

Sygn. akt: KIO 206/18

WYROK

z dnia 16 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lutego 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 lutego 2018 r.** przez wykonawcę **Koncept sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Krajową

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Koncept sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Koncept sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Koncept sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego Prokuratury Krajowej kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 5 lutego 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Koncept sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Prokuraturze Krajowej (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Computex sp. z o.o. pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- 2) Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Computex sp. z o.o. pomimo przedstawienia przez tego wykonawcę w ofercie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert; (ii) odrzucenia oferty złożonej przez Computex sp. z o.o. oraz wykluczenia z postępowania tego wykonawcy.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał co następuje:

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że stosowanie do rozdziału III pkt 3 SIWZ opis przedmiotu zamówienia został zawarty w treści załącznika nr 1 do SIWZ. W pkt 3 ppkt 2) tego załącznika (nazwa podzespołu „pojemność”) Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

„Model oferowanej macierzy musi obsługiwać przestrzeń dyskową w trybie tzw. surowym (RAW) minimum 8000 TB bez konieczności wymiany zainstalowanych kontrolerów - wymagana zgodność z zapisami aktualnej na moment składania oferty specyfikacji technicznej macierzy, udostępnionej publicznie na stronie internetowej producenta lub jego przedstawiciela w Polsce.”

W ocenie Odwołującego z oferty złożonej przez Computex sp. z o.o. wynika, iż zaoferował on macierz firmy Dell EMC, model: Unity 500. Odwołujący zauważył, że dokonując oceny spełnienia przez ten model macierzy cytowanego wyżej wymagania SIWZ należy wskazać na brak spełnienia wymogu dotyczącego obsługi przestrzeni dyskowej w trybie surowym RAW minimum 8000 TB. Jak wynika z treści aktualnej na moment składania ofert specyfikacji technicznej ww. modelu macierzy, udostępnionej na stronie internetowej producenta, jak również innych dokumentów technicznych odnoszących się do ww. urządzenia, obsługuje ona przestrzeń dyskową w trybie surowym (RAW) max 7800 TB (7.8 PB).

Uwzględniając powyższe, w ocenie Odwołującego, oferta Computex sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ, co prowadzi do konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że stosownie do treści załącznika nr 1 do SIWZ, pkt 6 ppkt 7), Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

„Macierz musi umożliwiać skonfigurowanie każdego zainstalowanego dysku hot-plug jako dysk hot-spare (dysk zapasowy) w trybach:

- a. hot-spare dedykowany dla zabezpieczenia tylko wybranej grupy dyskowej RAID
- b. hot-spare dla zabezpieczenia dowolnej grupy dyskowej RAID.

W przypadku awarii dysku fizycznego i wykorzystania wcześniej skonfigurowanego dysku zapasowego wymiana uszkodzonego dysku na sprawny nie może powodować powrotnego kopiowania danych z dysku hot-spare na wymieniony dysk (tzw. CopyBackLess)."

W ocenie Odwołującego analizując spełnienie ww. wymagania przez oferowaną przez Computex sp. z o.o. macierz Unity 500 firmy Dell EMC należy stwierdzić, że nie spełnia ona wymogu dotyczącego możliwości skonfigurowania każdego zainstalowanego dysku hot-plug jako dysku hot-spare tj. dysku zapasowego w trybie hot spare dla zabezpieczenia dowolnej grupy dyskowej RAID. Stosownie bowiem do treści dokumentacji technicznej producenta dotyczącej ww. modelu, jak również innych dokumentów technicznych odnoszących się do niego, pierwsze cztery dyski systemu Dell EMC, będące dyskami systemowymi (pojemność tych dysków wykorzystywana jest do przechowywania informacji konfiguracyjnych i innych krytycznych danych systemowych), nie mogą być używane jako zapasowe dla dysku

niesystemowego. Odwołujący wskazał ponadto, iż stosownie do pkt 6 ppkt 1) załącznika nr 1 do SIWZ wszystkie dyski wspierane przez macierz, w tym dyski systemowe, miały być wykonane w technologii hot-plug, co potwierdza, że również tych dysków dotyczył wymóg możliwości skonfigurowania w trybie hot-spare.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Odwołującego, oferta Computex sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ, co prowadzi do konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut nr 3

Odwołujący wskazał, że stosownie do treści załącznika nr 1 do SIWZ, pkt 5: „Macierz musi zapewniać poziom zabezpieczenia danych na dyskach definiowany poziomami RAID: 0,1,10, 5, 50, 6”.

W ocenie Odwołującego analizując spełnienie ww. wymagania przez oferowaną przez Computex sp. z o.o. macierz Unity 500 firmy Dell EMC wskazuje, że nie zapewnia ona zabezpieczenia danych definiowanego na poziomie RAID 50. Ustalenie to znajduje jednoznaczne potwierdzenie w treści dokumentacji technicznej ww. modelu macierzy, w tym wynika z informacji pochodzących ze strony internetowej producenta. Oferowany model macierzy posiada następujące opcje RAID: 1/0, 5 i 6.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach opisanych w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 mamy do czynienia z zaistnieniem podstaw do wykluczenia Computex sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp. Niewątpliwie, w sytuacji w której ze specyfikacji technicznej oferowanego modelu macierzy, dostępnej na stronie internetowej producenta, wynika choćby, że max przestrzeń dyskowa w trybie RAW wynosi 7800 TB, a Odwołujący oświadcza, że wynosi 8000 TB, to mamy do czynienia przynajmniej z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do pozostałych

wymagań SIWZ, których spełnienie w odniesieniu do oferty Computex sp. z o.o. jest kwestionowane przez Odwołującego.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami (dalej „**SIWZ**”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę wykonawcy Computex sp. z o.o. sp.k. (dalej „**Przystępujący**”) na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iv) dokumenty załączone do pisma Odwołującego z dnia 14 lutego 2018 r. tj. tłumaczenie z wycinka specyfikacji technicznej macierzy DELL EMC, Unity 500, tłumaczenie wydruków ze strony internetowej producenta DELL „wprowadzenie do platformy”, System pamięci masowej EMC Unity, Zgodność macierzy z dyskami i OE, wydruk informacji internetowej na temat dysków hot – spare, DELL EMC Unity – Najlepszy Praktyczny Przewodnik – na okoliczność wykazania, iż macierz zaoferowana przez Przystępującego nie spełnia wymogów Zamawiającego; (v) wydruk ze strony internetowej Dell dot. DELL EMC Unity 500 Hybrid Flash Storage z dnia 2 stycznia 2018 r., dokument Unity Overview, z data sierpień 2017 r., oświadczenia Dell EMC z dnia 14 lutego 2018 r., wyciąg z dokumentacji Dell EMC Unity Hybrid Storage, wyciąg z dokumentacji Dell EMC Unity Family – na okoliczność wykazania, iż macierz zaoferowana przez Przystępującego spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ;

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiając prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa przestrzeni dyskowej Prokuratury Krajowej”.

Zgodnie z pkt III.6 w celu potwierdzenia, że oferowane przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego, Zamawiający żądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą wypełnionego oraz podpisanego przez wykonawcę Załącznika nr 1 do SIWZ – Specyfikacja techniczna sprzętu.

W załączniku nr 1 do SIWZ – Specyfikacja Techniczna Sprzętu, Zamawiający określił wymogi odnośnie przedmiotu zamówienia.

W pkt 3 ppkt 2) tego załącznika (nazwa podzespołu „pojemność”) Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

„Model oferowanej macierzy musi obsługiwać przestrzeń dyskową w trybie tzw. surowym (RAW) minimum 8000 TB bez konieczności wymiany zainstalowanych kontrolerów - wymagana zgodność z zapisami aktualnej na moment składania oferty specyfikacji technicznej macierzy, udostępnionej publicznie na stronie internetowej producenta lub jego przedstawiciela w Polsce.”

pkt 5 - „Macierz musi zapewniać poziom zabezpieczenia danych na dyskach definiowany poziomami RAID: 0,1,10, 5, 50, 6”.

pkt 6 ppkt 7), Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

„Macierz musi umożliwiać skonfigurowanie każdego zainstalowanego dysku hot-plug jako dysk hot-spare (dysk zapasowy) w trybach:

- a. hot-spare dedykowany dla zabezpieczenia tylko wybranej grupy dyskowej RAID
- b. hot-spare dla zabezpieczenia dowolnej grupy dyskowej RAID.

W przypadku awarii dysku fizycznego i wykorzystania wcześniej skonfigurowanego dysku zapasowego wymiana uszkodzonego dysku na sprawny nie może powodować powrotnego kopiowania danych z dysku hot-spare na wymieniony dysk (tzw. CopyBackLess).”

W odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2017 r. oświadczył, iż dopuszcza macierz umożliwiającą skonfigurowanie każdego zainstalowanego dysku hot – plug jako dysku hot – spare (dysk zapasowy) tylko dla zabezpieczenia dowolnej grupy dyskowej RAID.

Izba ustaliła, że termin składania ofert upływał w dniu 8 stycznia 2018 r.

Zgodnie z protokołem otwarcia ofert w postępowaniu złożono 5 ofert.

Izba ustaliła, że Przystępujący wraz z ofertą złożył wypełniony Załącznik nr 3 – Specyfikacja techniczna sprzętu. Przystępujący zaoferował urządzenie Unity 500, producent Dell EMC.

Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 26 stycznia 2018 r., za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego są niezasadne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się.

Wskazać należy, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż niezgodność treści oferty ma dotyczyć wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący argumentował, że zaoferowana przez Przystępującego macierz dyskowa nie spełnia wymagań Zamawiającego zawartych w pkt 3 ppkt 2) załącznika nr 1 do SIWZ tj. wymogu, aby macierz obsługiwała przestrzeń dyskową w trybie tzw. surowym na poziomie minimum 8000 TB. Nie ulega wątpliwości, iż Przystępujący potwierdził spełnienie powyższego warunku. Złożył bowiem zgodnie z żądaniem Zamawiającego wypełniony załącznik nr 1 do SIWZ – Specyfikacja techniczna sprzętu, oświadczając, iż macierz dyskowa Unity 500 Dell obsługuje przestrzeń dyskową w trybie tzw. surowym na wymaganym minimalnym poziomie. Odwołujący zaś zakwestionował spełnienie powyższej funkcjonalności powołując się na wydruki specyfikacji technicznej dostępne na stronie internetowej producenta. Izba, po dokonaniu analizy złożonych dowodów na rozprawie, uznała, że Przystępujący spełnił w/w wymaganie. Izba uznała w tym zakresie za wiarygodne oświadczenie producenta macierzy, podpisane przez prawidłowo umocowanych przedstawicieli firmy, z którego z sposób niebudzący wątpliwości, wynika, że macierz zaoferowana przez Przystępującego spełnia wymagania w zakresie przestrzeni dyskowej.

Izba również uznała za wiarygodny dowód złożony przez Przystępującego w postaci wydruku ze strony internetowej producenta z dnia 2 stycznia 2018 r. dotyczącego urządzenia Dell EMC Unity 500 Hybrid Flash Storage, gdzie na stronie 3 wskazanie jest, iż urządzenie posiada max. raw capacity na poziomie 8.0 PB. Takie dane zawarte są również w dokumencie Unity Overview (Unity 500), z sierpnia 2017 r., złożonego przez Przystępującego do akt sprawy i zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Co do dowodów złożonych przez Odwołującego, to wskazać należy, że zawierają one odmienną informację co do maksymalnej pojemności raw. Podkreślić jednakże należy, że w dokumencie oznaczonym przez Odwołującego D1, producent wprost wskazał, iż maksymalna pojemność raw może się różnić od tej wskazanej w dokumencie w zależności od dostępności dysków w momencie zakupu. Po drugie, w złożonym przez producenta oświadczeniu zawarta jest informacja, iż rozbieżności informacyjne co do maksymalnej pojemności raw wynikają m.in. z braku ujednoczenia zapisów sprzętowych na stronach internetowych. Po trzecie, nie sposób wyciągać wobec Przystępującego najbardziej dotkliwej sankcji w postaci odrzucenia jego oferty z powodu jej sprzeczności z SIWZ, w sytuacji, gdy sam producent potwierdza spełnienie przez zaoferowany sprzęt wymogów Zamawiającego. Nie sposób przypisać dokumentom złożonym przez Odwołującego większej mocy dowodowej od dokumentów złożonych przez Przystępującego. W dobie szybkiego rozwoju technologicznego i ogromu informacji zawartych w internecie niejednokrotnie producenci nie nadążają za pełnym uaktualnieniem informacji technicznych o oferowanych produktach zawartych w internecie.

Podobnie Izba uznała w zakresie wskazanej przez Odwołującego niezgodności zaoferowanej przez Przystępującego macierzy z wymaganiem wskazanym w pkt 5 Załącznika nr 1 „Macierz musi zapewniać poziom zabezpieczenia danych na dyskach definiowany poziomami RAID: 0,1,10, 5, 50, 6”. Zarówno z oświadczenia producenta, jak dokumentów technicznych złożonych przez Przystępującego wynika, że urządzenie spełnia powyższe wymaganie.

