

**WYROK**  
**z dnia 26 lutego 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2021 r. przez wykonawcę S. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą S. D. DS Comp w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu

przy udziale wykonawcy UpWare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę S. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą S. D. DS Comp i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą S. D. DS Comp tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy S. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą S. D. DS Comp na rzecz Zespołu Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu 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. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 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.

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Zespół Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na infrastrukturę obsługi środowiska TT podmiotu leczniczego w ramach projektu nr RPMP. 02.01.05-12-0228/18 pn. Małopolski System Informacji Medycznej (MSIM) - dostawa sprzętu i urządzeń informatycznych. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 września 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 178-429416. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020, ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

I. W dniu 21 stycznia 2021 r. S. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą S. D. DS Comp (odwołujący) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności zamawiającego w zakresie pakietu 4 polegające na odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyborze oferty wykonawcy UpWare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez błędne zastosowanie i uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w sytuacji, gdy: a) oferowana macierz umożliwia transmisję danych poprzez wymienne porty obsługujące protokoły SAS 12Gb/s, jak również FC16Gb/s i iSCSI 1Gb/s, zatem jest zgodna z SIWZ w zakresie wymogu dotyczącego portów do transmisji danych; b) macierz obsługuje transmisje danych protokołami blokowymi SAS i jest zgodna z wymogami zamawiającego w zakresie oprogramowania do zarządzania; c) dokumentacja producenta Huawei, na którą powołuje się zamawiający w zakresie wymogu oprogramowania do zarządzania wymienia jedynie przykładowe protokoły obsługiwane przez macierz, natomiast nie jest to katalog zamknięty jak twierdzi zamawiający na podstawie własnej interpretacji dokumentu - co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania, mimo jej zgodności z wymogami SIWZ.

2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż oferta spełnia wymogi określone w SIWZ i zgodnie z kryteriami oceny ofert w niniejszym postępowaniu pozostaje ofertą najkorzystniejszą.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego.
3. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał w szczególności, że podstawą odrzucenia oferty było m.in. stwierdzenie przez zamawiającego, że porty SAS12Gb/s zaoferowanej przez niego macierzy nie są wymienne [pierwsza przyczyna odrzucenia oferty]. Natomiast macierz ta posiada zarówno porty do transmisji danych SAS „stałe” wbudowane w urządzenie, jak i porty do transmisji danych SAS „wymienne”, zatem spełnia wymóg postawiony przez zamawiającego. Ponadto wezwanie do wyjaśnień z dnia 2 grudnia 2020 r. nie dotyczyło portów SAS12GB/s w zakresie wymienności. Zamawiający w wymaganiach nie wskazał czy porty 12Gb/s mają być do podłączenia serwerów czy do podłączenia półek dyskowych, więc jest to dodatkowe rozszerzenie wymagań określonych w OPZ zawartych w SIWZ. Odwołujący wskazał również, że zamawiający nie odrzucił jego oferty z powodu braku SAS - transmisji blokowej pomiędzy kontrolerami a półkami dyskowymi, lecz z tego powodu, że w jego ocenie dokumentacja producenta Huawei nie potwierdza wymagań SIWZ, mimo że katalog zawarty w tej dokumentacji jest katalogiem otwartym, czego zamawiający nie wyjaśnił z odwołującym [druga przyczyna odrzucenia oferty odwołującego]. W wyjaśnieniach z dnia 7 grudnia 2020 r. odwołujący potwierdził spełnienie wymogu postawionego przez zamawiającego w tym zakresie. Jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do tego, powinien był wezwać odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień.

II. Pismem wniesionym w dniu 23 lutego 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Uzasadniając zajęte stanowisko zamawiający w szczególności wskazał, że w treści wyjaśnień udzielonych przez odwołującego pominięta została kwestia wymienności portów – zamawiający nie wymagał, aby porty SAS 12Gb/s były w macierzy, lecz wymagał możliwości wymiany na te porty portów wskazanych w specyfikacji. Zamawiający wskazał również na okoliczność, że porty SAS12Gb/s w macierzy oferowanej przez odwołującego służą do podłączenia półek dyskowych. W odniesieniu do drugiej przyczyny odrzucenia oferty odwołującego zamawiający stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień nie otrzymał dowodów

potwierdzających, że oferowana macierz obsługuje transmisje danych protokołami blokowymi SAS.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawcy UpWare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp z 2019 r., skutkujących odrzuceniem odwołania, a odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

W treści SIWZ zamawiający postawił następujące wymagania dla oferowanej macierzy w zakresie Interfejsów i zarządzania (Załącznik nr 2 do SIWZ):

**Interfejsy**

SAN - 4 porty iSCSI 10Gb/s SFP+, do dołączenia serwerów bezpośrednio lub do dołączenia do sieci SAN, wyprowadzone na każdy kontroler RAID wraz z wkładkami SFP+.

Porty do transmisji danych - Macierz musi umożliwiać wymianę portów do transmisji danych na porty obsługujące protokoły: FC 16Gb/s, iSCSI 1Gb/s, SAS12Gb/s.

**Zarządzanie**

Oprogramowanie do zarządzania - Zintegrowane z systemem operacyjnym systemu pamięci masowej zarówno przy obsłudze transmisji danych protokołami blokowymi (PC, iSCSI, SAS) jak i do obsługi transmisji protokołami CIFS/NFS. Oprogramowanie zarządzające musi być dostarczone w wariantach dla maksymalnej obsługiwanej pojemności dyskowej macierzy oraz dla maksymalnej liczby dysków wspieranej przez oferowaną macierz.

Pismem z dnia 2 grudnia 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień treści oferty m.in. w zakresie ww. wymagań SIWZ.

Odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego odwołujący udzielił pismem z dnia 7 grudnia 2020 r.

Pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty.

Pismem z dnia 20 stycznia 2021 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 4.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uznała, że potwierdziła się podstawa do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do pierwszej przyczyny wskazanej w zawiadomieniu z dnia 11 stycznia 2021 r.

W ocenie Izby zamawiający powinien dokładać większej staranności przy formułowaniu wezwań do wykonawców. Niemniej jednak nie sposób przyjąć, że wezwanie z dnia 2 grudnia 2020 r. nie odnosiło się m.in. do wymagania w zakresie portów do transmisji danych („Interfejsy” - „Porty do transmisji danych”) – w treści zawiadomienia jest bowiem mowa o wymaganiach minimalnych portu do transmisji danych. Za bezsprzeczny należy również uznać fakt, że wezwanie zamawiającego dotyczyło kwestii wymienności, co wynika z tego, że właśnie tej funkcjonalności dotyczy ww. wymaganie (nie dotyczy żadnej innej funkcjonalności). Wskazanie w treści wezwania na brak protokołu SAS12Gb/s oznacza, że ww. wymóg dotyczący możliwości wymiany wskazanych portów do transmisji danych na porty obsługujące wymienione protokoły nie został zdaniem zamawiającego spełniony w odniesieniu do portów obsługujących protokoły: SAS12Gb/s. Treść wezwania zamawiającego była bardzo zwięzła, choć zdaniem Izby z pewnością zrozumiała dla specjalistów branży IT, do której należą wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu. Jak wskazano powyżej, wezwanie z dnia 2 grudnia 2020 r., wbrew stanowisku prezentowanemu przez odwołującego, odnosiło się do wymogu dotyczącego możliwości wymiany – nie można przyjąć inaczej, bo właśnie tej kwestii dotyczy ww. wymaganie. Biorąc zatem pod uwagę treść wyjaśnień udzielonych przez odwołującego (pismo z dnia 7 grudnia 2020 r.) należy przyznać rację zamawiającemu, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie przedstawił wyjaśnień wprost odnoszących się do tego wymogu w zakresie wskazanym w treści wezwania, tj. w odniesieniu do możliwości wymiany wskazanych portów do transmisji danych na porty obsługujące protokoły SAS12Gb/s. Po drugie, jak wskazał odwołujący w treści wyjaśnień transmisja danych protokołem SAS odbywa się pomiędzy kontrolerami a półkami dyskowymi. W odniesieniu do tego należy zauważyć, że zamawiający w treści SIWZ nie

ograniczył ww. wymagania dotyczące portów do transmisji danych do transmisji z półkami dyskowymi (czyli transmisji wewnętrznej). Przyjęcie takiej wykładni przez odwołującego nie jest zasadne przy uwzględnieniu całej treści ww. wymagań dotyczących Interfejsów (wymaganie dot. SAN oraz portów do transmisji danych), które nie odnoszą się do transmisji danych wewnętrznej (z półkami dyskowymi), lecz do transmisji danych na zewnątrz (do dołączenia serwerów). Choć dla oceny tego zarzutu znaczenie ma przede wszystkim treść wezwania zamawiającego i treść wyjaśnień odwołującego, to dodatkowo należy zauważyć, że tak rozumianego (tj. w ocenie Izby zasadnie) wymagania zamawiającego nie potwierdzają również dowody złożone przez odwołującego na rozprawie (wyciąg z dokumentacji producenta [DO1] oraz pismo zatytułowane „Oświadczenie producenta” [DO2]). Potwierdzenia zasadności stanowiska odwołującego co do praktyki stosowania dla macierzy dyskowych portów SAS 12Gb/s w transmisji danych pomiędzy macierzą a półkami dyskowymi, a nie pomiędzy macierzą a serwerami, nie stanowi dowód w postaci pisma zatytułowanego „Oświadczenie dystrybutora” [DO4]. Dowód ten stanowi potwierdzenie posiadania takiego poglądu przez osobę, która to oświadczenie złożyła, jednakże kim jest ta osoba – tego nie wiadomo.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący nie potwierdził spełnienia ww. wymagania dotyczącego portów do transmisji danych w odniesieniu do portów obsługujących protokoły SAS 12Gb/s, co w konsekwencji prowadziło do uznania, że w odniesieniu do oferty odwołującego wystąpiła podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Natomiast odmiennie Izba oceniła drugą przyczynę odrzucenia oferty wskazaną przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 11 stycznia 2021 r. (dot. wymagania w zakresie oprogramowania do zarządzania). Wymaga zauważenia, że pismem z dnia 7 grudnia 2020 r. odwołujący udzielił zamawiającemu wyjaśnień odnośnie ww. wymagania, w tym odwołując się do treści dokumentacji producenta. Z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty nie wynika dlaczego zamawiający uznał te wyjaśnienia za niewystarczające. Zamawiający nie odniósł się do fragmentu dokumentacji, na którą powołał się odwołujący. W ocenie Izby w tym przypadku odwołujący odpowiedział na wezwanie zamawiającego, przedstawiając wyjaśnienia korespondujące z kwestią wskazaną przez zamawiającego jako wymagającą wyjaśnienia. Oczywiście zamawiający miał prawo powziąć dalsze wątpliwości odnośnie spełnienia tego wymagania przez ofertę odwołującego. Jednakże konsekwencją powzięcia tych wątpliwości winno być skierowanie kolejnego wezwania do udzielenia wyjaśnień. Należy podkreślić, że skierowanie przez zamawiającego kolejnego wyjaśnienia do udzielenia wyjaśnień powinno mieć miejsce w sytuacji, w której wykonawca udzielił zamawiającemu odpowiedzi na zadane

pytania, jednakże w świetle udzielonych wyjaśnień pojawiły się dalsze wątpliwości wymagające wyjaśnienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że wskazanie przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty także na przyczynę dotyczącą braku spełnienia wymagania dotyczącego oprogramowania do zarządzania – w odniesieniu do obsługi transmisji danych protokołami blokowymi SAS - było ze strony zamawiającego działaniem przedwczesnym, gdyż ww. kwestia powinna stanowić przedmiot kolejnego wezwania zamawiającego. Zasadność odwołania w tym zakresie nie mogła jednak prowadzić do jego uwzględnienia, w tym uwzględnienia częściowego. Zgodnie bowiem z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp z 2019 r. Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Sytuacja, o której mowa w tym przepisie, nie zaistniała w niniejszej sprawie, gdyż w związku ze stanowiskiem Izby zajęтым w odniesieniu do pierwszej przyczyny odrzucenia oferty odwołującego czynność ta pozostaje w mocy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp z dnia 2019 r.

Mają to na uwadze, o kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 8 ust. 2 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 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....