

Sygn. akt: KIO 2375/17

Wyrok

z dnia 24 listopada 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2017 roku w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2017 roku przez wykonawcę: **I.T.M. Sp. z o.o. z siedzibą w G.**, ((...)), w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego**, (ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław), przy udziale wykonawcy: **B. Sp. z o.o. z siedzibą w W.**, (...), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **I.T.M. Sp. z o.o. z siedzibą w G.**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Województwa Dolnośląskiego – Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego** na rzecz odwołującego:

I.T.M. Sp. z o.o. z siedzibą w G. kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego [zwane dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Zakup Systemu Kopii Zapasowych i Archiwizacji na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579], [zwanej dalej: „ustawą Pzp”].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 sierpnia 2017 roku pod numerem 2017/S 161-332018. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 2 listopada 2017 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 10 listopada 2017 roku wykonawca - I.T.M. Sp. z o.o. z siedzibą w G. [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezgodny z przepisami Pzp oraz błędnego uznania, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego;
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że pismo zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania jest dość niejasno sformułowane, a w szczególności nie są jednoznacznie wskazane podstawy faktyczne unieważnienia, co utrudnia ustosunkowanie się do nich. Odwołujący stwierdził, że podejmując próbę rekonstrukcji tych podstaw, można wyróżnić następujące:

1. wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy - nierówne traktowanie wykonawców poprzez danie nadmiernej przewagi A. (naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp) (dalej jako „Podstawa nr 1”);
2. wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy - nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia (naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp) (dalej jako „Podstawy nr 2-5”), w tym:
 - Podstawa nr 2 - nieprecyzyjność wymogów w zakresie RAIDu10 i cache;
 - Podstawa nr 3 - nieprecyzyjność w zakresie parametrów macierzy;
 - Podstawa nr 4 - nieprecyzyjność sposobu rozbudowy macierzy do 400 dysków;
 - Podstawa nr 5 - brak opisu sposobu spełniania deduplikacji oraz procesu odwrotnego;
3. brak złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu (dalej jako „Podstawa nr 6”).

Odnosząc się do przesłanek oznaczonych numerami od 1 do 5 odwołujący podnosił, że znajdują one podstawę w tym samym przepisie, tj. w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z którego wynika, iż, aby zastosować ten przepis, muszą łącznie wystąpić następujące okoliczności: musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy

regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego oraz wada musi być niemożliwa do usunięcia.

Zdaniem odwołującego, nie zaistniała przesłanka wystąpienia wady, która skutkowałaby niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Podnosił, iż uchybienie w postępowaniu dla jego unieważnienia musi być na tyle poważne, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w następstwie procedury dotkniętej tym uchybieniem - w świetle art. 146 ustawy Pzp - podlegałaby unieważnieniu. Zwrócił uwagę na znaczącą różnicę pomiędzy dyspozycją art. 146 ust. 1 i art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, wskazując, że art. 146 ust. 1 ustawy Pzp ma brzmienie imperatywne i nakazuje unieważnienie umowy w określonych przypadkach, natomiast art. 146 ust. 6 ustawy Pzp określa możliwość unieważnienia umowy - jedynie w wypadku, gdy wniosek w tym zakresie złoży Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Odnosząc się do przesłanki unieważnienia postępowania oznaczonej przez siebie jako Podstawa nr 1, odwołujący podnosił, iż zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji szeroko odniósł się do korespondencji prowadzonej z wykonawcą A. Sp. z o.o. oraz wskazywał na nieuzasadnioną przewagę tego wykonawcy nad pozostałymi wykonawcami, z uwagi na to, że zamawiający przekazał mu informacje, których nie otrzymali pozostali uczestnicy. W ocenie odwołującego argumentacja ta jest nieuzasadniona. Według odwołującego, w zakresie przedmiotu zamówienia dla wykonawców wiążąca jest treść siwz oraz pytania i odpowiedzi do siwz. Natomiast korespondencja prowadzona przez wykonawcę A. z zamawiającym stanowi rodzaj polemiki z treścią siwz, jednakże pozostaje bez wpływu na związanie wszystkich wykonawców jej brzmieniem. Odwołujący podnosił, że wykonawca A. nie skorzystał z formalnej instytucji wyjaśnień do siwz (na podstawie art. 38 ustawy Pzp), nie zaskarżył też siwz, co mogłoby prowadzić do prawidłowej zmiany siwz. Zamiast skorzystania ze środków ochrony prawnej, wykonawca zaczął prowadzić korespondencję z zamawiającym, co przypomina negocjacje treści siwz, ale ostatecznie nie wpływa na jej treść. Odwołujący podkreślił, że pozostali wykonawcy nie wiedzieli o prowadzeniu korespondencji pomiędzy wykonawcą A. a zamawiającym. Nie wynikało to w szczególności z zawiadomienia z dnia 19.09.2017 r., w którym zamawiający

zmienił treść siwz, a tym samym treść informacji przekazanej temu wykonawcy nie zmieniła siwz i nie powinna mieć wpływu na wynik postępowania. Odwołujący podkreślił, że wykonawca A. nie był w żaden sposób uprzywilejowany w stosunku do pozostałych wykonawców. Skoro bowiem wiążąca jest treść siwz (dostępna dla wszystkich wykonawców), a nieodzwierciedlone w siwz żądania zamawiającego nie wiążą wykonawców, to uprzywilejowanie takie nie zaistniało.

Ponadto, zdaniem odwołującego, informacje przekazane wykonawcy A. przez zamawiającego nie wprowadzały go w błąd. Wykonawca ten jest profesjonalistą, od wielu lat działającym na rynku zamówień publicznych i doskonale zna procedury występujące w tych postępowaniach, a także konsekwencje zaniechań podjęcia określonych czynności. W opinii odwołującego wykonawca A. jako podmiot specjalizujący się w technologii rozwiązań IT, nie mógł zostać wprowadzony przez zamawiającego w błąd także z tego powodu, że najlepiej wie, jakie rozwiązania sprzętowe i systemowe są dopuszczalne w świetle zapisów siwz. Wielokrotnie oferował on w różnych postępowaniach rozwiązania zarówno N., jak i innych producentów, a zatem zna, albo co najmniej powinien być znać te rozwiązania i mógł je zastosować. Natomiast brak uważności tego wykonawcy nie może powodować, że postępowanie zostanie unieważnione.

W dalszej kolejności odwołujący odniósł się od podstaw unieważnienia postępowania oznaczonych przez siebie jako Podstawy nr 2 – 5.

Zauważył, że Podstawy nr 2, 4 i 5 mają wspólną cechę, a mianowicie, iż we wszystkich tych przypadkach zamawiający powołał się na nieprecyzyjność odpowiednich postanowień siwz poprzez brak odpowiednio szczegółowego uregulowania sposobu spełnienia danego wymogu technicznego. Zdaniem odwołującego, jedynym skutkiem takiego opisu jest to, że zamawiający dał wykonawcom prawo do dowolnego przyjęcia sposobu realizacji tego obowiązku, pod warunkiem, że osiągną wymagany efekt, nie naruszając innych wymogów, a także technicznego sensu takiego wymogu. Wszelkie niedokładności siwz powinny być zaś interpretowane na korzyść wykonawców, co potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10.07.2015 r. (sygn. akt I C 2/15). Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z logiką zamawiającego, każde postępowanie można by unieważnić wskazując, że jest ono nieprecyzyjne, albowiem niemal każda specyfikacja pozostawia pewne pole do interpretacji i na dwuznaczne sformułowania.

Dlatego też została stworzona instytucja pytań do siwz, aby wykonawcy mogli rozwiązać swoje wątpliwości.

Odnosząc się do Podstawy nr 2 odwołujący podnosił, iż w ramach tej podstawy w unieważnieniu postępowania zamawiający wskazał, że dla cache odczytu nie ma potrzeby stosowania RAID10, co nie znalazło odzwierciedlenia w siwz. Ponadto, w opisie przedmiotu zamówienia nie dopisał, iż uzna wymóg za spełniony przy dostarczeniu kontrolerów wyposażonych w 512 GB cache każdy.

W ocenie odwołującego fakt ewentualnej możliwości stosowania innych rozwiązań technologicznych nie ma wpływu na rozstrzygnięcie sprawy. Skoro bowiem w siwz wpisano wymóg stosowania RAID10, a siwz nie został zaskarżony, to wymóg ten wiąże wszystkich wykonawców. Natomiast, jeśli któryś z wykonawców nie miał w ofercie cache RAID10, to mógł zaskarżyć siwz w tym zakresie, argumentując, że wymóg jest nadmierny i nieadekwatny do istniejących rozwiązań technicznych. Żaden z wykonawców tego nie zrobił, a zatem, zarówno ich, jak i zamawiającego, wiąże ogłoszona treść siwz.

W Podstawie nr 3 zamawiający wskazał, że wymagał, by macierz wspierała dyski o określonych pojemnościach, co mogło spowodować ograniczenie konkurencji spowodowanej brakiem dysków o wymienionej wielkości u niektórych producentów. Zdaniem odwołującego nie stanowi to jednak podstawy do unieważnienia postępowania, gdyż każde sformułowanie siwz w jakiś sposób ogranicza konkurencję, wyklucza bowiem oferowanie określonych rozwiązań, jednocześnie dopuszczając inne rozwiązania. Odwołujący podkreślił, iż w niniejszym postępowaniu wymogi zamawiającego spełniały produkty kilku producentów (N. i E.), a zatem konkurencja nie jest tak silnie ograniczona. Są to produkty powszechnie dostępne, możliwe do zakupienia od kilku dystrybutorów. W ocenie odwołującego o tym, że postanowienia siwz nie zostały sformułowane w sposób niekonkurencyjny świadczy też fakt, że w postępowaniu złożono 3 oferty, przy czym co najmniej 2 opierają się na urządzeniach, które spełniają wymogi siwz.

Następnie, odnosząc się do Podstawy nr 4 odwołujący zauważył, iż zamawiający podnosił, że siwz nie wskazuje, w jaki sposób macierz ma być rozbudowana o kolejne dyski. Według odwołującego, skoro zamawiający nie postawił żadnego wymogu w tym zakresie, oznacza to, że wymóg należy uznać za spełniony,

jeżeli zostanie uzyskany określony efekt (rozbudowanie macierzy), natomiast sposób tego rozbudowania jest dowolny i leży w gestii wykonawców.

