o poj. 200 GB każdy,
- Sygnity SA w Warszawie – 13 dysków o poj. 400 GB,
- Bezpieczne.it sp. z o.o. w Warszawie – 14 dysków o poj. 400 GB,
- Helica sp. z o.o. w Warszawie - 36 dysków o poj. 200 GB.

Z podobną sytuacją mamy do czynienia przy macierzy 2, co do której Zamawiający postawił wymaganie min. 3200 GB pojemności:

- Odwołujący zaoferował 8 dysków o poj. 480 GB każdy
- IT.expert sp. z o.o. w Warszawie – 18 dysków o poj. 200 GB każdy,
- Sygnity SA w Warszawie – 9 dysków o poj. 400 GB,
- Bezpieczne.it sp. z o.o. w Warszawie – 18 dysków o poj. 200 GB,
- Helica sp. z o.o. w Warszawie – 17 dysków o poj. 200 GB.

Jedynie wykonawca S&T Services Polska sp. z o.o. w Warszawie, samodzielnie, poza wymaganą treścią formularza, nie mając takiego obowiązku wynikającego z kształtu formularza, dokonał rozłożenia liczby oferowanych dysków na dyski podstawowe – dające dostępną dla Zamawiającego pojemność min. 4800 GB oraz dyski hot - spare. Wykonawca ten bowiem w kolumnie D tego formularza wskazał, że oferuje dyski o pojemności 400 GB a następnie podał dla macierzy 1: „17 dysków (16 dysków + 1 dysk Hot – Spare)”, oraz dla macierzy 2: „13 dysków (12 dysków + 1 dysk Hot – Spare)”.

Na rozprawie Zamawiający podał, jak dokonał oceny ofert w tym zakresie:

- co do wykonawcy bezpieczne.IT, dla macierzy 1 Zamawiający dokonał obliczeń i ustalił, że wykonawca zaoferował 12 dysków o pojemności 400 GB, a także dodatkowe 2 dyski z tych 14 jako dyski hot - spare.
- co do wykonawcy Sygnity, który zaoferował dla macierzy 1 - 13 dysków i dla macierzy 2 - 9 dysków, Zamawiający uznał, że wykonawca Sygnity spełnia wymagania bullet 2 i 3 z uwagi na to, że wykonawca zaoferował 13 dysków. Zamawiający dokonał wstecznych obliczeń z których wynikało, że wykonawca zaoferował 11 dysków i 1 dysk hot - spare.
- co do wykonawcy Helica Sp. z o.o., który zaoferował dla macierzy 1 - 36 dysków o pojemności 200 GB i 17 dysków dla macierzy 2, Zamawiający podał, że liczba 36 dysków spełnia wymagania zamawiającego. Zamawiający podał, że ofertę wykonawcy Helica uznał za spełniającą wymagania bulletu 2 i 3. Zamawiający obliczył, że dla wypełnienia wymagań zamawiającego wykonawca zaoferował 25 dysków: 24 podstawowe i przynajmniej 1 hot - spare, to jest wszystkie pozostałe ponad te 25 dysków, które mogą być dyskami hot - spare. Zamawiający powołał się tym na bullet 4 mówiący o dobrych praktykach producenta macierzy, które mogą przewidywać inną liczbę dysków hot - spare.

- co do wykonawcy IT Expert, który zaoferował dla macierzy 1 – 26 dysków, dla macierzy 2 – 18 dysków, Zamawiający przyjął, że wykonawca zaoferował 24 dyski plus 2 dyski hot - spare dla macierzy 1 oraz 16 dysków dla macierzy 2 i 2 dyski hot - spare.

Podkreślenia jednak wymaga, że formularz oceny technicznej nie przewidywał takiego rozbitcia ilości dysków, a jeśli wykonawcy [wyłącznie wykonawca S&T Services sp. z o.o. w Warszawie] dokonali takiego poszerzonego opisu wbrew kształtowi formularza, to nie było to ich obowiązkiem.