W zakresie braku zgodności macierzy Przystępującego z wymaganiem wskazanym pkt 6 ppkt 7 Załącznika nr 1 do SIWZ, zmodyfikowanym odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 7 wykonawcy do SIWZ z dnia 29 grudnia 2017 r., tj. aby macierz umożliwiała skonfigurowanie każdego zainstalowanego dysku hot-plug jako dysk hot-spare (dysk zapasowy) w trybach hot-spare dla zabezpieczenia dowolnej grupy dyskowej RAID, Izba również uznała, że urządzenie zaoferowane przez Przystępującego spełnia powyższe wymaganie. W pierwszej kolejności odwołać się należy do postanowień SIWZ dotyczących powyższego wymagania. Zamawiający wymagał możliwości skonfigurowania każdego zainstalowanego dysku hot – plug jako dysku

hot spare w trybach hot – spare dla zabezpieczenia dowolnej grupy dyskowej RAID. Nie wskazał w jaki sposób wykonawcy mają osiągnąć powyższą funkcjonalność, nie wykluczył żadnego rozwiązania technologicznego. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, iż pierwsze cztery dyski z macierzy zaoferowanej przez Przystępującego to dyski systemowe i w związku z tym nie mogą one pełnić funkcji dysków hot – spare. Odwołujący powołał się na wydruk ze strony internetowej producenta oraz przedłożył informację prasową o roli dysków hot – spare. Podkreślić jednakże należy, że analiza przedłożonych przez Odwołującego dokumentów jak również dowodów złożonych przez Przystępującego nie pozwala na przyjęcie, iż macierz nie spełnia przedmiotowego wymagania. Po pierwsze, Izba wskazuje, iż na podstawie dowodu oznaczonego przez Odwołującego jako D3 Dell EMC Unity – Wprowadzenie do platformy nie sposób uznać braku spełnienia wymagań Zamawiającego. Wskazać bowiem należy, iż Odwołujący przedłożył Izbie przetłumaczony wycinek z powyższego dokumentu. Izba nie ma całego dokumentu lub chociażby całego rozdziału, na podstawie którego mogłaby w sposób całościowy ocenić zasadność stanowiska Odwołującego. Dalej wskazać należy, że podczas rozprawy Przystępujący wyjaśnił w jakich sposób możliwa jest konfiguracja dysków systemowych na dyski hot – spare. Co ważne, sam Odwołujący potwierdził taką możliwość, oświadczając, iż sposób zaproponowany przez Przystępującego jest teoretycznie możliwy do realizacji, choć nie spotkał się w swojej praktyce z takimi działaniami. W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe, jak również oświadczenie producenta z dnia 14 lutego 2018 r. o możliwości skonfigurowania dysków systemów macierzy Unity 500, aby pełniły one funkcję dysków hot – spare, Izba uznała zarzut za niezasadny. Okoliczność, iż proponowany sposób konfiguracji nie jest stosowane w praktyce lub może rodzić jakieś ryzyka, jest w ocenie Izby, bez znaczenia dla podniesionego zarzut. Sam Zamawiający nie sprecyzował bowiem w SIWZ wymagań co do konfiguracji, więc trudno na obecnym etapie postępowania nakładać na Przystępującego wymagania co do sposobu konfiguracji, które nie były sprecyzowane w Załączniku nr 1.

Na koniec Izba podkreśla, że sam Odwołujący nie złożył Izbie całościowego dokumentu będącego specyfikacją techniczną macierzy Unity 500. Izba otrzymała wyłącznie fragmentaryczne tłumaczenia jakiś specyfikacji i trudno na ich podstawie przyjąć, iż są to jedyne i właściwe specyfikacje techniczne macierzy. Podkreślić należy, że w dokumentach tego typu jest wiele zastrzeżeń i uwag producenta i brak całego dokumenty uniemożliwił Izbie jego ocenę, co w konsekwencji osłabia wartość dowodową złożonych przez Odwołującego dokumentów, w szczególności, mając na uwadze, złożone przez Przystępującego oświadczenia producenta oraz inne informacji technicznych o oferowanym urządzeniu.

Wobec braku stwierdzenia przez Izbę naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp brak jest podstaw do przyjęcia, iż doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Przewodniczący:.....