W Podstawie nr 5 zamawiający wskazał, że siwz nie określa, jak ma być realizowana deduplikacja i cofnięcie procesu deduplikacji. Zdaniem odwołującego, także w tym przypadku należy przyjąć, iż w braku szczegółowych wymogów w tym zakresie pozostawiono dowolność wyboru rozwiązań oferentom. Ponadto, wymogi w zakresie deduplikacji i procesu odwrotnego są spełnione przez kilka konkurencyjnych urzędzeń (N., E., H.), a zatem nie powoduje to ograniczenia konkurencji.

Następnie, odwołujący zauważył, że fakt, iż postanowienia siwz nie oddają intencji zamawiającego, nie stanowi naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W jego opinii postanowienia specyfikacji były jasne i wyczerpujące, a na ich podstawie można było dobrać odpowiednie urzędzenia i sporządzić ofertę cenową, o czym świadczy to, że w postępowaniu złożono oferty niepodlegające odrzuceniu. Natomiast, okoliczność, iż postanowienia siwz nie odzwierciedlały założeń zamawiającego, nie stanowi naruszenia przepisów Pzp. Zamawiający jest profesjonalistą i nie może przerzucać skutków swoich błędów na wykonawców. Na potwierdzenie swoich wywodów odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2017 roku o sygn. akt KIO 752/17.

Odnosząc się do Podstawy nr 6 odwołujący stwierdził, iż wprawdzie zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania wskazał wyłącznie przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, jednakże w treści pisma dodał, że nawet gdyby przesłanka ta nie zaistniała, to wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegałyby odrzuceniu jako sprzeczne z treścią siwz, a zatem postępowanie i tak podlegałoby unieważnieniu.

Z uwagi na powyższe odwołujący – z ostrożności - zakwestionował także i to ustalenie, argumentując, iż co najmniej jego oferta (a zasadniczo także i oferta wykonawcy B.) nie podlega odrzuceniu, a zatem przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie mogła zaistnieć.

W ocenie zamawiającego oferty odwołującego i wykonawcy B. podlegałyby odrzuceniu, z uwagi na fakt, że dla macierzy CPD i ZPD zamawiający w punkcie Lp. 7 wymaga, aby macierz miała możliwość rozbudowy o kolejne dyski aż do 400

dysków, a oferowane urządzenie pozwala na podłączenie do jednej macierzy maksymalnie 144 dysków. Odwołujący zaznaczył, że ten zarzut jest chybiony, albowiem urządzenie oferowane przez odwołującego - model FAS2650 można rozbudować aż do 576 dysków, co potwierdza specyfikacja zamieszczona na stronie internetowej przez samego producenta tego rozwiązania, tj. N.. Tym samym, według odwołującego, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie znajduje podstaw ani faktycznych, ani prawnych.

Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 13 listopada 2017 roku.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp: Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W dniu 16 listopada 2017 roku – w formie pisemnej (a także w formie elektronicznej) - do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego od wykonawcy B. Sp. z o.o. z siedzibą w W. [zwanego dalej: „przystępującym” bądź „B.”], przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. W toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego strony potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia.

Izba ustaliła, że wykonawca B. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie i w formie przewidzianymi w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2017 roku zgłosił opozycję względem przystąpienia wykonawcy B. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego podnosząc, iż przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił. W przystąpieniu nie przedstawiono szczegółowego stanowiska uzasadniającego interes,

w szczególności nie wskazano korzyści w rozstrzygnięciu w zakresie szansy na uzyskanie zamówienia, zapobiegnięcia określonej uszczerbkowi w postaci zmniejszenia albo pozbawienia przystępującego szansy na uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem. Zamawiający zauważył też, iż gdyby wszystkie oferty nie podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i postępowanie nie zostałyby unieważnione, to przystępujący zająłby 3 pozycję spośród 3 złożonych ofert. W toku posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego zamawiający podtrzymał swój wniosek, dodatkowo argumentując, że wykonawca B. domagał się w piśmie z dnia 12 października 2017 roku odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazując, że odwołujący pozostaje w zmowie przetargowej z wykonawcą A.. Tym samym, według zamawiającego, trudno uznać, żeby wykonawca ten miał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego. Zdaniem zamawiającego przystępujący powinien złożyć własne odwołanie domagając się jednocześnie odrzucenia oferty odwołującego.

Izba postanowiła oddalić opozycję zamawiającego ustalając, iż wykonawca B. w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego – wbrew twierdzeniom zamawiającego – w sposób wystarczający wykazał na czym polega jego interes w zgłoszeniu przystąpienia. Przystępujący podnosił, że zamawiający nie dokonał formalnej oceny ofert, stąd nie jest znany wynik postępowania przetargowego, jego oferta jest ważna i spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a także mogłaby zostać oceniona najwyżej spośród złożonych ofert, natomiast zamawiający niesłusznie i z naruszeniem przepisów prawa dokonał unieważnienia postępowania.

