

Wyrok
z dnia 9 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **A.D.S. S.A. – Lider (...)** **G. S. Sp. z o.o. (...)** **W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów (...)** **Radom**

przy udziale wykonawcy **I.S.T. sp. z o.o., (...)** **W.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **I.T.M. Sp. z o.o. (...)** **G.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka

- 1. Oddala odwołanie**
- Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: **A.D.S. S.A. – Lider (...)** **G. S. Sp. z o.o. (...)** **W.** i zalicza w poczet kosztów kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną 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 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Centrum Przetwarzania Danych Ministerstwa Finansów (...) Radom, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „ *Usługa zintegrowanego środowiska teleinformatycznego dla nowych rozwiązań biznesowych - znak sprawy PN/I 7/15/RZE - Zadanie 1 - Rozbudowa chmury obliczeniowej Ministerstwa Finansów dla nowych rozwiązań biznesowych* ”.

Przedmiotowe postępowanie znajduje się na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed podpisaniem umowy z wybranym wykonawcą. W związku z zaistnieniem na tym etapie szeregu czynności pomiędzy Zamawiającym, a wybranym wykonawcą polegających na wymianie korespondencji dot. zaofiarowanych urządzeń i ich zgodności z wymaganiami postawionymi w SIWZ wykonawca Konsorcjum: A.D.S. S.A. – Lider (...) G. S. Sp. z o.o. (...) W., dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu prowadzenie Postępowania w sposób naruszający podstawowe zasady Pzp, to jest z naruszeniem art. 7 Ustawy Pzp naruszając uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz nieprzestrzeganie zasad przejrzystości, a nadto nieuznaniu wykonawcy I.T.M. Sp. z o.o. ul. Wyszyńskiego 12/5, 44-100 G. (dalej zwana „Intros”) za wykonawcę uchylającego się od zawarcia umowy o realizację zamówienia objętego Postępowaniem, przez co Zamawiający naruszył:

- 1) art. 94 ust. 3 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 14) i Rozdział XIX pkt 7 SIWZ — poprzez brak uznania, iż Wykonawca Intros bezpodstawnie odmawia zawarcia umowy w zamówieniu publicznym i niewybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny;
- 2) alternatywnie - art. 24 ust. 2 pkt. 3) oraz 4) - poprzez brak wykluczenia Wykonawcy Intros, mimo że ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu;
- 3) alternatywnie - art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz 4) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy I.T.M. Sp. z o.o. która nie spełnia warunków SIWZ, co wskazał sam Zamawiający w piśmie skierowanym do Intros.

Wskazując na powyższe, wniósł o:

- 1) uznanie wykonawcy I.T.M. Sp. z o.o. jako wykonawcy, który uchylił się od zawarcia umowy w zamówieniu publicznym i nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny,

- 2) alternatywnie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty I.T.M. Sp. z o.o. jako niespełniającej wymogów SIWZ, oraz nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) w każdym z alternatywnych przypadków obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa według przedstawionego zestawienia kosztów.

Przed prezentacją argumentacji Odwołującego dla poparcia podniesionych zarzutów wskazać należy i na etapie rozprawy Odwołujący wycofał zarzut alternatywny dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3) oraz 4) – odnoszący się do braku wykluczenia Wykonawcy Intros, a także zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy I.T.M. Sp. z o.o. k z powodu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp tj. rażąco niskiej ceny oferty. Dlatego też w tym zakresie argumentacja przywołana w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie zostaje pominięta.

W zakresie zarzutu braku uznania, że wybrany wykonawca uchyła się od zawarcia umowy Odwołujący podniósł, że Zamawiający przewidział w treści Rozdziału XIX ust. 6.3 SIWZ, iż po wyborze oferty najkorzystniejszej, zaś przed zawarciem Umowy wybrany wykonawca będzie zobowiązany przedstawić kompletny wykaz wszystkich elementów wchodzących w skład zamówienia, w szczególności sprzętu, oprogramowania, jego cen jednostkowych, cen jednostkowych w zakresie prawa opcji. Zastrzegł także że „sprzęt i oprogramowanie muszą spełniać wymagania niniejszego postępowania”. Intros złożył szczegółowy wykaz w dniu 8.02.2017. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający, najprawdopodobniej tego samego dnia lub w dniu 9.02.2017, przesłał do Wykonawcy Intros wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia brakujących elementów załącznika, wyznaczając w tym celu termin do dnia 13.02.2017 roku. W wezwaniu tym Zamawiający stwierdził wprost, na końcu pierwszej strony pisma, że ze złożonego wykazu nie wynika spełnienie wymogów SIWZ - „Mając powyższe na uwadze Zamawiający stwierdza, że macierz C.STO.FLS w proponowanej konfiguracji nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż zgodnie z kalkulatorem producenta oferuje ona jedynie 14,6190 TiB przestrzeni użytkowej (.. .)”. Co więcej, w dalszej części pisma, na stronie 3 Zamawiający zadaje pytanie do Intros — „w jaki sposób Wykonawca zamierza spełnić wymaganie dostarczenia komponentu (...) spełniającego w pełni wymagania opisane w SIWZ”

Tymczasem, zgodnie z treścią Rozdziału XIX pkt 7 SIWZ „*Nie dostarczenie elementów wymienionych w ust 6 ppkt 6.2 i 6.3, lub dostarczenie wykazu z pkt 6.3, z którego wynikać będzie, że oferowany sprzęt lub oprogramowanie nie spełnia wymogów Zamawiającego (...)* Zamawiający potraktuje jako odmowę zawarcia umowy w zamówieniu publicznym wraz z

wszystkimi konsekwencjami takiej czynności.” W świetle powyższego Zamawiający, w razie stwierdzenia niespełnienia wymogów SIWZ przez Intros (co nastąpiło i zostało potwierdzone kilkakrotnie w piśmie) zobowiązany był do zastosowania trybu z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, to jest do wyboru kolejnej oferty (lub unieważnienia postępowania). Stwierdził iż jego zdaniem bezprawnym i bezpodstawnym jest z kolei prowadzenie przez Zamawiającego z Intros korespondencji, w której Zamawiający stwierdza niespełnianie wymogów SIWZ, ale dopytuje się Intros o możliwość spełnienia wymogów. Takie działanie Zamawiającego może świadczyć o nierównym traktowaniu wykonawców, wybiórczym korzystaniu z SIWZ oraz Pzp jak też o niezachowaniu uczciwej konkurencji, poprzez promowanie wykonawcy, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu i na próbowaniu na siłę doprowadzenia do konwalidacji oferty na zgodną z SIWZ, co jest niedopuszczalne.

Podał, że Zamawiający, w okresie od początku stycznia do dnia złożenia Odwołania odbywał najprawdopodobniej kilkakrotne spotkania z Intros, podczas których najprawdopodobniej były uzgadniane szczegółowe warunki współpracy i były prowadzone negocjacje co do warunków realizacji Zamówienia oraz sposobu wypełnienia załącznika szczegółowego. Według oświadczenia Pani A.S. podczas spotkania Odwołującego u Zamawiającego, w dniu 09.02.2017 roku, nie były sporządzane jakiegokolwiek protokoły spotkań z Intros. Jako jeden z dowodów potwierdzających odbycie takiego spotkania świadczyć może korespondencja email od Intros do Zamawiającego. Wobec powyższego wskazał iż jego zdaniem SIWZ oraz Pzp w przypadku trybu przetargu nieograniczonego nie przewiduje możliwości odbywania jakichkolwiek spotkań i negocjacji pomiędzy stronami, zwłaszcza na tym etapie postępowania dopuszczając jedynie prowadzenie korespondencji i kontaktów stron zgodnie z warunkami Rozdziału XIII SIWZ. Wątpliwości budzi zarówno charakter tego spotkania (lub tych spotkań)* jego (ich) przebieg jak też brak jakiegokolwiek procedury do jego (ich) przeprowadzenia wynikających z Pzp lub SIWZ oraz brak śladów po takich spotkaniach w formie protokołów. Tym samym Zamawiający niewątpliwie prowadzi postępowanie w sposób naruszający podstawowe zasady Pzp, w tym równe traktowanie wykonawców, promując za wszelką cenę wykonawcę Intros, ułatwiając mu spełnienie wymogów technicznych z SIWZ i prowadząc negocjacje.

Taki tryb działania Zamawiającego może stanowić o czynie nieuczciwej konkurencji i preferowaniu przez Zamawiającego jednego z Wykonawców, czy też świadczyć o prowadzeniu negocjacji z Wykonawcą. Podkreślił iż jego zdaniem do momentu podpisania Umowy, korespondencja Zamawiającego z Wykonawcą powinna odbywać się zgodnie z procedurą opisaną w Rozdziale XIII SIWZ oraz obowiązujących w Pzp zasad formalnych.

Nadto podkreślił, że zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ - Rozdział XIX ppkt 6.3 oraz pkt. 7 dostarczany przez Wykonawcę wykaz powinien zawierać w szczególności wszystkie elementy zamówienia i ceny jednostkowe. W razie niedostarczenia

powyższych Zamawiający wprowadził rygor potraktowania Wykonawcy jako odmawiającego zawarcia Umowy w związku z niedostarczeniem kompletnego wykazu lub dostarczenia wykazu, z którego wynika, że oferowany sprzęt lub oprogramowanie nie spełnia wymogów Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający pomimo otrzymania wykazu, z którego wynika nie spełnienie wymagań Zamawiającego (co potwierdza w piśmie skierowanym do Intros w dniu 8.02.2017) oraz braku wymaganych cen jednostkowych zarówno w zamówieniu podstawowym, jak i prawie opcji poszczególnych elementów oferty), nie tylko nie podjął decyzji o uznaniu Intros jako Wykonawcy, który odmawia zawarcia Umowy w zamówieniu publicznym, ale rozpoczął dalszą korespondencję, w której wzywa ponownie do uzupełnienia wykazu elementów wchodzących w skład przedmiotowego zamówienia oraz do wykazania jak Intros zamierza spełnić wymogi SIWZ, co jest procedurą niedopuszczalną w Pzp i SIWZ w tym Postępowaniu oraz stanowi potwierdzenie niestosowania się przez Zamawiającego do zasad Pzp, w tym obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty. Wobec powyższego, jedynym możliwym do zastosowania przez Zamawiającego rozwiązaniem jest odrzucenie oferty Intros, nie zaś prowadzenie dalszej korespondencji i nieuprawnionych wezwań, gdyż oferta niespełniająca wymogów SIWZ powinna zgodnie z art. 89 Pzp zostać odrzucona bez dalszego wezwania.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty z SIWZ podał, że w wyniku przeprowadzonej analizy szczegółowego wykazu sprzętu i oprogramowania Intros zmienił treść pierwotnej oferty. Pierwotnie, w pozycji C.OS.X86.LNX.SU jako producenta oprogramowania, Intros wskazał firmę N., natomiast w szczegółowym wykazie w pozycji C.OS.X86.LNX.SU znajduje się licencja na oprogramowanie SUSE Linux Enterprise Server, której producentem jest firma SUSE. Takie działanie jest niedopuszczalne, gdyż Intros niezgodnie z przepisami PZP zmodyfikował swoją ofertę w trakcie trwania postępowania — zmienił producenta rozwiązania. Wskazał, że Intros złożył „Załącznik nr. 1 do pisma Intros z dnia 6.02.2017” — czyli załącznik do szczegółowego wykazu komponentów. Opis funkcjonalności Tiering'u w oferowanej macierzy N. FAS8080 nie spełnia wymagań Zamawiającego, co również stanowi potwierdzenie zasadności niniejszego odwołania.

Po stronie Odwołującego do postępowania przystąpił wykonawca I.S.T. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który odnosząc się do możliwości kwestionowania postępowania Zamawiającego w zakresie braku reakcji na zachowanie się wykonawcy w sytuacji kiedy nie dochodzi do podpisania umowy i zostają spełnione przesłanki z art. 94 ust.3 Pzp stoi na stanowisku, że część pierwsza tego przepisu pozwala na badanie przez Izbę czy faktycznie mamy do czynienia z uchylaniem się od zawarcia umowy. Ponadto zwraca uwagę na kwestię, iż to Zamawiający sam w treści SIWZ ustalił, że w sytuacji kiedy wykonawca nie przedłożył szczegółowego wykazu we wskazanym przez niego terminie to uzna, iż wykonawca uchyla się od zawarcia umowy. Również za równoważne uchylaniu się od

zawarcia Zamawiający uznał nieprzedłożenie wykazu sprzętu lub złożenie wykazu w którym wskazany sprzęt nie spełnia postawionych wymagań w SIWZ.

Zamawiający w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie o oddalenie odwołania w całości, jako oczywiście bezzasadnego.

W zakresie wniosku o odrzucenie podał, że zarzuty Odwołującego w odwołaniu, którego dotyczy niniejsza odpowiedź, tj. zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4) Pzp oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3) oraz 4) Pzp były zarzutami podnoszonymi już przez Odwołującego w sprawie o sygnaturze KIO 2418/2016. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 10 stycznia 2017 r. oddaliła je w całości. W związku z powyższym, Zamawiający podnosi zarzut z art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, albowiem *Odwołujący powołuje się wyłącznie (lub prawie wyłącznie, w szczególności w zakresie zarzutów co do wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez I.T.M. Sp. z o.o.) na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.*

Ponadto, dodał iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 roku oddalający odwołanie (w zakresie odwołania oznaczonego sygnaturą KIO 2425/16) został zaskarżony skargą do Sądu Okręgowego. Natomiast, Odwołujący (będący Odwołującym w sprawie sygn. akt: KIO 2418/16) takiej skargi nie złożył. W tym zakresie stwierdził, że Odwołujący powołuje się wyłącznie (lub prawie wyłącznie), na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się to Zamawiający stwierdza, iż zarzuty odwołania są całkowicie bezzasadne. .

W ocenie Zamawiającego nie nastąpiły żadne okoliczności, które uprawniałyby Odwołującego do przypisania Zamawiającemu naruszenia przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu. Zamawiający w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami i z należytą starannością dokonał badania i oceny wykazu wszystkich elementów wchodzących w skład zamówienia, w szczególności sprzętu, oprogramowania, jego cen jednostkowych, cen jednostkowych w zakresie prawa opcji.

Postępowanie Odwołującego (powołującego się na te same okoliczności), z tego punktu widzenia należy ocenić negatywnie a formułowane zarzuty - jedynie budowane na nowych okolicznościach (tj. rzekome prowadzenie postępowania - już po wyborze oferty - w sposób naruszający podstawowe zasady Pzp) - jako zamiar uniemożliwienia zawarcia umowy z wybranym, zgodnie z Pzp - co znalazło potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 roku (sygn. akt: KIO 2418/16 oraz KIO 2425/16) wykonawcą.

W ocenie Zamawiającego nie nastąpiły żadne okoliczności, które uprawniałyby Odwołującego do przypisania Zamawiającemu naruszenia przepisów Pzp wskazanych w

odwołaniu. Zamawiający w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami i z należytą starannością dokonał badania i oceny wykazu wszystkich elementów wchodzących w skład zamówienia, w szczególności sprzętu, oprogramowania, jego cen jednostkowych oraz cen jednostkowych w zakresie prawa opcji. Nadto podkreślił, że dla rozpoznania tego odwołania istotnym jest chronologia podejmowanych czynności z której wynika, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 11 października 2016 roku o godzinie 10:00, złożonych zostało sześć ofert. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 11 października 2016 roku o godzinie 10:15. W dniu 12 grudnia 2016 roku Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy I.T.M. Sp. z o.o.. Wszyscy Wykonawcy informację o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymali mailowo w dniu 12 grudnia 2016 r. Oferta Odwołującego po dokonanej przez Zamawiającego ocenie ofert z ilością punktów 77,20 jest na miejscu drugim w zestawieniu wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, Odwołujący 22 grudnia 2016 roku złożył odwołanie (sygn. akt: KIO 2418/16). Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 10 stycznia 2017 roku oddaliła połączone odwołania (sygn. akt: KIO 2418/16 oraz KIO 2425/16).

Odnosząc się do zarzutu uchylania się wybranego wykonawcy od zawarcia umowy podał, że w dniu 01.02.2017 Zamawiający wezwał wykonawcę I.T.M. Sp.z o.o. do złożenia wykazu oferowanego w ramach zamówienia sprzętu. W dniu 08.02.2017r. Zamawiający otrzymał niekompletny wykaz od Wykonawcy w związku z czym zawiadzał wykonawcę do uzupełnienia i złożenia brakującego wykazu cen jednostkowych oraz cen jednostkowych w zakresie prawa opcji oraz wezwał do wyjaśnień rozbieżności w zakresie macierzy C.F.. W dniu 13.02.2017 r. Zamawiający otrzymał od I.T.M. Sp. z o.o. wyjaśnienia w zakresie macierzy C.F. oraz zestawienie cen jednostkowych. Przesłane zestawienie cen jednostkowych zawierały błędy w wyliczeniach. W związku z tym Zamawiający w dniu 14.02.2017 r. ponownie wezwał wykonawcę I.T.M. Sp.z o.o. do poprawienia wykazu cen jednostkowych oraz dalszych wyjaśnień w zakresie oferowanej macierzy C.STO.FLS., gdyż istniały rozbieżności pomiędzy informacjami na stronie producenta sprzętu a informacjami uzyskanymi od I.T.M.. W dniu 17.02.2017r. uzyskał dwa pisma z wyjaśnieniami od Wykonawcy I.T.M., które rozwiały wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie.

W ocenie Zamawiającego nie można uznać iż w/w wykonawca I.T.M. Sp.z o.o. uchyla się od zawarcia umowy, gdyż Zamawiający miał wątpliwości, które chciał wyjaśnić. Jednocześnie Intros odpowiadał na wezwania Zamawiającego w związku z czym nie można mu zarzucić uchylania się od zawarcia umowy. Zamawiający jest cały czas na etapie badania złożonych przez I.T.M. dokumentów w związku z czym zarzut odwołującego jest przedwczesny i nie mający uzasadnienia ze stanem faktycznym.

Z ostrożności procesowej w zakresie zarzutu odwołania co do treści oferty wykonawcy Intros w zakresie rzekomej niezgodność komponentu C.OS.X86.LNX.SU to

należy wskazać, iż było to już przedmiotem odwołania (KIO 2418/16)., które Izba oddaliła jak niezasadne. Jeśli chodzi o niezgodność komponentu C.STO.UNI to zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał funkcjonalności Tieringu opisaney w następujący sposób: „Oprogramowanie macierzy musi zapewniać funkcjonalność automatycznego przemieszczania się danych pomiędzy różnymi warstwami i technologiami składowania (Tiering) działającą na poziomie bloku danych”. A nadto, „funkcjonalność Tiering’u musi być możliwa pomiędzy wszystkimi typami stosowanych dysków tj. SSD, SAS oraz NL-SAS.” Oferowana przez wykonawcę Intros macierz FAS8080 umożliwia realizowanie powyższej funkcjonalności w następujący sposób: „Algorytm na bieżąco analizuje bloki danych serwowane z macierzy i automatycznie kopiuje te najczęściej odczytywane na warstwę najszybszą - SSD - jednocześnie pozostawiając oryginał na warstwie dyskowej SAS lub NL-SAS ...” Oferowana macierz realizuje zapisy SIWZ ponieważ umożliwia kopiowanie danych pomiędzy różnymi warstwami (przestrzeń danych użytkownika a FlashPool) i technologiami (NL-SAS do SSD, SAS do SSD). Jednocześnie Zamawiający uznaje, że w wyniku kopiowania danych następuje proces, w wyniku którego dane z jednej warstwy lub technologii zostają przemieszczone na inną warstwę i znajdują się tam fizycznie. Ponadto w oferowanej macierzy stosowane są dwa typy dysków - SSD i NL-SAS, więc funkcjonalność Tieringu jest możliwa pomiędzy wszystkimi typami stosowanych dysków, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Istotą sporu jest fakt, iż zapisy w SIWZ nie wyrażają jednoznacznie konieczności przenoszenia „dwukierunkowego”. Zamawiający wskazał wymóg przenoszenia danych pomiędzy typami dysków a nie warstwami. Dodatkowo, zaoferowane przez Wykonawców rozwiązania wskazały, iż Zamawiający nie przewidział, iż nie jest precyzyjnie określone przez niego sformułowanie użyte w SIWZ „warstwy i technologie składowania”.

Także wg zapisów SIWZ Zamawiający wymagał możliwości „definiowania globalnych przestrzeni lub dysków SPARE”. Oferowana przez Intros macierz ma możliwość definiowania dysków SPARE. Jednakże ze względu na różne interpretacje wymogu SIWZ tj.: zarówno jako „możliwość definiowania globalnych przestrzeni” jak również „możliwość definiowania dysków SPARE” Zamawiający odstąpił od podważania oferowanej funkcjonalności. Konkludując, argumenty odwołania w tym zakresie można by podzielić (odnośnie przedstawionego rozumienia Tieringu), jeśli znalazłyby potwierdzenie w SIWZ.

Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego wykonawca I.T.M. Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu poparł stanowisko Zamawiającego w prezentowanym w odpowiedzi na odwołanie zakresie. Zwrócił uwagę także, iż w świetle kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i braku możliwości jej zwiększenia to tym samym Odwołujący nie ma interesu, o którym mowa w art. 179 ust 1 Pzp, ponieważ nie mógłby uzyskać

przedmiotowego zamówienia. Wskazuje, że powyższy interes należy także odczytywać łącznie z art. 180 ust 1 dotyczącego możliwości skarżenia czynności zamawiającego tylko tych do których Zamawiający jest zobowiązany, a z art. 94 ust.3 Pzp wynika tylko możliwość - uprawnienie (możliwość) dla Zamawiającego w tym zakresie.

Podniósł także, iż w zakresie niezgodności treści oferty z SIWZ to ta kwestia została już rozstrzygnięta przez Izbę wyrokiem KIO 2418/16 od którego Odwołujący nie wniósł skargi, czyli zgodził się zarówno z ustaleniami Izby w tym zakresie, jak i z samym orzeczeniem. Dlatego też wnoszenie odwołania po raz kolejny z powołaniem się na te same zarzuty jest próbą obejścia instancyjności postępowania. Stwierdza, że Intros nie uchyla się od zawarcia umowy. Jest gotów tę umowę zawrzeć w każdej chwili, oczekuje na wezwanie Zamawiającego w tym zakresie.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.
Odwołanie nie jest zasadne i zostaje oddalone.**

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołanie jako całość nie podlega odrzuceniu. Odrzuceniu podlega jedynie nie wycofany przez Odwołującego zarzut alternatywny, wskazany w pkt 2, dotyczący nieodrzczenia oferty Przystępującego Intros jako niezgodnej z treścią SIWZ. Izba opierając się na wnioskach Zamawiającego i Przystępującego Intros dokonała analizy treści wniesionego odwołania i orzeczenia wydanego w tym postępowaniu o sygn. KIO 2418/16 z dnia 10 stycznia 2017 roku. W tamtym odwołaniu Odwołujący podniósł zarzuty naruszenia przez Zamawiającego

- art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 4 ustawy Pzp, poprzez brak wykluczenia wykonawcy Intros, mimo że ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Intros, która nie spełnia warunków s.i.w.z.;

Tak więc były to takie same zarzuty jak w tym postępowaniu. Sam fakt, iż Odwołujący pozyskał – jak twierdzi na etapie tego postępowania szerszą wiedzę w zakresie oferowanego sprzętu niż to miało miejsce w poprzednim postępowaniu, nie daje to jednak podstawy do ponownego podnoszenia takich samych zarzutów w kolejnym odwołaniu. Nadto z porównania opisu zarzutów z poprzedniego postępowania str. 4-5, a także 7-8 orzeczenia KIO 2418/16 wynika, iż zarzuty dotyczyły tego samego sprzętu tj. macierzy i oprogramowania. Izba za zasadne uznaje stanowisko Zamawiającego w tym zakresie, iż

Odwołujący powołuje się wyłącznie (lub prawie wyłącznie, w szczególności w zakresie zarzutów co do wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez I.T.M. Sp. z o.o.) na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. Dlatego też zarzut w zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp nie podlega rozpoznaniu przez Izbę, gdyż na przeszkodzie temu stoi przepis art. 189 ust.2 pkt 4 Pzp.

W sytuacji kiedy w postępowaniu (w rozpatrywanym stanie prawnym) odrzuceniu podlega tylko część zarzutów to odwołanie jako całość nie podlega odrzuceniu, a rozpoznaniu podlegają pozostałe (nie podlegające odrzuceniu) zarzuty. Tym samym Izba przyjmuje do rozpoznania tylko zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 94 ust.3 Pzp w związku z postanowieniem zawartym w rozdziale XIX pkt 6.3 i 7 SIWZ.

Kolejną przesłanką mającą wskazywać na potrzebę odrzucenia odwołania, podnoszoną przez Zamawiającego i Przystępującego Intros był kwestia czy odwołanie zostało wniesione w terminie, gdyż to sam Odwołujący wybrał datę od której liczy termin na wniesienie odwołania. Przepis ustawy Pzp przewiduje dwa terminy rozpoczęcia biegu terminu na wniesienia odwołania, to jest od daty przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącego podstawę do wniesienia odwołania (art.182 ust.1 ustawy Pzp) jak i od daty powzięcia wiadomości o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania lub też od daty powzięcia wiadomości o okoliczności przy zachowaniu należytej staranności (art.182 ust. 3 ustawy Pzp). Zamawiający w tym zakresie, na tym etapie postępowania żadnych czynności uzewnętrzniionych dla wykonawców nie podejmował. Izba analizując tą sytuację uznała, że data 9 lutego 2017 roku jest pierwszym terminem, kiedy wybrany wykonawca przedłożył Zamawiającemu szczegółowy wykaz sprzętu i tym sama data ta mogła być podstawą dla liczenia terminu na wniesienie odwołania w oparciu o przepis art. 182 ust 3Pzp. Dlatego też uznała w tym zakresie stanowisko Zamawiającego i Przystępującego Intros za niezasadne.

Przed rozpatrzeniem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 94 ust.3 Pzp zasadnym jest odniesienie się Izby do zasadniczej kwestii w tym zakresie tj. określenia, kiedy kończy się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

W art. 2 pkt 7a Pzp zdefiniowane zostało pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia. W myśl tego przepisu jest to postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia lub przesłania zaproszenia do składania ofert, albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Praktyka orzecznicza wypracowała w tym zakresie zasadne stanowisko, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą udzielenia tego

zamówienia, albo – w przypadkach określonych w art. 93 ust. 1 lub 1a Pzp – z chwilą unieważnienia postępowania. Gdyby przyjąć, że wszczęte postępowanie kończy się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej, jak twierdził Zamawiający to dokonywanie np. ponownego wyboru na zasadach wynikających z art. 94 ust. 3 Pzp byłoby drugim rozstrzygnięciem raz wszczętego postępowania. Nadto wątpliwym byłaby możliwość unieważnienia przez Zamawiającego już dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż byłyby to czynności po wyborze najkorzystniejszej oferty. Nadto uznanie czynności Zamawiającego podjętych na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. za niemieszczące się w ramach prowadzonego przez niego postępowania powodowałoby niedopuszczalny brak jakiegokolwiek kontroli prawidłowości tych czynności w drodze wniesienia środków ochrony prawnej przez innego wykonawcę. W tym zakresie wskazać należy na orzeczenie Sądu Najwyższego dotyczącego określania ram trwania postępowania wynikających z art. 2 pkt 7a Pzp. W Uchwale z 17 grudnia 2010 r. (sygn. akt III CZP 103/10) SN stwierdził: „Postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy Pzp, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r., da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego wynika, że ramy czasowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co do momentu w którym następuje zakończenie postępowania nie są jednoznaczne, szereg orzeczeń ustala ten termin na moment wyboru najkorzystniejszej oferty inne co wydaje się niewątpliwe to moment zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba w tym składzie uznaje, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest zakończone z chwilą podpisania umowy o realizację zamówienia publicznego. Zdaniem Izby brak jasnego określenia w ustawie terminu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, wynikał raczej z przyczyn obiektywnych, gdyż w zależności od stanu faktycznego sprawy nie jest możliwe precyzyjne określenie dla wszystkich postępowań i trybów udzielania zamówienia jednego terminu. Niewątpliwie w art. 2 ust. 7a Pzp nie określono wprost momentu zakończenia tego postępowania, ale wskazano na cel tego postępowania tj. wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego też zasadnym wydaje się przyjęcie stanowiska, że wszelkie czynności poprzedzające podpisanie umowy, podejmowane są w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako takie pozostają w kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Stąd Zamawiający przy podejmowaniu swoich czynności

podlega kontroli i nie może ich dokonywać arbitralnie z pogwałceniem podstawowych zasad Pzp, w tym przede wszystkim zasada niedyskryminacji i uczciwej konkurencji.

W tej sytuacji kolejną kwestią, budzącą wątpliwości prawne jest ustalenie, czy przepisy rozdziału 4 Pzp dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty winno stosować się wprost do czynności podejmowanych przez Zamawiającego po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed podpisaniem umowy. W szczególności jest to ważne kiedy Zamawiający w oparciu o przepis art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp wymaga złożenia szeregu dokumentów istotnych dla oceny ofert. W tym zakresie Izba stoi na stanowisku iż niewątpliwym jest, że przepisy rozdziału 4 stosuje się do wyboru najkorzystniejszej oferty, po wyborze Zamawiający może korzystać z zasad wyływających z tych przepisów. To zdaniem Izby implikuje brak obowiązku stosowania w pełni przez Zamawiającego, przepisów rozdziału 4 Pzp po wyborze najkorzystniejszej oferty. Inne rozumienie tej kwestii, zdaniem Izby mogłoby służyć paraliżowaniu postępowań przez tych wykonawców, którzy nie wnieśli skargi na orzeczenie KIO, a jednocześnie widząc swoją szansę np. w unieważnieniu postępowania kwestionowaliby każdą czynność Zamawiającego w oparciu o przepisy rozdziału 4 Pzp.. Dlatego też za niezasadne Izba uznaje zarzuty Odwołującego kierowane pod adresem Zamawiającego, iż ten przed podpisaniem umowy *wzywa wykonawcę do składania wyjaśnień, (...) prowadzi spotkania i konsultacje w zakresie składanych dokumentów.* Powyższe Odwołujący tak ujął w odwołaniu, cyt „*Wątpliwości budzi zarówno charakter tego spotkania (lub tych spotkań)* jego (ich) przebieg jak też brak jakiegokolwiek procedury do jego (ich) przeprowadzenia wynikających z Pzp lub SIWZ oraz brak śladów po takich spotkaniach w formie protokołów*”. Jak widać z powyższej treści, Odwołujący wywodzi w większości zarzuty w oparciu o podejrzania wobec Zamawiającego.

Niewątpliwym jest, jak wskazano powyżej, że Zamawiający nawet po wyborze najkorzystniejszej oferty obowiązany jest przestrzegać zasad prawa zamówień publicznych. Jednakże trudno uznać za zasadne stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający powinien stosować w pełni przepisy rozdziału 4 ustawy Pzp i wzywać wykonawcę na etapie po wyborze oferty do wyjaśnień; tylko w trybie przepisu art. 87 ust.1, powstałe omyłki w wykazie sprzętu czy wyjaśnieniach poprawiać tylko w trybie art. 87 ust. 2, udostępniać wykonawcom powyższe dokumenty, informować ich o podejmowanych czynnościach, dokonywać odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust 1 pkt 2 i 4 Pzp, wykluczać wykonawcę z postępowania itp. Przyjęcie takiego stanowiska jest niezasadne, gdyż takie czynności są właściwe dla etapu wyboru oferty najkorzystniejszej, a po wyborze mogłyby przerodzić się w próbę obchodzenia zasad procedury odwoławczej, np. co do terminów wnoszenia odwołań na czynność wyboru oferty, np. w tym postępowaniu wybór nastąpił w dniu 12 grudnia 2016 roku, a przedmiotowe odwołanie zawierające zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ wniesione zostało w dniu 20 lutego 2017 roku.

Niewątpliwym jest, że jeśli w trakcie analizy dokumentów wskazanych w SIWZ, jako koniecznych do złożenia przed podpisaniem umowy w oparciu o przepis art. 36 ust.1 pkt 14 Zamawiający dojdzie do przekonania, że oferta wybrana jest niezgodna z SIWZ, czy też zawiera rażąco niską cenę to Zamawiający nie może nie podjąć reakcji w tym zakresie, jednakże aby to uczynić winien najpierw dokonać unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie przeprowadzić ponowne badanie i ocenę ofert. Zauważyć należy, iż w przypadku unieważnienia czynności o wyborze najkorzystniejszej oferty sytuacja jest klarowana, bo postępowanie wraca do etapu sprzed unieważnionej czynności.

Podkreślić jednakże należy, iż w tym postępowaniu Zamawiający ustalił w SIWZ, że na etapie składania ofert, dla oceny prawidłowości zaoferowanego sprzętu będzie oczekiwał tylko oświadczenia wykonawcy w tym zakresie i na tej podstawie dokonał oceny ofert. Dopiero na etapie składania dokumentów wymaganych do podpisania umowy, tj. szczegółowego Wykazu sprzętu i cen jednostkowych Zamawiający ustalił, że będzie dokonywał sprawdzenia zgodności zaoferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ. Niewątpliwie, zadaniem Izby taki sposób procedowania budzi spore zastrzeżenia. Takie zastrzeżenia budzi także fakt, że ustalił, jako sankcje w razie niezgodności sprzętu podanego z SIWZ, nie odrzucenie takiej oferty, lecz uznanie, iż taki wykonawca będzie uznany za uchylającego się od zawarcia umowy. W Rozdziale XIX SIWZ zatytułowanym „*Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po zakończeniu postępowania w celu zawarcia umowy*” w pkt 7 Zamawiający ustalił, że *Nie dostarczenie elementów wymienionych w ust. 6 ppkt 6.2 i 6.3, lub dostarczenie wykazu z ppkt 6.3 z którego wynikać będzie, że oferowany sprzęt lub oprogramowanie nie spełnia wymogów Zamawiającego, nie przystąpienie Wykonawcy do testów, o których mowa w ppkt 8, lub negatywny wynik testów o których mowa w ppkt 8 Zamawiający potraktuje jako odmowę zawarcia umowy w zamówieniu publicznym wraz z wszystkimi konsekwencjami takiej czynności.*

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy iż niewątpliwie na obecnym etapie postępowania Zamawiający stosuje się do ustalonej w treści SIWZ procedury w tym zakresie. Procedura ta jest wiążąca, gdyż nie została kwestionowana przez żadnego wykonawcę zanegowana na odpowiednim etapie postępowania.

Przechodząc do kwestii oceny zasadności podniesionego zarzutu, iż wykonawca Intros bezpodstawnie odmawia zawarcia umowy w przedmiotowym zamówieniu, bądź zawarty w Wykazie sprzęt nie odpowiada wymaganiam Zamawiającego to Izba po analizie dokumentów i stanowisk stron i przystępujących w tej sprawie stwierdza, że nie zostało wykazane, że w postępowaniu zachodzi taka sytuacja. W tym zakresie Izba uznaje poprawność działań Zamawiającego, Zamawiający faktycznie występował do wykonawcy z pytaniami w zakresie zaoferowanego sprzętu wskazanego w szczegółowym Wykazie,

prosząc o wyjaśnienia. Wykonawca udzielił stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia te Zamawiający uznał jako poprawne i uznał, że zaofferowany sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego. Zamawiający stwierdził jednoznacznie, iż oferta złożona przez przystępującego jest ofertą prawidłową, zaofferowany sprzęt spełniania postawione w SIWZ wymagania. W tym zakresie zasadne jest także stanowisko Przystępującego, co nie zostało zanegowane dowodowo przez Odwołującego, że *zamawiający w SIWZ nie ustalał żadnego terminu na podpisanie umowy, brak było również w SIWZ ustalonego terminu na złożenie Wykazu. Wszystko to odbywało się w odpowiedzi na pisma Zamawiającego. (...)Natomiast kierowane do Zamawiającego wyjaśnienia dotyczyły tylko możliwości różnych konfiguracji wskazanego sprzętu, a nie oferowanego elementu. Nadto oświadczył iż z kierowanych do Zamawiającego pism i dokumentu zabezpieczenia należytego wykonania umowy wynika, że jest gotów w każdej chwili podpisać umowę z Zamawiającym na wykonanie przedmiotu zamówienia.*

Niewątpliwym jest, że Odwołujący kwestionował po raz wtóry parametry oferowanego sprzętu, a zarzuty w tym zakresie podniesione w poprzednim odwołaniu KIO oddaliła. Nadto Izba stwierdza, że brak jest także podstaw prawnych do przyjęcia, iż Zamawiający winien uznać uchylanie się od zawarcia umowy przez wykonawcę Intros i winien wybrać jako najkorzystniejszą drugą w kolejności ofertę Odwołującego. Co do zarzutu konieczności wyboru kolejnego z listy wykonawców to stwierdzić należy, iż zawarty w dyspozycji art. 94 ust.3 czasownik „może”, jednoznacznie wskazuje że w takim przypadku wybór kolejnego wykonawcy jest tylko uprawnieniem Zamawiającego, a nie jego obowiązkiem.

Przepis art. 94 ust.3 w powiązaniu z art. 180 ust.1 Pzp wskazuje nadto, iż zaistnienie sytuacji uznania, że wybrany wykonawca uchyla się od zawarcia umowy nie rodzi to po stronie innego wykonawcy prawa domagania się od Zamawiającego, wybrania jego oferty.

Powyższe stanowiska Zamawiającego i Przystępującego Intros nie zostały przez Odwołującego wykazane jako niezasadne, większość zarzutów kierowanych do Zamawiającego, a odnoszących się do przeprowadzania uzgodnień co do oferowanego sprzętu i jego skonfigurowania opierała się na przypuszczeniach Odwołującego wytworzonych na potrzeby tego postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania iż postępowanie wykonawcy Intros jest nakierowane na odmowę zawarcia umowy. Także brak było podstaw do stwierdzenia, że na tym etapie postępowania, złożony zgodnie z wymogiem ppkt. 6.3 rozdziału XIX SIWZ Wykaz oferowanego sprzętu lub oprogramowania nie spełnia wymogów Zamawiającego. Dlatego też powyższy zarzut z art. 94 ust.3 Pzp jak i całe odwołanie zostało oddalone.

Izba stwierdza, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i § 5 ust.2 pkt 2 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący