

WYROK

z dnia 24 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2016 r. przez wykonawcę: **Itprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Poleczki Business Park wejście Amsterdam, lobby II, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa**, adres do korespondencji: Urząd miasta stołecznego Warszawy, Biuro Informatyki i Przetwarzania Informacji, ul. Niecała 2, 00-098 Warszawa

przy udziale wykonawcy: **Infonet Projekt S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej, Aleja Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje zamawiającemu: Miastu Stołecznemu Warszawie, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia i odrzucenia oferty wykonawcy Itprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Poleczki Business Park wejście Amsterdam, lobby II, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Itprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Poleczki Business Park wejście**

Amsterdam, lobby II, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Miasta Stołecznego Warszawy, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*zakup macierzy dyskowych*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 lipca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 140-252733.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, w ramach części I zamówienia, wobec czynności oceny oferty Odwołującego i zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej przez Odwołującego oferty, a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo, iż w pełni odpowiada ona treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i oparciu stanowiska Zamawiającego wyłącznie na pozyskanej ze strony internetowej Producenta informacji, co do danych technicznych zaoferowanego urządzenia;
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odstąpienie Zamawiającego od żądania wyjaśnień treści złożonej oferty w sytuacji, gdy u Zamawiającego zrodziły się wątpliwości co treści oferty Wykonawcy w zakresie funkcjonalności macierzy i ustalenie przez Zamawiającego powyższych cech urządzenia w oparciu o informacje marketingowe zawarte na stronie Producenta.

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

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, w tym wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że kwestionuje czynność Zamawiającego, polegającą na dokonaniu nieprawidłowej oceny złożonej przez Odwołującego oferty oraz zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty, a następnie jej nieuzasadnione odrzucenie w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że istota sporu sprowadza się do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o informacje

pozyskane przez Zamawiającego wyłącznie ze strony internetowej Producenta, co do danych technicznych zaoferowanego urządzenia.

Odwołujący wyjaśnił, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia właściwym dla Części I, sekcja E, punkt 15 Zamawiający postawił wymóg: *„każda z macierzy powinna mieć możliwość instalacji półek gęstego upakowania. Półka taka powinna umożliwiać instalację nie mniej niż 30 dysków na 2 RU wysokości. Wyżej wymieniona półka musi umożliwiać instalację następujących dysków: SFF (Small Form Factor), LFF (Large From Factor) zarówno w technologii SSD, SAS i NL-SAS z możliwością mieszania dysków o różnych formatach i w różnych technologiach (półka hybrydowa)”. Formularz ofertowy, jak podał Odwołujący, ograniczony został do wskazania nazwy producenta, typu i modelu sprzętu. Zdaniem Odwołującego, zaoferował on macierz o parametrach technicznych dokładnie takich, jakich wymagał Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia.*

Odwołujący podał, że pismem z dnia 8 września 2016 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień poprzez odpowiedź na pytanie *„czy zaoferowana dla danej części rozwiązania dostępna jest półka gęstego upakowania, spełniająca wymagania opisane w sekcji E punkt 15”*. Wykonawca, jak wskazał Odwołujący, złożył stosowne wyjaśnienia, w których to potwierdził, iż *„do zaoferowanego dla danej części rozwiązania dostępna jest półka gęstego upakowania, spełniająca wymagania opisane w sekcji E punkt 15”*.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że następnie pismem z dnia 3 października 2016 r. Zamawiający uznał, iż: *„po zapoznaniu się z opisem zaoferowanego przez Wykonawcę modelu macierzy dla części 1, który to dostępny jest na stronie producenta stwierdził, że zaoferowana macierz nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ. W Sekcji E punkt 5 podpunkt wskazano, że w macierzy muszą zostać zainstalowane dyski/moduły flash o pojemności co najmniej 3,2 TB każdy, natomiast w dokumentacji producenta jest informacja, że największy rozmiar dysku tego typu obsługiwany i dostępny dla oferowanej macierzy ma pojemność 1,8 TB. Ponadto w sekcji E podpunkt 15 zapisano, że oferowana macierz musi umożliwiać obsługę/instalację półki gęstego upakowania o następującej charakterystyce: musi umożliwiać instalację następujących dysków: SFF (Small Form Factor), LFF (Large From Factor) zarówno w technologii SSD, SAS i NL-SAS z możliwością mieszania dysków o różnych formatach i w różnych technologiach (półka hybrydowa). Natomiast z dokumentacji producenta wynika, iż do oferowanego modelu macierzy można zainstalować jedynie półkę z dyskami w formie LFF i tylko z interfejsem NL-SAS”*.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający oparł swoje stanowisko wyłącznie na nieaktualnej informacji, co do danych technicznych, pozyskanych ze strony internetowej Producenta macierzy. Ponadto, Zamawiający nie uwzględnił, zdaniem Odwołującego, iż ogólne dostępne informacje na temat produktu, zamieszczone na stronie internetowej,