Izba uznała, że wykonawca B. legitymuje się interesem w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, ponieważ niewątpliwie ma interes w domaganiu się unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nakazania dokonania oceny ofert. Zamawiający nie dokonał formalnej oceny ofert, w tym oferty złożonej przez przystępującego, nie dokonał ich klasyfikacji, jak również nie odrzucił żadnej z nich. Nie jest też zasadne twierdzenie zamawiającego, że skoro przystępujący domagał się w toku postępowania przetargowego odrzucenia oferty odwołującego, podnosząc, iż pozostaje on w zmowie przetargowej z innym wykonawcą, to obecnie

nie ma żadnego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego. Interes przystępującego wyraża się bowiem w tym, że w przypadku uwzględnienia odwołania, unieważniona zostałaby czynność unieważnienia postępowania, a tym samym wykonawca ten miałby szansę na ocenę swojej oferty i być może na jej wybór.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że wykonawca B. skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Także w dniu 21 listopada 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (drogą elektroniczną oraz za pośrednictwem faksu) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

W tym samym dniu wykonawca B. złożył pismo przygotowawcze, zawierające ustosunkowanie się do odpowiedzi na odwołanie zamawiającego.

Ponadto, w dniu 22 listopada 2017 roku zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej wydruk korespondencji mailowej prowadzonej z A.E. Sp. z o.o. z siedzibą w K. dotyczącej macierzy N. serii FAS i możliwości ich rozbudowy.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentów zawartych w dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z ich zmianami (dalej zwanej: „SIWZ”), korespondencji przeprowadzonej przez zamawiającego z wykonawcami, w tym z wykonawcą A. Sp. z o.o., informacji zamawiającego z dnia 2 listopada 2017 roku o unieważnieniu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 21 listopada 2017 roku, piśmie przystępującego z dnia 21 listopada 2017 r., a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w trakcie posiedzenia i rozprawy.

Izba oddaliła wnioski o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- dokumentu załączonego do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 21 września 2017 roku, sporządzonego w języku angielskim (bez tłumaczenia na język polski), stanowiącego załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie (*N. FAS2600 Series Hybrid Storage Systems*);
- dokumentów złożonych przez odwołującego w toku rozprawy w dniu 22 listopada 2017 roku w postaci zapytań ofertowych o numerach 15361030 oraz 15361050, sporządzonych w języku angielskim (bez tłumaczenia na język polski).
- wydruku korespondencji e-mailowej prowadzonej przez zamawiającego z A.E. Sp. z o.o., przesłanej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przy piśmie z dnia 22 listopada 2017 roku, jako, że zamawiający nie przedłożył odpisów tej korespondencji dla odwołującego i przystępującego, co oświadczył do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Zgodnie bowiem z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.]: *Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.* Zgodnie zaś z § 24 ust. 2 powołanego powyżej Rozporządzenia: *Pisma przedkładane w toku rozprawy przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnoszą również w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały

przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający w załączniku nr 1 do umowy (stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ) – Szczegółowy opis przedmiotu umowy - dla macierzy do CPD i odpowiednio dla macierzy do ZPD określił następujące wymagania:

- Lp. 2 - *Macierz musi posiadać dwa kontrolery wyposażone przynajmniej 36GB cache każdy, 512GB pamięci flash na kontroler akceleracji odczytów lub dodatkowy cache o pojemności 2 TB na kontroler realizowany za pomocą dysków SSD skonfigurowanych w RAID 10 z min. 6 dysków. Macierz musi umożliwiać poszerzenie pamięci Cache za pomocą dysków SSD do 4TB natomiast funkcjonalność SSD Cache nie może być realizowana przy pomocy dysków SSD w formie Tieringu. Podczas braku zasilania, dane nie zapisane na dyski, przechowywane w pamięci muszą być zabezpieczone za pomocą utrzymania baterijnego przez minimum 72 godziny lub poprzez zrzut pamięci Cache na Flash. Macierz musi pozwalać na rozbudowę do klastra 6 kontrolerów.*
- Lp. 7 - *Macierz musi zawierać 48 dysków 1,8 TB, SAS 10K, wspierać dyski SSD 800GB, 960GB, 1600GB, 3800GB, SAS 900GB, 1200GB, 1800GB, SATA/NL-SAS 4TB, 6TB, 8TB, 10TB. Musi mieć możliwość rozbudowy o kolejne dyski aż do 400 dysków oraz rozbudowę do modeli wyższych.*
- Lp. 11 - *Macierz musi posiadać funkcjonalność eliminacji (deduplikacji) identycznych bloków danych, którą można stosować na macierzy/danych produkcyjnej dla wszystkich rodzajów danych, jak również powinno mieć możliwość czynności odwrotnej tzn. cofnięcia procesu deduplikacji na zdeduplikowanym wolumenie. Jeżeli oferowane rozwiązanie nie posiada funkcjonalności deduplikacji danych, zamawiający wymaga dostarczenia 4-krotności przestrzeni.*

W dniu 19 września 2017 roku zamawiający zmienił treść SIWZ wskazując m.in., że: „zmienia treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej SIWZ, w zakresie Załącznika nr 5 do SIWZ tj. Wzoru umowy, w następujący sposób:

> Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia

Etap nr 1 - Dostawa urządzeń - Macierz do CPD

Lp. 7 otrzymuje brzmienie: „Macierz musi zawierać 48 dysków 1,8 TB, SAS 10K lub mniejsze dającą tą samą pojemność RAW, wspierać dyski SSD z przedziału od 400GB do 3200GB lub o większej pojemności, dyski SAS z przedziału od 900 TB do 1800GB, dyski SATA/NL-SAS z przedziału od 4 TB do 10TB. Musi mieć możliwość rozbudowy o kolejne dyski aż do 400 dysków oraz rozbudowę do modeli wyższych”.

W ramach przedmiotowego postępowania oferty złożyło trzech wykonawców, w tym m.in. odwołujący. Wykonawcy zaoferowali macierze N. FAS2650, N. FAS2620 (odwołujący i przystępujący) oraz H.O.S. (wykonawca A.).

Zamawiający pismem z dnia 2 listopada 2017 roku zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający w pierwszej kolejności szeroko odniósł się do korespondencji prowadzonej z pełnomocnikiem wykonawcy A., zapoczątkowanej zawiadomieniem pochodzącym od tego pełnomocnika o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, polegającym na określeniu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, w szczególności w odniesieniu do wymagań dla macierzy CPD i ZPD, a także wymagań dotyczących biblioteki taśmowej.

Następnie zamawiający podał, że do terminu wyznaczonego na składanie ofert do zamawiającego wpłynęły 3 oferty wykonawców, którzy zaoferowali odpowiednio urządzenia producentów: N. Inc. N. macierz FAS2650 FAS2620; N. (CPD) N. FAS2650, N. (ZPD) N. FAS2620; H.O.S.. Zamawiający wskazał też, że wykonawcy B. oraz I. wystosowali do niego pisma dotyczące nie spełniania wymogów SIWZ przez ofertę wykonawcy A.. Zamawiający wezwał tego wykonawcę do wyjaśnień treści oferty. Z wyjaśnień wynikało, że oferując urządzenia producenta H., wykonawca A. kierował się treścią pisma, jakie otrzymał od zamawiającego i z którego wynikało, iż produkt H. spełnia wymogi SIWZ. W konsekwencji wykonawca A. przyznał, że rozumie, iż zamawiający dokonał zmiany SIWZ również

w zakresie macierzy ZPD i zaoferował urządzenia, które spełniają wymogi zamawiającego jedynie wówczas, gdyby zamawiający dokonał faktycznie zmiany SIWZ również w tym zakresie.

W dalszej kolejności zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania podnosił, że wyjaśnienia oraz treść pism wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, wskazują, iż opracowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia od samego początku był nieprecyzyjny i pozostawiał dużą dowolność interpretacji zapisów, co w konsekwencji doprowadziło do nieporównywalności ofert, w szczególności:

- 1) odnośnie punktu Lp. 2 opisu przedmiotu zamówienia macierzy do CPD i macierzy do ZPD – zamawiający wskazywał, że dla cache odczytu nie ma potrzeby stosowania RAIDu10, gdyż zapełnia się on w miarę pracy urządzenia i zawiera kopię danych do szybszego odczytu, a zatem awaria dysku cache nie grozi utratą danych. Według zamawiającego zapis ten jest nieprecyzyjny co uniemożliwia zastosowanie, dobranie odpowiedniego rozwiązania. Dodatkowo, nie napisał wprost, iż uzna wymaganie za spełnione w przypadku dostarczenia kontrolerów wyposażonych w 512GB cache każdy;
- 2) odnośnie punktu Lp. 7 opisu przedmiotu zamówienia macierzy do CPD i macierzy do ZPD – zamawiający wskazywał, iż wymagał, aby macierz wspierała określone dyski, co mogło doprowadzić do ograniczenia konkurencji spowodowanej brakiem dysków o wymienionej wielkości u niektórych producentów. Zauważył też, iż w dniu 19.09.2017 r. zmienił zapisy SIWZ, ale tylko dla macierzy do CPD, przy czym obie macierze muszą być tego samego typu ze względu choćby na wymaganą replikację, zatem zmiana ta uniemożliwiła złożenie prawidłowej oferty i w znaczący sposób ograniczyła liczbę oferentów;
- 3) zamawiający wymagał także, aby macierz miała możliwość rozbudowy o kolejne dyski, aż do 400 dysków, niestety nie sprecyzował w jaki sposób ma być realizowany ten wymóg, czy przez dołożenie macierzy (kontrolerów) wraz z półkami dyskowymi czy przez dołożenie samych półek dyskowych. W ocenie zamawiającego brak precyzyjnych zapisów uniemożliwił złożenie poprawnej oferty;

- 4) odnośnie punktu Lp. 11 opisu przedmiotu zamówienia macierzy do CPD i macierzy do ZPD – zamawiający wskazywał, iż wymagał, aby macierz posiadała funkcjonalność deduplikacji oraz czynności odwrotnej tzn. cofnięcia procesu deduplikacji. Zdaniem zamawiającego, zapis sformułowany przez niego nie określa precyzyjnie jak realizowana ma być deduplikacja w przedmiocie zamówienia, jak również czynność cofnięcia tego procesu, co może budzić wątpliwości w jaki sposób ma być ta funkcjonalność realizowana: ręcznie, automatycznie, na macierzy, L., czy np. poprzez skopiowanie danych ze zdeduplikowanego wolumenu.

Dalej, zamawiający wskazał, że jego intencją było dopuszczenie do udziału w postępowaniu jak największego kręgu wykonawców, m.in. tych, którzy zaoferowaliby produkty firmy H., przy czym takie intencje były znane tylko jednemu z wykonawców, tj. wykonawcy A., natomiast nie wynikały z dokonanej w dniu 19.09.2017 roku zmiany SIWZ. Zamawiający podniósł, iż stanowi to naruszenie art. 7 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców, tj. brak dostępu do udzielonych informacji wszystkim wykonawcom oraz naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, co uniemożliwiło złożenie prawidłowej oferty doprowadzając do sytuacji złożenia ofert, których treści nie można porównać.

Zamawiający podkreślił, że w konsekwencji oznacza to, że czytając literalnie zapisy SIWZ żaden z wykonawców nie złożył ważnej oferty, gdyż:

- 1) wykonawca A. oferujący urządzenia producenta H. nie spełnia wymogów SIWZ, ponieważ oferowana przez niego macierz do ZPD nie wspiera dysków określonych przez zamawiającego w pkt Lp. 7.
- 2) wykonawcy I. i B. oferujący urządzenia producenta N. nie spełniają wymogów SIWZ, ponieważ dla macierzy CPD i ZPD zamawiający wymagał, aby macierz miała możliwość rozbudowy o kolejne dyski aż do 400. Zaoferowane urządzenia N. FAS 2650 i FAS 2620 nie spełniają tego wymogu, bowiem producent na stronie wskazuje, że do jednej macierzy można podłączyć maksymalnie 144 dyski.

Zamawiający zauważył również, że nawet gdyby doszło do rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania to wszystkie oferty zostałyby odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadające treści SIWZ, a w konsekwencji

postępowanie zostałyby unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Reasumując, zamawiający stwierdził, iż nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia i błędnie dokonana zmiana SIWZ spowodowała naruszenie zasad postępowania określonych w art. 7 ust. 1 oraz w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, a w szczególności zasadę uczciwej konkurencji. Zdaniem zamawiającego, z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że wymienione incydenty mogły spowodować brak możliwości złożenia oferty przez część potencjalnych wykonawców.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Natomiast przepis art. 146 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, iż: *Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.*

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i co słusznie podnosił również odwołujący, przesłanka unieważnienia postępowania opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje zastosowaniem tego przepisu, tj. musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wada musi być niemożliwa do usunięcia.

Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2017 roku, sygn. akt KIO 1435/17 oraz z dnia 2 grudnia 2016 roku, sygn. akt KIO 2066/16].

Nie ulega wątpliwości, iż instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy. Uchybienie przepisom ustawy musi być na tyle poważne, że zawarta w następstwie dotkniętej nim procedury umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu.

W ocenie Izby nie wykazano, by ziszczyły się przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w tym postępowaniu.

Słuszność też należy przyznać twierdzeniom odwołującego, że informacja o unieważnieniu postępowania jest dość niejasno sformułowana, w szczególności w zakresie podstaw faktycznych.

Niemniej jednak, co też odwołujący podnosił, w drodze analizy całości informacji o unieważnieniu postępowania możliwe jest ustalenie podstaw faktycznych tej czynności.

Rekonstruując treść informacji w przedmiocie unieważnienia postępowania można bowiem stwierdzić, że zamawiający wywodzi wadliwość w tym postępowaniu, m.in. z tej przyczyny, iż prowadząc korespondencję z jednym z wykonawców, tj. z wykonawcą A., nie przekazał informacji udzielonych temu wykonawcy pozostałym uczestnikom postępowania, co miało stanowić naruszenie art. 7 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców, a jednocześnie w ramach prowadzonej korespondencji wprowadził tego wykonawcę w błąd, zapewniając go, iż urządzenia producenta H. spełniają wymagania SIWZ, w następstwie czego wykonawca A. zaoferował to urządzenie, które jednak nie odpowiada treści SIWZ.

W ocenie Izby okoliczności te nie przesadzają o wystąpieniu wady postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Przede wszystkim należy podkreślić, iż wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wiąże treść SIWZ, modyfikacje treści SIWZ, a także wyjaśnienia treści SIWZ udzielone w trybie art. 38 ustawy Pzp. Zasadne jest stanowisko odwołującego, iż korespondencja prowadzona

przez zamawiającego z wykonawcą A. stanowiła rodzaj polemiki wobec postanowień SIWZ, natomiast w żaden sposób nie wpływała na związanie wykonawcy, z którym zamawiający ją prowadził, ani tym bardziej na związanie pozostałych wykonawców, informacjami z niej wynikającymi.

Wykonawca biorący udział w postępowaniu jest profesjonalistą i to on powinien wiedzieć czy urządzenia jakie oferuje odpowiadają treści SIWZ, a nie powoływać się na stanowisko zamawiającego, wyrażone poza trybem przewidzianym w ustawie Pzp [art. 38 ustawy Pzp], które rzekomo wprowadzało tego wykonawcę w błąd. Należy zwrócić uwagę, że wykonawca A. zaniechał w ogóle podjęcia przysługujących mu środków ochrony prawnej, w tym wniesienia odwołania wobec treści SIWZ czy wystąpienia do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie określonym w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Na marginesie Izba stwierdza, że z treści korespondencji, o której mowa powyżej, wynika, iż zamawiający odpowiadając na zarzuty wykonawcy A. odnosił się do postanowień SIWZ dotyczących macierzy do CPD, nie wspominając o macierzy do ZPD. Z kolei ogólne stwierdzenie zamawiającego, iż według jego wiedzy dany produkt spełnia wymagania SIWZ, nie mogło wprowadzać wykonawcy w błąd, który najlepiej wie jaki produkt oferuje i jaka jest jego specyfikacja. Wykonawca działając z należytą starannością powinien zweryfikować postanowienia SIWZ oraz ocenić czy produkt, który zamierza zaoferować, spełnia wymagania zamawiającego wyrażone w SIWZ.

Odnosząc się do przesłanki unieważnienia postępowania, z uwagi na naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, tj. brak dostępu do udzielonych informacji wszystkim wykonawcom, stwierdzić należy, iż zamawiający nie wykazał, że przekazując jakiegokolwiek informacje tylko jednemu z nich (tj. wykonawcy A.), w drodze korespondencji, prowadzonej poza ustawowym trybem wyjaśnień do SIWZ, naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, co miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwagi poczynione odnośnie związania wykonawców wyłącznie treścią SIWZ pozostają aktualne.

Ponadto, z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania można wywieść, że zamawiający upatruje bezprawnego zaniechania przekazania informacji

pozostałym wykonawcom wyłącznie w zakresie wyrażenia swoich intencji, a mianowicie, że chciał dopuścić do udziału w postępowaniu jak najszerszy krąg wykonawców, m.in. tych, którzy zaoferowaliby produkty firmy H..

Oczywistym jest, iż w każdym postępowaniu zamawiający powinien mieć na uwadze dopuszczenie do udziału w postępowaniu jak najszerszego kręgu wykonawców. Natomiast to do wykonawców należy rozeznanie czy mogą zaoferować produkt/ usługę zgodne z oczekiwaniami zamawiającego, wyrażonymi w treści SIWZ.

Ponadto, zamawiający wywodzi wadliwość w tym postępowaniu także z uwagi na naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, co uniemożliwiło złożenie prawidłowej oferty doprowadzając do sytuacji złożenia ofert, których treści nie da się porównać. Zdaniem zamawiającego opis przedmiotu zamówienia był od samego początku nieprecyzyjny i pozostawiał dużą dowolność interpretacji zapisów.

Podnieść należy, że nie każde nieprecyzyjne postanowienie SIWZ będzie stanowiło wadę postępowania, przesądzającą o konieczności unieważnienia postępowania. Fakt, iż zamawiający nie doprecyzował pewnych postanowień nie czyni jeszcze opisu przedmiotu zamówienia niejednoznacznym w takim zakresie, aby oferty nie mogły być uznane za porównywalne przedmiotowo. Wielokrotnie zdarza się, że postanowienia SIWZ są nieprecyzyjne, czy też pozwalają wykonawcom na pewną swobodę co do określenia przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do tej przesłanki unieważnienia postępowania, Izba zauważa, że w tym postępowaniu zostały złożone 3 oferty. Wbrew twierdzeniom, podnoszonym przez zamawiającego na rozprawie, nie można uznać, że zamawiający dokonał formalnej oceny ofert, skoro nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, jak i nie odrzucił żadnej z ofert. Zamawiający dopiero przewiduje, że gdyby doszło do rozstrzygnięcia postępowania to wszystkie oferty zostałyby odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niemniej jednak takiej czynności nie dokonał.

Zamawiający odnosząc się do postanowień SIWZ – zawartych w załączniku nr 1 do umowy (stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ) – Szczegółowy opis przedmiotu umowy – w pozycjach Lp. 2 oraz Lp. 7 wskazywał, że są one

nieprecyzyjne i uniemożliwiają dobranie odpowiedniego rozwiązania, czy też, że uniemożliwiają złożenie poprawnej oferty. Tymczasem, jak wyżej wskazano, w ramach przedmiotowego postępowania, złożono trzy oferty, przy czym żadna z ofert złożonych w tym postępowaniu nie została oceniona negatywnie i nie została odrzucona.

Zamawiający nie wykazał również, że oferty złożone w tym postępowaniu są ze sobą nieporównywalne. W żaden sposób nie wynika to z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 2 listopada 2017 roku, które co do zasady zawiera jedynie ogólnikowe stwierdzenia, bez żadnego odniesienia do sytuacji faktycznej zaistniałej w tym postępowaniu. Pewne twierdzenia w tym zakresie zamawiający przedstawił dopiero na rozprawie, ale nie wynikają one w ogóle z decyzji unieważnienia postępowania, znajdującej swoje odzwierciedlenie w treści zawiadomienia, która to decyzja stanowiła podstawę wniesienia odwołania. Przykładowo - na rozprawie - zamawiający podnosił kwestię konieczności poniesienia znacząco wyższych kosztów w przypadku dopuszczenia możliwości rozbudowy macierzy aż do 400 dysków przez skalowanie, wskazując, iż w tym zakresie złożone oferty są nieporównywalne. Natomiast, w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamawiający podał jedynie, iż nie sprecyzował w jaki sposób ma być realizowany wymóg rozbudowy macierzy o kolejne dyski, aż do 400 dysków, a brak precyzyjnych zapisów uniemożliwił złożenie poprawnej oferty. Z tak przedstawionego uzasadnienia nie wynika, aby zaistniała wada postępowania obligująca zamawiającego do unieważnienia postępowania. Uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego wskazuje jedynie bowiem na pewne niedoprecyzowanie w zakresie określenia sposobu rozbudowy macierzy, co nie przesądza o niemożliwości złożenia poprawnej oferty, a jedynie może świadczyć o pewnej swobodzie pozostawionej wykonawcom w tym zakresie. Izba stwierdza, że ta uwaga została poczyniona w kontekście treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, w którym zamawiający wskazał na możliwość takiej interpretacji omawianego postanowienia. Natomiast, wskazać też należy, że interpretacja tego postanowienia - w kontekście badania i oceny złożonych ofert - nie jest przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu. Tym samym, Izba nie przesądza czy postanowieniem zawartym w poz. Lp. 7 zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę co do wyboru sposobu rozbudowy macierzy

przez dołożenie macierzy bądź poprzez dołożenie samych półek dyskowych, czy może raczej postanowienie to należy rozumieć jako wymóg odnoszący się do zaoferowanej macierzy, a zatem wskazujący na konieczność rozbudowy tej konkretnej macierzy poprzez dołożenie samych półek dyskowych.

Zamawiający nie wykazał również, że wymagania opisane w SIWZ, w tym m.in. w zakresie pojemności dysków macierzy do ZPD w sposób znaczący ograniczyły liczbę oferentów. Zamawiający bowiem w dalszej części zawiadomienia powołuje się jedynie na fakt, że jego intencją było dopuszczenie do udziału w postępowaniu jak największego kręgu wykonawców, m.in. tych którzy zaoferowaliby produkty firmy H.. Dodatkowo wskazuje, iż: *„z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że ww. incydenty mogły spowodować brak możliwości złożenia oferty przez część potencjalnych wykonawców”*. Treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wskazuje, że decyzja zamawiającego oparta była raczej na domniemaniach, niż na dokonaniu rzetelnej weryfikacji sytuacji rynkowej. Zastanawiające jest też powoływanie się przez zamawiającego - w kontekście ograniczenia konkurencji- zarówno w informacji o unieważnieniu, jak i w odpowiedzi na odwołanie, wyłącznie na linię produktów H.. Niezrozumiałe jest bowiem odnoszenie aspektu ograniczenia konkurencji tylko i wyłącznie do wykonawców, którzy prawdopodobnie zaoferowali produkt nie spełniający określonych wymagań SIWZ w danym postępowaniu.

Ponadto, zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego podnosił, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje na produkt nieistniejący na rynku, a umowa zobowiązująca wykonawcę do jego dostawy dotyczyłaby tym samym świadczenia niemożliwego. Niemniej jednak nie wykazał też tego w żaden sposób. Przeczy temu choćby fakt, iż nadal w postępowaniu są ważne i nie odrzucone oferty. Z drugiej też strony sam zamawiający przyznał na rozprawie, iż istnieje produkt, który spełniałby wymagania w zakresie pojemności dysków i rozbudowy macierzy do 400 dysków, a mianowicie macierz N. 8200 (nie zaoferowany w tym postępowaniu). Tym samym, stanowisko zamawiającego jest wewnątrznie sprzeczne.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Izba uznała za uzasadniony.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, Izba uznała za przedwczesny.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.*

Sam odwołujący podnosił ten zarzut z ostrożności, stwierdzając, iż zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania wskazał wyłącznie przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Podkreślił jednak, że zamawiający dodatkowo wskazał, iż nawet, gdyby przesłanka ta nie zaistniała, to wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegałyby odrzuceniu jako sprzeczne z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), dlatego też postępowanie i tak podlegałoby unieważnieniu. W konsekwencji odwołujący – ostrożności - podniósł również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie stanowił podstawy unieważnienia postępowania. Zamawiający powołał ten przepis wyłącznie hipotetycznie, niejako na marginesie dokonywanej czynności, o czym świadczy chociażby, zawarte w treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 2 listopada 2017 roku, sformułowanie: *„Gdyby nawet doszło do rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, to wszystkie oferty wbrew intencjom Zamawiającego, ale zgodnie z SIWZ zostałyby odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako nie odpowiadające treści SIWZ, a w konsekwencji postępowanie zostałoby unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu”*. Nie ulega jednak wątpliwości, że zamawiający nie dokonał formalnej oceny ofert i nie odrzucił żadnej z nich, jako niezgodnej z treścią SIWZ, a w konsekwencji nie unieważnił również postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe wynika zarówno z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 2 listopada 2017 roku, jak również z treści protokołu postępowania o udzielenie zamówienia.

Tym samym, zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należało uznać za przedwczesny.

W konsekwencji Izba uznała za nieprzydatne do rozstrzygnięcia odwołania dowody z następujących dokumentów :

- oświadczenia firmy N. Polska z dnia 3 listopada 2017 r. oraz oświadczenia firmy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., złożonych przez odwołującego w toku rozprawy w dniu 22 listopada 2017 roku na okoliczność zgodności jego oferty z treścią SIWZ,
- oświadczenia dystrybutora producenta N. o spełnieniu wymogu rozbudowy macierzy o dyski w ilości większej niż 400 szt., załączonego do pisma przystępującego z dnia 21 listopada 2017 roku oraz
- wydruku broszury informacyjnej ze strony B., złożonego przez zamawiającego w toku rozprawy w dniu 22 listopada 2017 roku na okoliczność wspierania przez macierz FAS2600 jedynie 144 dysków.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp: *W wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp: Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

W niniejszej sprawie, Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – uwzględniła odwołanie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa procesowego w wysokości 3.600 zł.

Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z uiszczonym wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2) lit. b), a także § 5 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....