Tym samym, mechanizm służący prezentacji elementów oferty podlegających ocenie przez pryzmat jej zgodności z SIWZ w tym wypadku okazał się zawodny – nie przewiduje bowiem wyodrębnienia tych elementów, co do których Zamawiający postawił określone wymagania a tym samym zmusza do odgadywania, czy, albo ile dysków na cele hot - spare zaoferował dany wykonawca. Ta dedukcja, dokonywana w granicach ogólnej informacji zawartej w ofertach dotyczącej jedynie ogólnej ilości dysków [poza ofertą S&T Services sp. z o.o. w Warszawie] obarczona jest ryzykiem, że Zamawiający, dokonując wskazywanego na rozprawie obliczenia „wstecz”, na podstawie podanych informacji i symulacji, ile i jakie dyski zaoferował dany wykonawca, finalnie musiał czynić założenia, które nie znajdowały oparcia w ofercie. Przecież, ustalenie – tak jak prezentował to Zamawiający na rozprawie – że dany wykonawca zaoferował określoną ilość dysków hot - spare, oparte na przyjęciu, że pozostałe dyski, zagregowane w pakiety RAID po 4, uwzględniane w ilości odpowiadającej wymaganiu min. 4800 GB dla całej macierzy 1, w istocie stanowi przyjęcie założenia że w takiej konfiguracji dany wykonawca przeznaczył podane w ogólnej i nieokreślonej przeznaczeniem sumie. Mającym takie same podstawy, przy takiej symulacji Zamawiającego jest wniosek, że może dany wykonawca zaoferował mniejszą ilość dysków podstawowych [tym samym – może niezgodną z ogólnym wymaganiem co do maksymalnej pojemności 4800 GB dla macierzy 1] zaś większą ilość dysków na cele hot - spare. Wszak Zamawiający nigdzie nie określił ilości maksymalnej dysków hot - spare, mogło więc ich być w danej ofercie więcej niż 1, choć ile – tego na podstawie żadnej z oferty, poza ofertą S&T, nie można się dowiedzieć. Innymi słowy, Zamawiający, wprowadzając w postępowaniu Formularz Oferty Technicznej w aktualnym kształcie, nie przewidującym rozróżnienia na dyski podstawowe i dyski hot - spare, albo dyski podstawowe i powierzchnię na dyskach przeznaczoną na cele hot - spare, nie dał sobie szansy na uzyskanie takich informacji, które pozwoliłyby ocenić, co jest w tej mierze oferowane. W konsekwencji, złożone oferty będą także między sobą nieporównywalnymi.

Tym samym, Zamawiający zmuszony był odgadywać treść ofert i ilości oferowanych dysków. Już z informacji o wyniku postępowania wyraźnie można wyczytać, że Zamawiający

był zmuszony dedukować o treści oferty, w tej jej części, która mówi o liczbie dysków podstawowych – zamawiający wnioskował, ile dysków zaoferował wykonawca, w oparciu o dane dotyczące pojemności dysków podane przez wykonawcę i swoje wymaganie dotyczące pojemności macierzy [Zamawiający dzielił wymaganą pojemność macierzy 4800 GB, przez pojemność dysków i ustalał w ten sposób, ile dysków mógł zaoferować wykonawca. Wskazuje na to, przykładowo, stwierdzenie w informacji o wyniku postępowania: „Liczba dysków zaoferowanych przez Oferenta o pojemności 480 GB odpowiadająca pojemności 4800 GB wynosi 10”.

[6] Podobnie jest ze stwierdzeniem przez Zamawiającego niezgodności oferty w zakresie ilości zaoferowanych w pkt 2.1.35 i 2.1.36 FOT półek dyskowych. Jeśli możliwe jest zaoferowanie jednego z dwóch oferowanych na rynku rozwiązań: dysków umieszczonych na półkach, lub dysków przynajmniej częściowo umieszczonych w kontrolerze macierzy, to formularz oferty powinien dawać możliwość zaprezentowania takiego rozwiązania. Zamawiający nie rozstrzygnął zarazem, czy możliwość wkomponowania dysków do kontrolera macierzy należy – na potrzeby formularza i oferty – traktować jako półki dyskowe, czy też pominąć w pkt. 2.4.10 FOT, mówiącym o maksymalnym zakresie rozbudowy macierzy. To otworzyło dyskusję między stronami, jak tego rodzaju sytuację należy traktować, w tym, czy kontroler macierzy – jego obudowa jest półką dyskową czy też nie, a tym samym czy należy go ująć w pkt 2.1.35 i 2.1.36 FOT, dotyczącym półek dyskowych. Strony poświęciły tym samym wiele uwagi złożonej przez Odwołującego opinii biegłego z zakresu informatyki i zawartym w niej stwierdzeniem, że „kontroler macierzy [jego obudowa] jest jednocześnie półką dyskową, gdyż poza funkcjami kontrolera pełni dokładnie takie same funkcje jak każda z półek dyskowych. Kontroler macierzy (...) należy traktować jako kontroler oraz jako półkę dyskową gdyż element ten pełni obie funkcje”. Powyższa kwestia nie ma jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia spornego zagadnienia. Podkreślenia bowiem wymaga, że wtórną kwestią jest sfera technologiczna i prawidłowe z punktu widzenia nomenklatury informatycznej zakwalifikowanie tego elementu przez wykonawcę w ofercie. Istotne jest, jak Zamawiający zamierzał traktować tego rodzaju sytuację, i jak poszczególne elementy miały być prezentowane w ofercie, czego jednak Zamawiający nie wyartykułował w treści formularza FOT. Wypełnianie powyższego niedosytu informacyjnego dokumentacji postępowania sięganiem do wiedzy specjalistycznej jest o tyle niewłaściwe, że, jak wskazuje ocena dokonana przez Zamawiającego, w pkt 2.1.35 i 2.1.36 FOT chodziło nie o znaczenie półek w dosłownym, ścisłym w świetle wiedzy fachowej znaczeniu, ale o ich funkcje, co potwierdza odnośnienie się przez Zamawiającego do dalszego pkt 2.4.10 FOT. Tym samym Zamawiający dał wyraz, że pod pojęciem półki dyskowej skłonny jest rozumieć