stanowią w istocie jedynie informację marketingową. W ocenie Odwołującego, z całą pewnością informacje te nie mogą być kwalifikowane jako specyfikacja techniczna produktu, na podstawie której urządzenie jest modyfikowane na indywidualne potrzeby odbiorcy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że powszechnie wiadomo, iż producenci produkują dane urządzenia na ogólnej linii technologicznej, a następnie w ostatniej fazie wytwarzania produktu rozbudowują je o określone funkcjonalności. Finalny produkt dostosowywany jest do konkretnych potrzeb Zamawiającego, zarówno przez producenta, jak również wykwalifikowanych pracowników dystrybutora czy wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że zgodzić należy się ze stanowiskiem Izby, wyrok KIO z 28 września 2015, sygn. akt: KIO 2011/15 i KIO 2012/15, iż *„same dokumenty zamieszczone w Internecie przez producenta czy dystrybutora dotyczące jakiegoś przedmiotu nie mogą być uznawane bez zastrzeżeń za dokumentację konkretnego produktu, gdyż w trakcie produkcji czy ostatecznej konfiguracji produktu zdarzają się odstępstwa od pokazanych mniej lub bardziej szczegółowo dokumentów. Wiele funkcjonalności produktów jest uzyskiwanych nie tylko dzięki konstrukcji, ale także dzięki odpowiedniej konfiguracji czy odpowiedniemu oprogramowaniu. Dlatego nie może być bez zastrzeżeń wiarygodny sam wydruk ze strony internetowej, jego fragmentaryczne dobranie [...]”*.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał prawa uznać, że jego oferta nie spełnia wymagań SIWZ, na podstawie dokumentacji niewymaganej w toku postępowania oraz nieskładającej się na treść oferty, a stanowiącej nieaktualną informację reklamową o produkcie, zamieszczoną na stronie internetowej Producenta. Istotne jest przy tym, w ocenie Odwołującego, iż Zamawiający dostrzegając sprzeczności oferty z informacją marketingową, dostępną na stronie internetowej Producenta, nie miał prawa do arbitralnej oceny, czy oferowana macierz faktycznie posiada dane funkcjonalności. Jedynym sposobem rozstrzygnięcia owej sprzeczności, zdaniem Odwołującego, winno być wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co do treści złożonej oferty, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał. W ocenie Odwołującego, trudno bowiem za takie wezwanie uznać pytanie, zadane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 8 września 2016 r. Zamawiający winien precyzyjnie wskazać, w jakim zakresie oferta budzi jego wątpliwości, co więcej dopytać się, skąd wynikają rozbieżności pomiędzy informacją udzieloną przez Wykonawcę a informacjami dotyczącymi przedmiotu zamówienia, zawartymi na stronie Producenta. Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający przy tym całkowicie pominął instytucję wyjaśnień co do rozmiaru dysków zaoferowanej macierzy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić on żadnych elementów treści oferty niewyjaśnionych. Tym samym, Zamawiający, u którego zrodziły się wątpliwości,

co do treści oferty, jest zobowiązany, zdaniem Odwołującego, do żądania wyjaśnień. Odwołujący podniósł, że Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, w zakresie, jakich parametrów czy funkcjonalności Zamawiający może mieć wątpliwości, skoro Zamawiający nie wyrazi tego w jasny i klarowny dla drugiej strony sposób.

W tej materii Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym *„odrzuć ofertę można, gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ. W żadnym razie nie można tego dokonać, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, uzupełniona, albo wyjaśniona - w przypadku wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ. Zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jeżeli zaistnieją ku temu przesłanki”*, jak również *„zweryfikowanie wszystkich niejasności oferty jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem Zamawiającego”* (wyrok KIO z 18 listopada 2013 r., sygn. akt: KIO 2581/13).

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia służyć mają rozwianiu wątpliwości, dotyczących oświadczenia woli, składanego przez Wykonawcę w formie oferty. Należy zwrócić również uwagę, zdaniem Odwołującego, na praktyczny aspekt wyjaśnień treści oferty. W ocenie KIO, jak wskazał Odwołujący, wyjaśnienia takie pozwalają Zamawiającemu upewnić się co do słuszności swojej decyzji, jak również umożliwiają Wykonawcy przedstawienie swojego stanowiska. Ponadto, zdaniem Odwołującego, usprawniają one procedurę przetargową, zmniejszając konieczność korzystania ze środków ochrony prawnej, często wynikających z nieporozumienia między stronami (sygn. akt: KIO 1738/12; KIO 1744/12).

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Zamawiający mógł zażądać od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą opisu urządzeń technicznych, celem potwierdzenia, iż zaferowana macierz sprostą wymaganiom Zamawiającego opisanym w SIWZ. Odwołujący podniósł, że Zamawiający chcąc dokonać właściwej oceny zgodności parametrów technicznych oferowanego urządzenia mógł już w SIWZ postawić wymóg dostarczenia takiej dokumentacji.

Natomiast, odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, wyłącznie w oparciu o informacje, zawarte na stronach internetowych Producenta było, zdaniem Odwołującego, nieuprawnione. Jak podał Odwołujący, słuszność powyższego stanowiska Odwołującego potwierdza także orzecznictwo KIO: *„Izba zauważa, że w związku z przyjętą regułą w ustawie Pzp, iż przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco należy uznać, że przyczyną odrzucenia oferty nie może być okoliczność załączenia przez wykonawcę dodatkowych dokumentów, a tym bardziej nie mogą być wyłącznie i jednocześnie wystarczającą przyczyną odrzucenia, informacje zawarte na stronach internetowych, na które powołuje się Zamawiający. Izba*

zwraca uwagę, że w dobie szybkiego rozwoju i informatyzacji należy uznać, iż informacje dotyczące parametrów technicznych oferowanych zamówień mogą znaleźć się na wielu stronach internetowych, jednakże informacje te nie zawsze są aktualne, mogą być modyfikowane, dlatego też zdaniem Izby powyższe informacje nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do weryfikowania wymagań co do oferowanych zamówień. Ponadto Izba zauważa, że podstawowym dokumentem w tym zakresie jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. Wymagania Zamawiającego co do oferowanych zamówień powinny być jasno określone w SIWZ, a Zamawiający powinien oceniać wymagania techniczne wyłącznie o kryteria i dokumenty wskazane w specyfikacji, inne zachowania Zamawiającego, opierającego ocenę oferowanych produktów o informacje zawarte na stronach internetowych prowadzić może do dowolności w ocenie złożonych ofert, a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy nie mogą pozostawać co do niepewności kryteriów jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie złożonych ofert. Ponadto wykonawcy winni wiedzieć jak Zamawiający będzie oceniał oferowane przez nich zamówienie, co stanowić będzie punkt odniesienia przy niniejszej ocenie i jakie dokumenty potwierdzające postawione przez Zamawiającego wymagania należy złożyć z ofertą” (wyrok KIO z dnia 22 października 2010 r., sygn. akt: KIO/2196/10).

Wykonawca odniósł się do zakwestionowanych przez Zamawiającego parametrów technicznych. Zgodnie bowiem z informacją uzyskaną bezpośrednio od inżynierów Producenta, jak podał Odwołujący, zaoferowana macierz może być wyposażona w dyski o pojemności co najmniej 3,2 TB. Odwołujący wyjaśnił, że Producent posiada w ofercie dyski o pojemności 3,6 TB. Odwołujący podał, że dyski SSD 3,2 TB są produktem nowym, dlatego nie wszyscy producenci zdążyli umieścić je na stronach internetowych. Najnowsza informacja techniczna Producenta, znajdująca się na stronie internetowej, opisująca zaoferowany produkt, pochodzi, jak podał Odwołujący, z dnia 30 kwietnia 2016 r., w związku z tym nie ma w niej uaktualnionej, stosownej informacji, iż Producent jest w stanie zaoferować dyski o pojemności 3,6 TB. Zdaniem Odwołującego, dokumentacja na stronie Producenta nie jest na bieżąco aktualizowana, stąd Zamawiający mógł zdobyć mylną wiedzę na ten temat.

Odwołujący podał, że macierz umożliwia obsługę oraz instalację półki gęstego upakowania, która pozwala na instalację dysków SFF (Small Form Factor), LFF (Large Form Factor) zarówno w technologii SSD, SAS i NL – SAS z możliwością mieszania dysków o różnych formatach w różnych technologiach. Odwołujący wyjaśnił również, że półka dyskowa gęstego upakowania obsługuje wszystkie 3 typy dysków wyżej wymienione o formacie 3,5 cala oraz dyski o formacie 2,5 cala w specjalnych ramkach.

Reasumując, Odwołujący zwrócił uwagę, że proces badania i oceny ofert w niniejszym postępowaniu trwał prawie 2 miesiące, co skutkowało koniecznością przedłużenia okresu związania ofertą. Był to czas, zdaniem Odwołującego, w którym Zamawiający winien wyjaśnić wszelkie wątpliwości związane z ofertą Wykonawcy - w pierwszej kolejności żądając stosownych wyjaśnień.

Co więcej, w ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie ocenił ofertę, albowiem oparł swoje stanowisko o nieaktualną informację marketingową, zamieszczoną na stronie internetowej Producenta. Fakt zaniechania wezwania do wyjaśnień spowodował, zdaniem Odwołującego, iż w efekcie została wybrana oferta Wykonawcy, której cena jest wyższa od oferty Odwołującego o ponad 230 tysięcy zł.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W załączniku nr 1 do umowy Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, wskazując, m.in. w odniesieniu do części I zamówienia, że: *„Przestrzeń dyskowa dla każdej macierzy powinna być zbudowana według następujących wytycznych: a) Tier 1 powinien być zbudowany w oparciu o identyczne dyski/moduły flash o pojemności nie mniejszej niż 3,2 TB każdy w oparciu o magistralę SAS 12 Gbs (...)”* oraz: *„Każda z macierzy powinna mieć możliwość instalacji półek gęstego upakowania. Półka taka powinna umożliwiać instalację nie mniej niż 30 dysków na 2 RU wysokości. Wyżej wymieniona półka musi umożliwiać instalację następujących dysków: SFF (Small Form Factor), LFF (Large From Factor) zarówno w technologii SSD, SAS i NL-SAS z możliwością mieszania dysków o różnych formatach i w różnych technologiach (półka hybrydowa)”* (odpowiednio lit. E pkt 5 i 15 wspomnianego Załącznika).

W Formularzu oferty dla poszczególnych części należało wskazać, jakie urządzenie jest oferowane wraz z określeniem producenta, typu i modelu (pkt 3 wzoru przedmiotowego Formularza – Załącznik Nr 1 do SIWZ).

Odwołujący w Formularzu oferty dla części nr 1 wskazał oferowane urządzenie: macierz Huawei, producenta Huawei, typ Oceanstor, model 5800 V3 (pkt 3, str. 18 oferty).

Pismem z dnia 8 września 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, *„do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanego sprzętu dla części 1 tj. czy do zaoferowanego dla danej części rozwiązania dostępna jest półka gęstego upakowania, spełniająca wymagania opisane w sekcji E punkt 15”*.

W odpowiedzi Odwołujący podał: „Wykonawca składa następujące wyjaśnienie dotyczące zaoferowanego sprzętu dla części 1. Wykonawca potwierdza, iż do zaoferowanego dla danej części rozwiązania dostępna jest półka gęstego upakowania, spełniająca wymagania opisane w sekcji E punkt 15” (pismo z dnia 12 września 2016 r.).

Pismem z dnia 3 października 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał: „Zamawiający po zapoznaniu się z opisem zaoferowanego przez Wykonawcę modelu macierzy dla części 1, który dostępny jest na stronie producenta stwierdził, że zaoferowana macierz nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ.

W sekcji E punkt 5 podpunkt wskazano, że w macierzy muszą zostać zainstalowane dyski/moduły flash o pojemności co najmniej 3,2 TB każdy; natomiast w dokumentacji producenta jest informacja, że największy rozmiar dysku tego typu obsługiwany i dostępny dla oferowanej macierzy ma pojemność 1,8 TB.

Ponadto w sekcji E podpunkt 15 zapisano, że oferowana macierz musi umożliwiać obsługę/instalację półki gęstego upakowania o następującej charakterystyce: „musi umożliwiać instalację następujących dysków: SFF (Small Form Factor), LFF (Large Form Factor) zarówno w technologii SSD, SAS i NL-SAS z możliwością mieszania dysków o różnych formatach i w różnych technologiach (półka hybrydowa)”. Natomiast z dokumentacji producenta wynika, iż do oferowanego modelu macierzy można zainstalować jedynie półkę z dyskami w formie LFF i tylko z interfejsem NL-SAS.”

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu ze specyfikacji technicznej macierzy oferowanej przez Odwołującego, gdyż została przedłożona w języku angielskim, podczas gdy z mocy przepisu § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964) wynika obowiązek przedstawienia przez stronę dokumentu, na który się powołuje, jeżeli został sporządzony w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język polski.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z ulotki (przedłożona w języku angielskim wraz z tłumaczeniem) oraz z oględzin strony internetowej znajdującej się pod adresem e.huawei.com/en/products/cloud-computing-dc/servers/pcie-ssd/es3000v3-nvme (w języku angielskim, przetłumaczona na język polski) na okoliczność dysków oferowanych przez Huawei, ustalając, że w ramach oferty produktowej wskazanej firmy występują dyski serii ES3000 VS SSD o pojemności 3,2 TB. Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z fotografii dysku o pojemności 3,2 TB, gdyż uwidoczniony nie spełnia wymagań, o których mowa w § 19 ust. 3 powołanego regulaminu. Nadto, nie ma podstaw do ustalania okoliczności już przez Izbę stwierdzonej za pomocą innego źródła dowodowego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z oględzin strony internetowej app.huawei.com/sct/configuration!showProductModel.action?projectId=129933873&productModelId=19745355 i zrzutu tej strony (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski), na której zamieszczono konfigurator, dostępny po zalogowaniu się, na okoliczność możliwości wyposażenia macierzy w dysk o pojemności wymaganej przez Zamawiającego. Izba ustaliła, że po wybraniu dysku o pojemności 3,6 TB przedmiotowe ustawienie jest możliwe do wybrania.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z certyfikatu wydanego dla Odwołującego przez Huawei na okoliczność, że jest on partnerem wskazanej firmy uznając, iż przedmiotowa okoliczność nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Izba dopuściła dowód z oświadczenia Huawei Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz z oświadczenia złożonego przez Sequence Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na okoliczność, że oferowana przez Odwołującego macierz może być wyposażona w dyski o pojemności wymaganej przez Zamawiającego oraz, że umożliwia obsługę i instalację półki gęstego upakowania, która pozwala na instalację dysków SFF, LFF w technologii SDS, SAS i NL-SAS z możliwością mieszania dysków o różnych formatach i w różnych technologiach, ustalając, że przedstawiciele ww. potwierdzili, że: *„macierz Huawei OceanStor 5800 V3 zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu została przygotowana w specjalnej konfiguracji, w celu spełnienia wymogów niniejszego postępowania. Zaoferowana macierz spełnia wszystkie wymogi zawarte w SIWZ. Dodatkowo potwierdzamy, że dana macierz może być wyposażona w dyski o pojemności co najmniej 3,2 TB. Macierz umożliwia także, z wykorzystaniem negatywnego oprogramowania Huawei – Smart Virtualization, obsługę i instalację półki gęstego upakowania, która pozwala na instalację dysków SFF (Small Form Factor), LFF (Large Form Factor) zarówno w technologii SSD, SAS i NL-SAS z możliwością mieszania dysków o różnych formatach w różnych technologiach”*.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że Zamawiający nie żądał żadnych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa spełnia wymagania Zamawiającego. Żądaniem Zamawiającego było objęte jedynie wskazanie typu, modelu i producenta oferowanego urządzenia. Odwołujący w żądany przez Zamawiającego sposób opisał oferowany produkt.

W tych okolicznościach Zamawiający mając wątpliwości co do zgodności zaproponowanego urządzenia z wymogami Zamawiającego, winien zwrócić się do Odwołującego, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z żądaniem wyjaśnień. Oczywistym jest bowiem, że pozyskanie przez Zamawiającego wiedzy, że oferowane

urządzenie może nie spełniać jego wymagań stanowi wystarczającą podstawę do wdrożenia przedmiotowego postępowania wyjaśniającego.

Zamawiający zwrócił się co prawda do Odwoływającego z wnioskiem o udzielenie przedmiotowych wyjaśnień, ale poprzestał jedynie na pytaniu, czy dla proponowanego rozwiązania dostępna jest półka gęstego upakowania, spełniająca wymagania Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający nie wskazał, z jakich powodów i na jakiej podstawie wnioskuje, że zaproponowane urządzenie wymagań tych nie spełnia.

W tych okolicznościach, zdaniem Izby, nie sposób zarzucić Odwoływającemu, że nie uczynił zadość wnioskowi Zamawiającego. W istocie bowiem Odwoływający udzielił odpowiedzi na zadane pytanie. Oczekiwanie Zamawiającego co do szczegółowego wyjaśnienia przedmiotowej kwestii i złożenia dowodów byłoby uzasadnione, gdyby Zamawiający żądanie powyższe wyartykułował, choć co do złożenia dowodów podstaw takich nie miał. W ocenie Izby, Zamawiający oczekując wyjaśnień winien wskazać, co konkretnie budzi wątpliwości i czym owe wątpliwości są umotywowane. Jeśli, jak twierdzi Zamawiający, z dostępnej Zamawiającemu specyfikacji technicznej produktu wynikało, że przedmiotowej macierzy nie sposób wyposażyć w dyski o pojemności 3,2 TB i półki hybrydowe, to winien wskazać na te okoliczności, zaś brak ich podania oraz sformułowanie konkretnego pytania powoduje, że Odwoływający został pozbawiony możliwości udzielenia wyjaśnień. Trudno bowiem oczekiwać, aby Odwoływający odgadywał przyczyny wątpliwości Zamawiającego.

W tych okolicznościach należy uznać, że Zamawiający niewłaściwie przeprowadził procedurę z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i konieczne jest jej powtórzenie. Oceny tej nie zmienia okoliczność, że Zamawiający sformułował rzeczzone zapytanie z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa i dostępność dokumentacji postępowania dla wykonawców. Zamawiający nie dostrzega bowiem, że z mocy przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, treść (czy też część) wezwania do wyjaśnień również może być objęta poufnością.

Nadto, zauważyć należy, że mocy przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy przysługuje uprawnienie do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty. W ocenie Izby, Zamawiający dokonując oceny danej oferty nie może pominąć wykonawcy, który ją złożył i nie wyjaśniając z nim wątpliwości dotyczących jego oferty. Za nieuzasadnione należy uznać takie postępowanie Zamawiającego, który ostateczną weryfikację oferty opiera o informacje pozyskane przez Zamawiającego z Internetu, nie dostrzegając potrzeby złożenia wyjaśnień przez oferenta. Co więcej, ocena ta dokonywana jest o dokumenty niewymagane w danym postępowaniu.

Nie może ująć również uwadze, że Zamawiający podstawą odrzucenia oferty uczynił okoliczność, że oferowana macierz nie może być wyposażona w dyski o pojemności 3,2 TB, gdy z treści oferty to nie wynika i jednocześnie pozbawił Odwoływającego możliwości wyjaśnienia przedmiotowej kwestii. Za absolutnie niedopuszczalne należy uznać takie

działanie Zamawiającego, który jedynie w oparciu o niewymagane w SIWZ informacje pochodzące z Internetu dokonuje odrzucenia oferty Odwołującego.

Co do informacji pozyskiwanych z Internetu, jak uczy doświadczenie życiowe, należy mieć dużą ostrożność i nie sposób traktować ich jako pewnych i aktualnych. Z pewnością również nie można postawić ich w opozycji do oświadczenia złożonego przez Wykonawcę, przyjmując, że są one wiarygodne w odróżnieniu od oświadczenia Odwołującego.

Reasumując stwierdzić należy, że brak rzetelnego wyjaśnienia ze strony Zamawiającego okoliczności istotnych dla oceny ofert Odwołującego, leży u podstaw jej odrzucenia. Jak wykazał bowiem Odwołujący, gdyby Zamawiający we właściwy sposób przeprowadził postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, miałby możliwość wykazania, że wiedza, na której oparł się Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego, nie odpowiada prawdzie. Co więcej, mógłby przedstawić na tę okoliczność również poza oświadczeniem własnym, inne dowody.

Z tych względów uznać należy, że zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp okazał się słuszny, gdyż Odwołujący w istocie został pozbawiony możliwości udzielenia wyjaśnień odnośnie treści swojej oferty. Powyższe zaś skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty Odwołującego, co oznacza, że zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 okazał się trafny.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: