

**WYROK**  
**z dnia 3 listopada 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** **Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant:** **Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 29 października 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2021 r. przez Odwołującego - wykonawcę **S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa - Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SYMMETRY sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

**Sygn. akt KIO 2667/21**

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący :** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa - Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup urządzeń platformy x86 wraz z usługą opieki serwisowej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 252-635442.

W dniu 9 września 2021r. wykonawca S&T Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w części B zamówienia jako oferty, której treść nie odpowiada SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, podczas gdy oferta ta odpowiadała treści SIWZ,
2. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego - przed odrzuceniem jego oferty w części B - do złożenia wyjaśnień w celu wykazania, że jego oferta odpowiada treści SIWZ;

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części B zamówienia oraz dokonania jej ponownej oceny, ewentualnie:
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części B Zamówienia, wezwanie go do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp i dokonanie ponownej oceny oferty,

Uzasadniając odwołanie, Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w rozdziale 2, pkt 5 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „SOPZ”) wskazał, że wykorzystuje w obecnym środowisku Serwery w architekturze x86 oparte o procesory Intel i wymagana jest konieczność zapewnienia pełnej kompatybilności środowiska obecnie używanego ze środowiskiem będącym przedmiotem postępowania np. przenoszenia maszyn wirtualnych w locie. Ponadto wskazał, że Zamawiający pomimo licznych pytań i udzielanych odpowiedzi, a także modyfikacji SIWZ, Zamawiający w żadnym miejscu nie zdefiniował wymaganej przez siebie kompatybilności, skupiając się jedynie na kwestii „przenoszenia maszyn wirtualnych w locie”. Zamawiający w trakcie trwania postępowania w zakresie tej kwestii kilkukrotnie zmieniał zdanie, by ostatecznie w odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 11 maja 2021 r. nie

dopuszczyć do zatrzymania (wyłączenia) maszyn wirtualnych podczas przenoszenia ich pomiędzy środowiskami wirtualnymi. W konsekwencji zdaniem Odwołującego, dla Zamawiającego najważniejszym aspektem w zakresie zapewnienia kompatybilności jest zapewnienie przenoszenia maszyn wirtualnych w locie bez dopuszczenia do zatrzymania (wyłączenia) tych maszyn w trakcie tego procesu. Wynika to również z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, gdzie Zamawiający skupia się jedynie na tym aspekcie i właśnie ta kwestia stała się wyłączną podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że jego oferta zapewnia taką możliwość, czyli zapewnia wymaganą przez Zamawiającego możliwość przenoszenia maszyn wirtualnych w locie bez dopuszczenia do zatrzymania (wyłączenia) tych maszyn w trakcie tego procesu. Wyjaśnił, że prawdą jest, że zaoferował serwery wyposażone w procesory firmy AMD, jednakże Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazał, że wymaga, by wykonawcy zaoferowali serwery oparte o procesory firmy Intel, z których obecnie korzysta, a jedynie, by została zapewniona pełna kompatybilność między posiadanymi przez niego serwerami a tymi będącym przedmiotem postępowania, w tym przenoszenie maszyn wirtualnych w locie. Wyjaśnił, że zaoferowane przez niego serwery chociaż wyposażone w procesory AMD, spełniają ten warunek dzięki wyspecyfikowanemu dodatkowemu oprogramowaniu firmy VMware, które zostało wskazane przez Odwołującego w wierszu nr 77 i 78 załącznika do Formularza ofertowego – Zestawienie asortymentu oferowanego rozwiązania w zakresie Część B zamówienia (serwery), a co zdaje się, Zamawiający zupełnie pominął przy ocenie oferty. Zaoferowane oprogramowanie, co istotne – stanowiące część oferty i wskazane w tej ofercie jednoznacznie zapewnia przenoszenie maszyn wirtualnych w locie. W pełni dopuszczalne było zastosowanie przez wykonawców dodatkowego oprogramowania, które miało zapewnić spełnianie przez ich oferty zgodności z SIWZ. Za taką interpretacją przemawia nie tylko brak sformułowanego wprost przez Zamawiającego zakazu takiego postępowania (lub nakazu postąpienia w inny określony sposób), ale także zasada uczciwej konkurencji i równości stron. Brak możliwości zastosowania dodatkowego oprogramowania, które zapewnia przenoszenie maszyn wirtualnych w locie pomiędzy serwerem z procesorem Intel a dostarczonym serwerem, de facto zmuszałby wykonawców do zaoferowania serwerów z procesorem narzuconego producenta, czyli Intel. Byłoby to niezgodne ze wspomnianą zasadą uczciwej konkurencji i równości stron, albowiem oczywiste jest, że zamawiający nie może żądać otrzymania produktów z góry określonego producenta. Odwołujący miał więc możliwość zastosowania dodatkowego oprogramowania, w duchu wskazanej zasady, które to oprogramowanie zapewnia zgodność oferty z SIWZ.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, niedokładna ocena oferty doprowadziła do uznania przez Zamawiającego, że jego oferta w części B nie jest zgodna z treścią SIWZ, co jak wskazano powyżej jest twierdzeniem niezasadnym. Oferta Odwołującego spełnia

wszystkie wymagania SIWZ, w tym w szczególności możliwość zapewnienie przenoszenia maszyn wirtualnych w locie bez dopuszczenia do zatrzymania (wyłączenia) tych maszyn w trakcie tego procesu, a tym samym nie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że obowiązkiem Zamawiającego w toku postępowania jest wszechstronna, dokładna ocena ofert, więc nawet gdyby uznać, że z przedstawionej dokumentacji nie wynika, że oferta Odwołującego zapewnia wymaganą przez Zamawiającego kompatybilność, to Zamawiający przed odrzuceniem oferty winien wezwać go do wyjaśnień treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Natomiast Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego bez wzywania go do wyjaśnień, pomimo że serwer z procesorem AMD jest w stanie zagwarantować taką kompatybilność, której wymaga Zamawiający. Brak tego wezwania doprowadził do odrzucenia oferty Odwołującego, czym Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Na wstępie Zamawiający zakwestionował istnienie po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania. Uzasadniając powyższe stanowisko Zamawiający wskazał, że Odwołujący w dniu 2 czerwca 2021 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie ofert. Zamawiający w dniu 21 czerwca 2021 r. udostępnił Odwołującemu wszystkie oferty, w związku z czym mógł samodzielnie dokonać punktowej oceny ofert wg ustanowionych w niniejszym Postępowaniu kryteriów (pkt 7.2. SIWZ - „Kryteria Wyboru Najkorzystniejszej Oferty”). Jednakże Odwołujący twierdzi, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty i zdaniem Odwołującego jego oferta w Części B będzie ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający zwrócił uwagę, że choć prawdą jest, iż złożona oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę, to cena nie stanowiła jedynego kryterium oceny ofert, a jej waga to jedynie 60%, stąd w klasyfikacji końcowej, nawet gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona tylko podlegała ocenie - uplasowałaby się ona pod kątem najkorzystniejszej, dopiero na 3 (trzecim) miejscu, ponieważ ze względu na zaoferowanie serwerów Typ A i Typ B samodzielnie montowanych w szafach RACK, w kryterium oceny ofert „Rodzaj serwerów Typ A i Typ B” - waga 20% - oferta Odwołującego otrzymałaby 0 pkt.

Odnosząc się do zarzutów odwołania wskazał, że są one niezasadne. Wyjaśnił, że wymagał zaoferowania 173 serwerów wyposażonych w sumie w 346 procesorów fizycznych. Natomiast Odwołujący, w Załączniku do Formularza ofertowego, przedstawił wykaz wszystkich elementów stanowiących przedmiot oferty. Odwołujący w odwołaniu podniósł, że w wierszach nr 77 i nr 78 wykazu wyspecyfikował dodatkowe oprogramowanie firmy VMware, mające zapewnić spełnienie wymagania dotyczącego kompatybilności. Jednakże,

jak podkreślił Zamawiający w wierszu nr 77 Odwołujący wskazał jedynie 160 licencji na oprogramowanie „Vmware HCX Enterprise per Processor, natomiast w wierszu nr 78 - wsparcie producenta na 160 licencji wskazanych w wierszu nr 77.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający wskazał, że Odwołujący zaoferował 160 licencji jednoprocessorowych na oprogramowanie VMware HCX Enterprise per Processor tzn. jedna licencja jest na jeden procesor w serwerze docelowym. Oznacza to, że dla jednego serwera dwuprocessorowego wymagane są 2 licencje. Ponieważ wymaganie dotyczyło wszystkich serwerów, a każdy serwer zgodnie z wymaganiami miał posiadać po dwa procesory, to de facto Odwołujący powinien wskazać i wycenić 346 licencji VMware HCX Enterprise per Processor wraz ze wsparciem, pokrywające wszystkie wymagane 346 procesory, po dwa w każdym ze 173 serwerów.

Zamawiający wyjaśnił, że w toku weryfikacji oferty Odwołującego nie pominął zaoferowanego przez Odwołującego oprogramowania firmy VMware. Zamawiający uznał jednak, że całe rozwiązanie Odwołującego nie będzie w stanie zrealizować wymagania Zamawiającego polegającego na zapewnieniu pełnej kompatybilności dla wszystkich zaoferowanych urządzeń, ze względu na liczbę uwzględnionych (wskazanych w wierszu nr 77) w Załączniku do Formularza ofertowego licencji VMware HCX Enterprise per Processor.

Przystępujący Comarch oraz Symmetry sp. z o.o. w złożonych pismach procesowych wnieśli o oddalenie odwołania, stwierdzając, że zarzuty odwołania są bezzasadne.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy oraz w pismach procesowych, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm., dalej jako

„ustawa nPzp”). Do rozpoznania odwołania zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy nPzp.

#### **Izba ustaliła:**

Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazał: *„w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej „SOPZ”), w Rozdziale 2 - Szczegółowe wymagania dla Serwerów, pkt 5 wskazał, iż wykorzystuje w obecnym środowisku Serwery w architekturze x86 oparte o procesory firmy Intel. Wymagana jest konieczność zapewnienia pełnej kompatybilności środowiska obecnie użytkowanego ze środowiskiem będącym przedmiotem postępowania, np. przenoszenia maszyn wirtualnych w locie.*

*Następnie Zamawiający, po raz kolejny odniósł się do przedmiotowego zagadnienia w odpowiedzi na pytanie nr 4 w opublikowanym w dniu 11.05.2021 r. na stronie internetowej Zamawiającego (pismo znak: 993200/271/IN – 455/2021), wskazując, że dostarczone rozwiązanie ma umożliwiać przenoszenie w locie maszyn wirtualnych z obecnego środowiska Zamawiającego opartego na procesorach firmy Intel, na serwery fizyczne dostarczone w ramach realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia.*

*Dodatkowo Zamawiający wskazał w SOPZ (Rozdział 2 pkt 6. Tabela nr 2 lp. 3, Rozdział 2 pkt 7. Tabela nr 3 lp. 10, Tabela nr 6 i Tabela nr 7 lp. 9, Tabela nr 8 lp. 8), że do wirtualizacji zasobów wykorzystuje produkty firmy VMware, które służą m.in. do zarządzania maszynami wirtualnymi.*

*Wykonawca zaoferował serwery firmy Super Micro Computer wyposażone w procesory firmy AMD model EPYC 7542 (Serwery Typ A), AMD model EPYC 7F52 (Serwer Typ B) oraz AMD model EPYC 7302 (Serwer Typ C).*

*Zgodnie z informacją ujętą na stronie producenta oprogramowania: <https://kb.vmware.com/s/article/1005764> do wirtualizacji zasobów firmy VMware, do migracji (przenoszenia) maszyn wirtualnych, wykorzystywana jest funkcjonalność EVC (Enhanced vMotion Compatibility), która umożliwia migrację maszyn wirtualnych pomiędzy różnymi*

*generacjami procesorów ale tylko tej samej firmy i niemożliwe jest przenoszenie wirtualnych maszyn VMware pomiędzy procesorami różnych producentów.*

*Wobec powyższego Wykonawca nie spełnił wymogu przenoszenia maszyn wirtualnych w locie w zakresie wymagania zapewnienia pełnej kompatybilności środowiska obecnie użytkowanego ze środowiskiem będącym przedmiotem postępowania.”.*

**Izba zważyła:**

Na wstępie podkreślić należy, że Izba ocenia zasadność czynności odrzucenia oferty wykonawcy uwzględniając okoliczności faktyczne i prawne zawarte w sporządzonym przez Zamawiającego uzasadnieniu tej czynności, bowiem wykonawca wyłącznie na podstawie informacji tam zawartych podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, oraz jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 16 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2224/18, że ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, w tym z uwzględnieniem okoliczności podniesionych przez Zamawiającego dopiero w postępowaniu odwoławczym.

Tym samym wszelkie zarzuty podniesione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie argumenty, że całe rozwiązanie Odwołującego nie będzie w stanie zrealizować wymagania Zamawiającego polegającego na zapewnieniu pełnej kompatybilności dla wszystkich zaoferowanych urządzeń, ze względu na liczbę uwzględnionych w Załączniku do Formularza ofertowego licencji VMware HCX Enterprise per Processor, nie mogły podlegać badaniu przez Izbę. Izba bowiem oceniła czynność Zamawiającego jedynie przez pryzmat sporządzonego przez niego uzasadnienia i okoliczności tam przywołanych, z których wynika, że Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie spełnił wymogu przenoszenia maszyn wirtualnych w locie w zakresie wymagania zapewnienia pełnej kompatybilności środowiska obecnie użytkowanego ze środowiskiem będącym przedmiotem postępowania, ponieważ zastosowanie procesorów AMD nie zapewni możliwości przenoszenia maszyn wirtualnych w locie.

W ocenie Izby powyższe stanowisko Zamawiającego jest niezasadne. Izba uznała bowiem, że Odwołujący potwierdził, że oferowane rozwiązanie zapewnia tę cechę kompatybilności poprzez zastosowanie odpowiedniego oprogramowania, a Zamawiający powyższej okoliczności nie zaprzeczył ani w złożonej odpowiedzi na odwołanie, ani w trakcie rozprawy przez Izbą. Podkreślić należy, że Odwołujący przedłożył dowód z opinii prywatnej



p. Pawła Piotrowskiego, który wskazał wyraźnie, że zastosowanie oprogramowania VMware HCX Enterprise realizuje oczekiwanie Zamawiającego dotyczące przenoszenia w locie maszyn wirtualnych z obecnego środowiska Zamawiającego opartego na procesorach firmy Intel, na serwery fizyczne dostarczone w ramach realizacji niniejszego zamówienia. Wyjaśnić należy, że co prawda dowód ten stanowi opinię prywatną, jednak powyższe nie powoduje, że dokument ten nie może stanowić w sprawie dowodu, tym bardziej, że żadna ze stron postępowania nie zakwestionowała jego merytorycznej treści. Ponadto, podkreślić ponownie należy, że Zamawiający w złożonej przez siebie odpowiedzi na odwołanie nie zaprzeczył stanowisku prezentowanemu przez Odwołującego w odwołaniu, jakoby zaoferowane przez niego rozwiązanie zapewniało przenoszenie maszyn wirtualnych w locie, a skupił się jedynie na wykazywaniu, że oferowane rozwiązanie nie będzie w stanie zrealizować wymagania Zamawiającego polegającego na zapewnieniu pełnej kompatybilności dla wszystkich zaoferowanych urządzeń, ze względu na liczbę uwzględnionych w Załączniku do Formularza ofertowego licencji VMware HCX Enterprise per Processor. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie zdołał podważyć stanowiska Odwołującego odnośnie możliwości przenoszenia maszyn wirtualnych w locie w zakresie wymagania zapewnienia pełnej kompatybilności środowiska obecnie użytkowanego ze środowiskiem będącym przedmiotem postępowania, a tym samym Izba uznała, że zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp okazał się zasadny.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

**Przewodniczący :** .....