nośnik, na którym dyski będą ulokowane [stąd też, jak się wydaje – postawiono wymaganie w pkt 2.1.35 i 2.1.36, by liczba półek dyskowych odpowiadała liczbie dysków].

Na obecnym etapie treść oferty Odwołującego nie budzi w tej mierze wątpliwości, że zaoferowane zostały zamiast półek przestrzenie w kontrolerze macierzy, w ramach których można ulokować dyski, także ich ilość została ustalona przez Zamawiającego. Do rozważenia pozostaje poprawienie oferty – jeśli ten element nie został wyceniony w innej części, w tym jako macierz.

Jeśli zatem Zamawiający tak ukształtował postępowanie, że zapisy opracowanej przez Niego specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzały wykonawców w błąd i dawały możliwość różnej interpretacji jej postanowień, czego następstwem mogło być odrzucenie oferty, winien podjąć starania w celu zniwelowania skutków takiego działania i przyjąć na siebie konsekwencje własnej niestaranności. W przeciwnym bowiem wypadku skutkami nieprecyzyjnego opisu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie dającego możliwości naprawienia zostałyby obciążeni wykonawcy. Przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji Zamawiającego na wykonawców, przejawiające się odrzuceniem oferty stanowiłoby nadużycie prawa, które nie zasługuje na ochronę. Postępowanie o zamówienie publiczne musi uwzględniać pewną równość reguł zarówno wobec wykonawców, jak i zamawiającego. Wprawdzie postępowanie to jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać należytą staranność przejawiającą się zawodowym charakterem jej działalności, co stawia zasadnym oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ale staranność ta nie może sięgać tak daleko, by stawiać wobec wykonawców postulat wnioskowania na podstawie dokumentów postępowania o nieprecyzyjnym brzmieniu o intencji zamawiającego.

Reasumując, wniosek Zamawiającego o niezgodności oferty Odwołującego jest wnioskiem nie znajdującym oparcia w treści oferty. Na gruncie analizowanego postępowania Zamawiający wnioskował o zgodności ofert na podstawie tego co nie zostało w tych ofertach wyartykułowane a było jedynie domniemaniem, domysłem Zamawiającego. To czyni ocenę dokonaną przez Zamawiającego iluzoryczną i opartą na nieopisanych w SIWZ podstawach i niewynikających z treści ofert. Tego rodzaju życzliwa postawa Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert w istocie zastąpiła oświadczenia wykonawców, których Zamawiający powinien zażądać [przewidzieć odpowiednie pola w Formularzu Oceny Technicznej – jeśli jego wolą było postawienie i zweryfikowanie takich wymagań] od wykonawców.

Końcowo, odpowiedzi wymagało, czy możliwe jest ustalenie zgodności lub nie ofert złożonych w postępowaniu, i rozstrzygnięcie postępowania przy wskazanych wyżej

niedoskonałości opisu Formularza służącego do prezentacji oferty, przy zastosowaniu określonych reguł kolizyjnych i interpretacyjnych. W powyższym zakresie, wydaje się, że niemożliwym będzie ustalenie treści tych ofert, które nie wskazują odrębnie dysków podstawowych i dysków na cele hot - spare, albo wyraźnie nie wskazują, że w ramach ogólnej ilości dysków zawarto dodatkową przestrzeń na cele hot spare – ilości oferowanych dysków, w tym dysków o przeznaczeniu hot - spare bez takiego wyjaśnienia treści oferty, które następnie, po terminie składania ofert będzie zmieniało ich treść. Każdorazowa próba wyjaśnienia tej kwestii w odniesieniu do ofert opierać się musi na domysłach Zamawiającego, a nie na zawartości ofert.

Ponieważ, podniesione zarzuty mają wpływ na wynik postępowania, orzeczono o nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert. Nie nakazywano wyboru oferty Odwołującego, mimo takiego wniosku, to bowiem uzależnione jest dalszej oceny Zamawiającego, z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: