

Sygn. akt: KIO 349/20

WYROK
z dnia 4 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**

Członkowie: **Ewa Sikorska**
Robert Skrzyszewski

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 marca 2020 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 lutego 2020 r.** przez wykonawcę **T-SYSTEMS Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Uniwersytecki w Krakowie,**

przy udziale wykonawcy **S. D., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DS Comp S. D., Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **T-SYSTEMS Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T-SYSTEMS Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od wykonawcy **T-SYSTEMS Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **zamawiającego Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie** kwotę **1200,00 złotych (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę oraz kwotę **85,00 złotych** (słownie: osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu opłaty skarbowej uiszczonej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 349/20

UZASADNIENIE

W dniu 19 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy T-Systems Polska Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Szpitalowi Uniwersyteckiemu w Krakowie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DS Comp z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ;
- 2) art. 84 ust. 1 w zw. z art. 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany treści oferty wykonawcy DS Comp po terminie składania ofert wskutek wyjaśnień;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art 7 ust 1 ustawy Pzp po przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o przedstawione wyżej za rzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania; (ii) odrzucenie oferty wykonawcy DS Comp z Postępowania z powodu niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie za oferowanego asortymentu oraz dokonanych zmian treści oferty; (iii) powtórzenie czynności oceny ofert w Postępowaniu, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SIWZ dostawę infrastruktury serwerowej wraz z oprogramowaniem. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1a do specyfikacji.

Zakres rzeczowy zamówienia obejmuje następujące komponenty:

1.	Serwer typ 1 wraz z dostawą, instalacją i konfiguracją	7
2.	Serwer typ 11 wraz z dostawą, instalacją i konfiguracją	1
3.	Przełączniki SAN wraz z dostawą, instalacją i konfiguracją	2
4.	Macierz dyskowa wraz z dostawą, instalacją i konfiguracją	1
5.	Oprogramowanie wirtualizacyjne wraz z dostawą i instalacją	1
6.	Oprogramowanie do sporządzania kopii bezpieczeństwa oraz odzysku maszyn wirtualnych wraz z dostawą i instalacją	1

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ-pkt 10. Sposób przygotowania oferty:

10.2.2. Wypełniony i podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy opis przedmiotu zamówienia, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do specyfikacji. Prosimy również o dołączenie do oferty wypełnionego dokumentu w formie edytowalnej. (Arkusz winien zawierać wszystkie ewentualne zmiany wprowadzone w czasie trwania postępowania).

W ocenie Odwołującego powyższe implikuje skutek w postaci konieczności weryfikacji przez Zamawiającego w procesie badania i oceny ofert czy zaoferowane przez wykonawcę elementy świadczenia są zgodne z SIWZ, w szczególności, odpowiadają szczegółowemu opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ. Załącznika nr 1a do specyfikacji, co w świetle powyższych jednoznacznych postanowień SIWZ, stanowi ofertę sensu stricto. Uwzględniając wartość poszczególnych komponentów zamówienia, kluczowym elementem oferty jest dostawa macierzy dyskowej wraz z jej instalacją i konfiguracją.

W ocenie Odwołującego oferta wykonawcy DS Comp jest niezgodna z SIWZ w następującym zakresie:

Niezgodność oferty DS Comp z SIWZ w zakresie odporności systemu na awarię półki dyskowej

Zamawiający w Tabeli nr 4 zawarł wymaganie, aby macierz w oferowanej konfiguracji charakteryzowała się odpornością systemu na awarię całej półki dyskowej (punkt4, tiret 3).

Macierz musi umożliwiać w oferowanej macierzy konfigurację spełniającą następujące wymogi:

- odporność systemu na awarię jednego dowolnego dysku SSD, poziom zabezpieczenia RAID S (2+1);
- odporność systemu na awarię jednego dowolnych dwóch dysków SAS, poziom zabezpieczenia RAID6 (4+2);
- odporność systemu na awarię całej półki dyskowej;
- konfiguracja wykonana zgodnie z zaleceniami producenta dla środowiska produkcyjnego w szczególności zarezerwowanie rekomendowanej przestrzeni typu spare;
- łączna przestrzeń danych dla użytkownika nie mniejsza niż 96TiB.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 5 zawarł wymaganie, aby macierz spełniała wymagania odnośnie wydajności „dla parametrów zdefiniowanych w poprzednim punkcie”, czyli cytowanym powyżej punkcie 4.

W punkcie 4 zdefiniowano pięć wymagań w tym odporność systemu na awarię całej półki dyskowej z zastrzeżeniem, że macierz musi cechować się tym parametrem w oferowanej konfiguracji - czyli takiej, która po wykonaniu prac wymienionych w Tabeli nr 7 będzie charakteryzowała się wszystkimi cechami wymienionymi w Tabeli nr 4 punkt 4 oraz zapewniać będzie wydajność i pojemność zgodnie z parametrami podanymi w ofercie w trzeciej kolumnie Tabeli nr 4.

W ocenie Odwołującego nie można więc zgodzić się ze stwierdzeniem DS Comp zawartym w wyjaśnieniach z dnia 4.12.2019r., że „sposób sformułowania pytań przez Zamawiającego i ponowne łączenie wymagań określonych w różnych miejscach Tabeli 4 ma na celu nadanie im bardziej rygorystycznej wykładni niż wynika to z ich literalnego brzmienia, a w konsekwencji odrzucenie oferty DS COMP jako niezgodnej z SIWZ”. Wszystkie wymagania SIWZ należy rozumieć całościowo, czyli oferowany przedmiot zamówienia musi spełniać wszystkie wymagania jednocześnie. Konkretnie w tym przypadku oferowana macierz musi spełniać jednocześnie wymagania z punktu 4 i 5.

W wyjaśnieniach z dnia 4 grudnia 2019 r. firma DS Comp stwierdza: „Wymóg odporność systemu na awarie całej półki dyskowej” (Tabeli 4 punkt 4 Załącznika nr 1a do SIWZ) zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli winno się w pierwszej kolejności interpretować zgodnie z literalnym brzmieniem.”

Odwołujący wskazał, że zadaniem macierzy dyskowej jest udostępnianie przestrzeni do zapisu i odczytu danych. Zgodnie z wymaganiem w przypadku awarii półki dyskowej macierz musi dalej spełniać swoje zadanie tj. nieprzerwanie dane udostępniać i umożliwiać ich zapis. Firma DS Comp przedstawiła własną interpretację tego wymagania, tzn.: wymaganie w oferowanej macierzy Huawei jest spełnione, ponieważ po awarii półki dyskowej dostępne będą pozostałe półki dyskowe. Nie oznacza to, że macierz w oferowanej przez DS Comp konfiguracji będzie nadal spełniać swoje podstawowe zadanie. W ocenie Odwołującego wymaganie „odporność systemu na awarię całej półki dyskową” nie jest celem samym w sobie, ale jest postawione w celu zapewnieniu dalszego działania podstawowej funkcji macierzy-zapisu i odczytu danych.

W ocenie Odwołującego nie można również zgodzić się ze stwierdzeniem firmy DS Comp, jakoby doprecyzowanie przedmiotowego wymogu SIWZ nastąpiło dopiero na etapie wyjaśnień. Takie wymaganie było od początku zawarte w SIWZ.

• Przy powyższym rozumieniu wymogu odporności systemu na awarię całej półki dyskowej, rozmieszczenie dysków pomiędzy półkami dyskowymi nie ma znaczenia i wymóg ten jest spełniony zarówno przy zastosowaniu 2 lub więcej półek dyskowych - co zostało potwierdzone oświadczeniem Wykonawcy w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że w przypadku awarii półki dyskowej w zależności od modelu oferowanej macierzy i jej oferowanej konfiguracji można utracić dostęp do danych zapisanych na macierzy dyskowej mimo sprawnych pozostałych półek dyskowych. Biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego i konfigurację macierzy oferowanej przez DS COMP opisaną w wyjaśnieniach z dnia 5 sierpnia 2019r. w przypadku awarii jednej z dwóch półek dyskowych macierz Huawei nie będzie spełniała funkcjonalności od niej wymaganej, tj. udostępnianie przestrzeni dyskowej do zapisu i odczytu danych. Stanie się tak dlatego, że zostanie utracona połowa dysków umieszczonych na jednej z dwóch półek dyskowych, a dopuszczalna jest utrata 1/3 dysków. Wynika to ze sposobu zapisu danych na dyskach wymaganego przez Zamawiającego w punkcie 4 (RAID 5 (2+1))-dyski muszą być rozmieszczone na co najmniej trzech półkach.

W ocenie Odwołującego oferowana przez DS Comp macierz nie spełnia więc w tej konfiguracji wymagania odporności systemu na awarię pojedynczej półki dyskowej z zachowaniem dostępu dodanych przechowywanych na macierzy.

Zmiana konfiguracji macierzy dyskowej w kolejnych wyjaśnieniach

Odwołujący wskazał, że w dniu 31 lipca 2019 r. Zamawiający wezwał firmę DS Comp do wyjaśnień w zakresie tego „w jaki sposób Wykonawca zrealizuje zapis punktu 5, z którego Zamawiający planuje skorzystać w przypadku wyboru [...] oferty, a dotyczący wykazania zadeklarowanych parametrów wydajnościowych macierzy dyskowej w dostarczonym środowisku.”.

W dniu 5 sierpnia 2019 r. została przedłożona odpowiedź Wykonawcy zawierająca oświadczenie producenta, które precyzowało między innymi to, w jaki sposób jest zbudowana oferowana konfiguracja macierzy:

Dla dysków SSD:

- 1) 2 półki dysko we w każdej zamontować po 15 dysków SSD.
 - 2) Należy stworzyć 2 domeny dyskowe, w każdej z nich po 15 dysków.
- (...)

Dla dysków SAS

- 1) Należy stworzyć 4 domeny dyskowe, wypełnione odpowiednio 4x 24 dyski"

Odnosnie tego właśnie zakresu firma DS Comp została ponownie wezwana do wyjaśnień, odpowiadając pismem z dnia 04.12.2019 w sposób następujący:

- na stronie drugiej wyjaśnień DS. Comp stwierdza, że konfiguracja oferowana wygląda następująco:

„Dla dysków SSD w przypadku rozmieszczenia na 3 półki dyskowe (przy czym zgodnie z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny Wykonawca oferuje 8 półek dyskowych), 30 dysków SSD rozkładamy po 10 dysków na pojedynczą półkę dyskową. Dla dysków SAS, w przypadku rozmieszczenia na 4 półki dyskowe, 96 dysków SAS rozkładamy po 24 dyski n a pojedynczą półkę dyskową.”

W ocenie Odwołującego, jest to konfiguracja inna niż ta, w której zostały przeprowadzone testy wydajnościowe.

- natomiast na stronie trzeciej DS Comp wskazuje, jak należy rozmieścić dyski w przypadku rozumienia odporności systemu na awarię całej półki dyskowej jako dostępności do macierzy oraz danych na nią zawartych.

-

W ocenie Odwołującego, jest to również konfiguracja inna od tej, dla której zostały przeprowadzone testy wydajnościowe.

Na podstawie wyjaśnień z dnia 4 grudnia 2019 r. jaki sposób rozłożenia dysków pomiędzy półkami należy uznać za zaoferowany: czy ten podany na stronie 2 wyjaśnień, czy też ten podany na stronie 3, zgodny co do treści z oświadczeniem producenta), a zatem będzie dostarczony i skonfigurowany w ramach zamówienia. Wykonawca DS Comp przedstawi różne konfiguracje oferowanej macierzy do spełnienia poszczególnych wymagań, ale nie ma jednej do s pełnienia wszystkich wymagań łącznie.

Inna była konfiguracja do spełnienia wymagań wydajnościowych przedstawiona w wyjaśnieniach z 5 sierpnia 2019r., a inna do spełnienia wymagań związanych z odpornością na awarię półki dyskowej z dnia 4 grudnia 2019r. W ocenie Odwołującego zaprezentowane konfiguracje są całkiem różne, a DS Comp potwierdza ich prawidłowość za pomocą oświadczeń pracownika Huawei Polska, natomiast cytowane przez Odwołującego fragmenty oficjalnej dokumentacji producenta są sprzeczne w z tymi oświadczeniami.

W ocenie Odwołującego powyższe dowodzi, że treść oferty wykonawcy DS Comp jest niejednoznaczna i uległa zmianom w trakcie postępowania po terminie składania ofert w wyniku dokonywanych wyjaśnień, które są niespójne, a wręcz sprzeczne zarówno z pierwotną ofertą, jak i kolejnymi wyjaśnieniami, a nawet w obrębie tych samych wyjaśnień. Powyższe w ocenie Odwołującego winno skutkować odrzuceniem oferty DS Comp na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Rozbieżności pomiędzy przestrzenią oferowaną, a rzeczywistą w zależności od deklarowanej szczegółowej: konfiguracji macierzy dyskowej

Odwołujący wskazał, że zgodnie z dokumentacją techniczną producenta macierzy Huawei OceanStor 6800 V5 dostępną na stronie <https://support.huawei.com/enterprise/en/doc/EDOC1000181506/flfc3b2e/creating-a-disk-domain> szczegółowa konfiguracja macierzy ma istotny wpływ na ilość zarezerwowanej przestrzeni typu spare (która winna być skonfigurowana zgodnie z wymogiem OPZ-punkt 4 Tabela 4).

Szczegółowa konfiguracja macierzy ma też bezpośredni wpływ na użytkową pojemność macierzy, którą należało jednoznacznie określić podając ją w odpowiednich jednostkach w formularzu ofertowym.

Odwołujący wskazał, że na podstawie informacji podawanych przez DS COMP w ofercie i wyjaśnieniach Odwołujący obliczył oferowaną pojemność użytkową w poszczególnych wersjach konfiguracji macierzy.

Wariant oferowanej konfiguracji	typ dysków	Ilość dysków podziale na domeny:						Łączna Ilość przestrzeni zapasowej dla	Poziom RAID dla każdej z domen	Pojemność użytkowa w podziale na	Łączna pojemność
		1	2	3	4	5	6				
Zgodnie z ofertą	SSD	30						3	RAID	15,12	105,64 TiB
	SAS HDD	24	24	24	24			5	RAID 6 (4+2)	90,52	
zgodnie z wyjaśnieniami i z dnia 5	SSD	15	15					4	RAID5 (2+1)	14,56	105,08 TiB
	SAS HDD	24	24	24	24			8	RAID 6	90,52	
zgodnie z wyjaśnieniami i z dnia 4	SSD	5	8	8	6			4	RAID 5 (2+1)	14,56	100,97 TiB
	SAS HDD	15	16	16	16	16	16	12	RAID 6	86,41	

W ocenie Odwołującego każde kolejne wyjaśnienia składane przez firmą DS Comp w zakresie szczegółowej konfiguracji macierzy prowadzą do zmniejszenia pojemności użytkowej - w ostatniej wersji aż o 5% w stosunku do wartości deklarowanej w pierwotnej ofercie.

Powyższe w konsekwencji oznacza dokonywanie w trakcie postępowania, po upływie terminu składania ofert, niedopuszczalnej, a ponadto wielokrotnej, zmiany treści oferty wykonawcy DS. Comp.

Przepisy Pzp zakazują dokonywania zmian treści oferty w wyniku procedury wyjaśniania - vide art. 87 ust 1 Pzp. Odwołujący powołał się na orzeczenia KIO: 854/19, 652/19.

W ocenie Odwołującego w trakcie postępowania po złożeniu ofert zmianie uległa treść oferty DS Comp co jest niedopuszczalne w świetle Pzp, a ponadto nie sposób ustalić jaka faktycznie konfiguracja jest przedmiotem oferty wykonawcy, co oznacza, że oferta nie zawiera jednej, jednoznacznie określonej propozycji wykonania zamówienia. W praktyce powyższe oznacza brak możliwości ustalenia zgodności treści oferty DS Comp z treścią SIWZ, skoro nie jest wiadomej jakie rozwiązanie jest oferowane.

W ocenie Odwołującego powyższe jest także istotne w związku z art. 140 ust 1 Pzp który wymaga zachowania tożsamości zakresu świadczenia ofertowego wykonawcy z zobowiązaniem umownym. Skoro nie można jednoznacznie ustalić co jest przedmiotem oferty to automatycznie nie sposób w trakcie ewentualnego wykonania zamówienia przez wykonawcę zbadać tożsamości tych świadczeń.

Niezgodność oferowanej konfiguracji macierzy dyskowej z zaleceniami producenta

Odwołujący wskazał, że zgodnie z oficjalną i publicznie dostępną dokumentacją producenta macierzy dyskowej dostępną na stronie <https://support.huawei.com/enterprise/en/doc/EDOC1000181506/flfc3b2e/creating-a-disk-domain> w przypadku, gdy ilość dysków jest mniejsza niż 100, wszystkie dyski należy skonfigurować w jednej domenie.

You are advised to configure a maximum of 100 disks for each tier in a disk domain. For example if the number of disks on a tier is D (divide D by 100 and then round off the result to N and the remainder is M), you can refer to the following configurations:

If $D < 100$, configure all disks on this tier in one disk domain.

If $D > 100$, create $N+1$ disk domains and evenly distribute all disks to the $N+1$ disk domains. That is, the number of disks in each disk domain is $D/(N+1)$. In addition, it is recommended that disk enclosures be fully configured.

Tłumaczenie na język polski:

Zaleca się skonfigurowanie maksymalnie 100 dysków dla każdej warstwy w domenie dyskowej. Na przykład, jeśli liczba dysków w warstwie wynosi D (podziel D przez 100, a następnie zaokrąglaj wynik do N, a reszta to M), możesz odnieść się do następujących konfiguracji:

Jeśli $D < 100$, skonfiguruj wszystkie dyski dla tej warstwy w jednej domenie dyskowej.

Jeśli $D > 100$, utwórz domeny dyskowe $N + 1$ i równomiernie rozdziel wszystkie dyski na domeny dyskowe $N + 1$. Oznacza to, że liczba dysków w każdej domenie dyskowej wynosi $D/(N + 1)$.

Ponadto zalecane jest pełne skonfigurowanie obudów dysków.

W ocenie Odwołującego firma DS Comp zaoferowała macierz z 30 dyskami SSD i 96 dyskami HDD. Zgodnie z zaleceniami producenta dyski danego typu powinny znajdować się w jednej domenie dyskowej (jedna domena dla SSD i jedna domena dla HDD).

Z wyjaśnień DS Comp wynika, że w oferowanej konfiguracji jest inaczej, co jest niezgodnie z cytowanymi rekomendacjami producenta, które są jednym z wymagań SIWZ. Wyjaśnienia odnośnie podziału dysków na domeny dyskowe znajdują się w piśmie DS Comp z dnia 05.08.2019 na stronie 5 i 6 i w piśmie z dnia 4 grudnia na stronie 3:

	Ilość domen dla dysków SSD	Ilość domen dla dysków HDD
Zgodnie z zaleceniami producenta wymaganymi w SIWZ	1	1
Oferta DS Comp - wyjaśnienia z dnia 5 sierpnia	2	4
Oferta DS Comp - wyjaśnienia : z dnia 4 grudnia	4	8

b) w zakresie rozłożenia dysków w półkach

Odwołujący wskazał, że zgodnie z oficjalną i publicznie dostępną dokumentacją producenta macierzy dyskowej dostępnej na stronie <https://support.huawei.com/enterprise/en/doc/EDOC1000181485/4ec59be2> są rekomendacje producenta odnośnie sposobu rozmieszczenia różnych typów dysków w półkach dyskowych:

“SSDs and HDDs differ greatly in performance. In a loop, the high latency of HDDs may cause SAS ports to be occupied and disrupt or halt the scheduling of SSD resources. Therefore, if there are sufficient SAS ports, do not cascade SSDs and HDDs in the same loop.”

Tłumaczenie na j. polski:

Dyski SSD i HDD różnią się znacznie wydajnością. W pętli duże opóźnienia dysków HDD mogą powodować zajęcie portów SAS i zakłócać lub wstrzymywać dyski SSD. Dlatego jeśli jest wystarczająca liczba portów SAS, nie należy kaskadować dysków SSD i HDD w tej samej pętli.

W ocenie Odwołującego powyższy fragment dokumentacji mówią o tym, że nie należy umieszczać w tej samej półce dyskowej dysków SSD i HDD (SAS) czyli dyskowo różnych wydajnościach, ponieważ prowadzi to do spadku wydajności macierzy. Zgodnie z ostatnimi

(tj. z dnia 4 grudnia 2019 r.) wyjaśnieniami DS Comp w oferowanej macierzy dyskowej dyski HDD i SSD zostały umieszczone w tych samych półkach dyskowych (strona 2 wyjaśnień):

W przypadku rozumienia odporności systemu na awarię całej półki dyskowej jako dostępność do macierzy oraz danych na niej zawartych (dodatkowo pod warunkiem, że uszkodzona półka zawiera dyski), wówczas dyski SSD oraz dyski SAS należy rozmieścić „pionowo” pomiędzy wszystkie zaoferowane półki dyskowe (...).

Wymaganiem w SIWZ było dostarczenie macierzy w konfiguracji zgodnej z zaleceniami producenta (Tabela nr 4, punkt 4 tiret 4). Rozmieszczenie dysków w sposób jaki zrobił to wykonawca DS Como jest niegodne z wymaganiami SIWZ.

W ocenie Odwołującego zalecenia konfiguracyjne producenta stanowią wytyczną instalacyjną urządzeń i prezentują sprawdzoną i zweryfikowaną faktycznie przez producenta konfigurację. Stanowią podstawę dla instalatorów uzyskania deklarowanych przez producenta parametrów i wydajności, a także warunkują utrzymanie wsparcia gwarancyjnego. Producent gwarantuje że w przypadku zestawienia urządzeń w przedstawiony w wytycznych sposób urządzenia będą pracowały poprawnie, bezpiecznie i pewnie.

Uwzględniając zasady wiedzy inżynierskiej zalecenia konfiguracyjne producenta stanowią obowiązującą wytyczną w zakresie sposobu użytkowania produktów. Powyższe ma szczególne znaczenie przy uwzględnieniu sposobu wykorzystania zamawianych urządzeń przez Szpital, które będą służyły do magazynowania i udostępniania danych wrażliwych pacjentów stąd oczekiwania w zakresie ich gwarantowanej pracy i najwyższej jakości są priorytetem.

Powyższe oznacza niezgodność treści oferty DS Comp z wymaganiami SIWZ skutkującą podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Brak możliwości rozbudowy pamięci RAM serwera do wartości oferowanej

W ocenie Odwołującego oferta firmy DS Comp podlega także odrzuceniu ze względu na niemożliwość spełnienia przez zaoferowany sprzęt wymagań SIWZ.

Zamawiający w punkcie 9 tabeli 1 Załącznika nr 1a do SIWZ zawarł następujące wymaganie:

Możliwość rozbudowy ilości pamięci RAM do min. 768GB. Przy założeniu, że rozbudowa jest realizowana przez dodanie dodatkowych modułów o pojemności identycznej z dostarczonymi, bez konieczności wymiany posiadanych już modułów lub dodania procesora.

Punkt ten mówi o następujących wymogach:

- rozbudowa ma być realizowana przez dodawanie odpowiednich modułów (pamięci RAM);
- moduły mają być identyczne co do typu, prędkości pracy i pojemności, co docelowo w oferowanym serwerze;
- Zamawiający nie przewiduje dodania procesora a ni wymiany obecnych modułów pamięci RAM.

W ocenie Odwołującego zamawiający zatem jednoznacznie zdefiniował przewidywane przez niego możliwości rozbudowy -zgodnie z definicją zawartą w przywołanym punkcie nie dopuszczając dokładania, bądź wymiany pozostałych komponentów (oferowanego serwera). Wykonawca DS Comp zadeklarował w ofercie, że oferowany serwer rozbudowuje się do 1,5 TB pamięci RAM przy założeniach podanych w punkcie 9. Oznaczałoby to, że ten serwer został wyposażony w moduły o pojemności 128 GB RAM każdy, ponieważ posiada on 24 sloty pamięci podzielone po połowie z nich na każdy procesor (serwer posiada jeden procesor, zatem obecnie tylko 12 z nich jest dostępnych).

	Slot 1	Slot 2	Slot 3	Slot 4	Slot 5	Slot 6	Slot 7	Slot 8	Slot 9	Slot 10	Slot 11	Slot 12
Procesor 1	128	128	128	pusty	pusty	pusty	pusty	pusty	pusty	pusty	pusty	pusty
Procesor 2	brak procesora											

W ocenie Odwołującego oferowany serwer wyposażony jest w procesor Intel Xeon Gold5218, który obsługuje maksymalnie 1TB pamięci RAM, co potwierdza specyfikacja dostępna pod adresem: <https://www.intel.com/content/www/pl/pl/products/processors/xeon/scalable/aoldprocessors/aold-5218.html>. Wobec tego faktu serwer rozbudowywany zgodnie z wymaganiami SIWZ nie będzie obsługiwał rozbudowy do więcej niż ośmiu modułów pamięci, ponieważ wynika to z ograniczeń procesora.

Odwołujący podkreślił, że nawet gdyby przyjąć wykładnię, że wymiana procesora na inny model była dopuszczalna to nie ma procesora, który spełniłby jednocześnie wymagania zawarte w punkcie 3 oraz punkcie 5 Tabeli nr 1, a do tego obsługiwał 1,5 TB pamięci RAM na procesor, co można wykazać filtrując wyniki dostępne na stronie spec.org- w nomenklaturze producenta procesora, firmy Intel, procesory, które obsługują co najmniej 1,5 TB pamięci RAM na procesor posiadają w swojej nazwie sufiks -M bądź -L, na co wskazuje dokumentacja dostępna pod adresem: <https://www.intel.com/content/www/us/en/products/docs/processors/xeon/2nd-eeen-xeon-scalable-processors-brief.html>.

W ocenie Odwołującego jak wynika z powyższej tabeli, żaden z procesorów znajdujących się na liście wyników ze strony spec.org nie posiada w nazwie tego sufiksu, zatem nie jest w stanie obsłużyć zaoferowanej przez firmę DS Comp pamięci RAM.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, treść oferty DS Comp w zakresie możliwości rozbudowy pamięci RAM serwera pozostaje niezgodna z treścią SIWZ co skutkuje jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1pkt 2 ustawy Pzp.

Zmiana treści oferty w zakresie ilości oraz pojemności pojedynczego modułu pamięci RAM

Odwołujący wskazał, że dnia 16 lipca 2019 r. wykonawca DS Comp został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W ramach odpowiedzi na pismo Zamawiającego wykonawca załączył ofertę od swojego dostawcy, firmy Data Experts, z której wynika jednoznacznie, że został jej zaoferowany serwer wyposażony w 6 kości pamięci po 64 GB każda. Wykonawca DS Comp doskonale wiedział, co uzyskał w ofercie od swojego poddostawcy (Data Experts) i znał ograniczenia wynikające z odpowiednich zapisów SIWZ (co zaakceptował składając ofertę).

W ocenie Odwołującego na skutek akceptacji wyjaśnień DS Comp z dnia 12.09.2019r. Zamawiający dopuścił zmianę treści oferty DS Comp w punkcie 9 Tabeli nr 1 Załącznika nr 1a do SIWZ co skutkuje zmianą oferty w zakresie obsadzenia slotów pamięci RAM:

- z pierwotnych zawartych w ofercie trzech kości po 128 GB każda (umożliwiająca rozbudowę pamięci zgodnie z ofertą-do 1,5 TB-pod warunkiem, że procesor wspiera taką konfigurację) na:
- sześć kości pamięci po 64 GB każda (umożliwiająca rozbudowę pamięci do wartości dwukrotnie niższą niż zadeklarowana w ofercie).

W ocenie Odwołującego zmiana powyższa stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty wykonawcy z naruszeniem art. 87 ust. 1 Pzp co winno skutkować odrzuceniem oferty DS Comp w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia; (ii) ofertę Przystępującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 16 lipca 2019 r., 19 lipca 2019 r., 31 lipca 2019 r., 9 września 2019 r., 21 listopada i 2 grudnia 2019 r., oraz odpowiedź Przystępującego z dnia 19 lipca 2019 r, z dnia 24 lipca 2019 r, z dnia 5 sierpnia 2019 r, z dnia 12 września 2019 r., 4 grudnia 2019 r., wraz z załączonymi dokumentami – dokumenty na okoliczność ustalenia zgodności oferty Przystępującego z wymaganiami zawartymi w SIWZ; (iv) pismo zamawiającego z dnia 25 września 2019 r. na okoliczność ustalenia zakresu zmian dokonanych w ofercie Przystępującego; (v) akta postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1719/19, w sprawie o sygn. akt: 2144/19, w sprawie o sygn. akt: KIO 2584/19, w sprawie o sygn. akt: KIO 192/20 na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego. (vi) trzy schematy rozmieszczenia dysków sporządzone przez Odwołującego na okoliczność wykazania, iż doszło do zmiany treści oferty Przystępującego; (vii) wyciąg z dokumentacji technicznej macierzy OceanStor V5 Series 500R007 na okoliczność wykazania, iż przedstawiona przez Przystępującego konfiguracja macierzy jest niezgodna z zaleceniami producenta. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania złożone podczas rozprawy.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „*dostawę infrastruktury serwerowej wraz z oprogramowaniem*”.

Zakres rzeczowy zamówienia obejmuje następujące komponenty:

1.	Serwer typ 1 wraz z dostawą, instalacją i konfiguracją	7
2.	Serwer typ 11 wraz z dostawą, instalacją i konfiguracją	1
3.	Przełączniki SAN wraz z dostawą, instalacją i konfiguracją	2

4.	Macierz dyskowa wraz z dostawą, instalacją i konfiguracją	1
5.	Oprogramowanie wirtualizacyjne wraz z dostawą i instalacją	1
6.	Oprogramowanie do sporządzania kopii bezpieczeństwa oraz odzysku maszyn wirtualnych wraz z dostawą i instalacją	1

Załącznik nr 1a do SIWZ zawierał Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”).

W Tabeli nr 1 Zamawiający określił swoje wymagania dotyczące serwerów. Zamawiający wymagał m.in. możliwości rozbudowy ilości pamięci RAM do min. 768GB. Przy założeniu, że rozbudowa jest realizowana przez dodanie dodatkowych modułów o pojemności identycznej z dostarczonymi, bez konieczności wymiany posiadanych już modułów lub dodania procesora (pkt 9 Tabeli nr 1).

Zamawiający w Tabeli nr 4 zawarł wymaganie dotyczące macierzy. Zamawiający wskazał m.in.: „Macierz musi umożliwiać w oferowanej macierzy konfigurację spełniającą następujące wymogi:

- odporność systemu na awarię jednego dowolnego dysku SSD, poziom zabezpieczenia RAID S (2+1);
- odporność systemu na awarię jednego dowolnych dwóch dysków SAS, poziom zabezpieczenia RAID6 (4+2);
- odporność systemu na awarię całej półki dyskowej;
- konfiguracja wykonana zgodnie z zaleceniami producenta dla środowiska produkcyjnego w szczególności zarezerwowanie rekomendowanej przestrzeni typu spare;
- łączna przestrzeń danych dla użytkownika nie mniejsza niż 96TiB.”

W punkcie 5 Tabeli nr 4 Załącznika 1a Zamawiający wskazał następujące wymagania:

- Dla parametrów zdefiniowanych w poprzednich punkcie przy założeniu charakterystyki obciążenia: odczyt/zapis 100% losowy dla bloków 8KB w proporcjach odczyt 50%, zapis 50%, 0% cache hits, macierz powinna zapewniać sumarycznie średnią wydajność na poziomie:
- Dla dysków SSD 160000 IOPS lub większą i czas odpowiedzi na poziomie 1ms lub mniej
Dla dysków SAS 9000 IOPS lub większą i czas odpowiedzi na poziomie 25ms lub mniej

- Wykonawca jest zobowiązany do wykazania wydajności przez przedstawienia danych katalogowych lub wydruku z tzw. sizer'a producenta lub przedstawienia dokumentów zawierających wymagane dane.
- Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania aby Wykonawca wykazał możliwość osiągnięcia deklarowanych parametrów w dostarczonym środowisku poprzez wygenerowanie testowego obciążenia zgodnie z przedstawionymi wymaganiami.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: oferta Odwołującego, który za realizację zamówienia zaoferował cenę w wysokości 2 355 812,22 zł oraz oferta Przystępującego, który zaoferował za realizację zamówienia cenę 1 702 269, 57 zł.

Izba ustaliła, że w dniu 17 lipca 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Pismem z dnia 19 lipca 2019 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 31 lipca 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących m.in. sposobu realizacji przez wykonawcę zapisu pkt 5 Tabeli nr 4 OPZ dotyczących oferowanych parametrów wydajności. Pismem z dnia 5 sierpnia 2019 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia. Wykonawca potwierdził, że oferowana macierz spełnia wymagania wskazane w pkt 5 Tabeli nr 1. Wykonawca przedłożył oświadczenie Huawei z dnia 5 sierpnia 2019 r., zawierającym informacje co do sposobu określania wydajności oferowanego urządzenia oraz informacje potwierdzające spełnienie wymogów określonych w SIWZ.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego tj. wykonawcy S. D. .

Powyższą czynność Zamawiający zaskarżył Odwołujący składając w dniu 2 września 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Pismem z dnia 6 września 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej i o powrocie do czynności badania i oceny ofert. W konsekwencji w dniu 10 września Odwołujący cofnął odwołanie wniesione w dniu 2 września 2019 r. W dniu 10 września Izba wydało postanowienie o umorzeniu postępowania (sprawa o sygn. akt: KIO 1712/19).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 9 września 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wymagał m.in. wyjaśnienia w jaki sposób wykonawca będzie realizował punkt Tabela 1 pkt. 9 oferty, określający maksymalną ilość obsługiwanej pamięci (1,5 TB), w sytuacji, gdy maksymalna ilość gniazd dla jednego procesora wynosi 12, a dostarczone moduły mają mieć pojemność 64GB?

Pismem z dnia 12 września 2019 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia. Przystępujący wskazał, że oferuje serwer z jednym procesorem, który spełnia wymóg minimalny w zakresie ilości obsługiwanej pamięci wskazany przez Zamawiającego w pkt 9 Tabeli nr 1 tj. możliwość rozbudowy do 768 GB pamięci RAM. Wykonawca wskazał, że z treści oferty jasno wynika, iż zaoferował możliwość rozbudowy do 768 GB pamięci RAM 12 gniazd (pkt 7 Tabeli 1) x 64 GB (pkt 6 Tabeli 1 oferowane 384 GB : 64 GB = 6 slotów).

Pismem z dnia 25 września 2019 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o dokonaniu poprawienia omyłki w jego ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ww. zakresie. Wykonawca nie wyraził sprzeciwu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 9 października 2019 r poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty Odwołującego oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy DS Comp S. D. (Przystępujący) jako niezgodnej z wymaganymi zawartymi w SIWZ.

Izba ustaliła, że od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Przystępujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu nieuzasadnione odrzucenie oferty, mimo jej zgodności ze SIWZ oraz zaniechaniu wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty, w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ w zakresie odporności systemu na awarię całej półki dyskowej i wykonania konfiguracji zgodnie z zaleceniami producenta.

Izba ustaliła, że wyrokiem z dnia 7 listopada 2019 r. (sygn. akt: KIO 2144/19) Izba nakazał Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku odporności systemu na awarię całej półki dyskowej.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 27 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej i powrocie do czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 26 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących m.in. realizacji funkcjonalności określonej w pkt 4 Tabela nr 4 OPZ – odporność systemu na awarię całej półki dyskowej oraz realizacji funkcjonalności określonych w pkt 4, 18 i 31 Tabeli nr 4. Izba ustaliła, że Przystępujący pismem z dnia 4 grudnia 2019 r. złożył wyjaśnienia. Wykonawca potwierdził zgodność oferty ze SIWZ. Wykonawca wskazał na nieuprawnioną rozszerzającą interpretację wymagań SIWZ dokonaną przez Zamawiającego. Załączył do wyjaśnień dwa oświadczenia Huawei z dnia 29 listopada 2019 r. oraz z dnia 4 grudnia 2019 r. na wykazanie, iż oferowany przez niego przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami zawartymi w SIWZ.

W dniu 10 grudnia 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej (III wybór w postępowaniu). Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego.

Izba ustaliła, że w dniu 20 grudnia 2019 r. odwołania od powyższej czynności Zamawiającego wniósł Odwołujący (sygn. akt: KIO 2584/19). Izba ustaliła, że treść odwołania pokrywa się z treścią odwołania wniesionego w obecnym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący podniósł te same zarzuty oraz przytoczył identyczne uzasadnienie faktyczne podniesionych zarzutów.

Pismem z dnia 23 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej i powrocie do czynności badania i oceny ofert. Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 24 grudnia 2019 r. cofnął powyższe odwołanie (sprawa o sygn. akt: KIO 2584/19). Postanowieniem z dnia 30 grudnia 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze zainicjowane odwołaniem Odwołującego z dnia 20 grudnia 2019 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 20 stycznia 2020 r. unieważnił postępowanie przetargowe. Na powyższą czynność Zamawiającego, w dniu 30 stycznia 2020 r. odwołanie wniósł Przystępujący. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Odwołujący. Na skutek uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego i braku sprzeciwu ze strony Odwołującego, Izba postanowieniem z dnia 11 lutego 2020 r. umorzyła postępowania odwoławcze (sygn. akt: KIO 1712/19).

Zamawiający w dniu 10 lutego 2020 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Czynność ta została zaskarżona przez Odwołującego i jest przedmiotem rozpoznania w obecnym postępowaniu odwoławczym.

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.

Izba uznała, że nie zaszła żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania. Jak wynika z chronologii postępowania wskazanej przez Izbę powyżej, Zamawiający w dniu 10 grudnia 2019 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność ta została zaskarżona przez Odwołującego poprzez wniesienie w dniu 20 grudnia 2019 r. odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Jednakże w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w dniu 23 grudnia 2019 r. tj. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powrotu do czynności badania i oceny ofert, Odwołujący wycofał odwołanie wniesione w dniu 20 grudnia 2019 r. Tym samym, w ocenie Izby, wobec braku substratu zaskarżenia, działanie Odwołującego uznać należy za prawidłowe. Czynność, która była przedmiotem zaskarżenia przez Odwołującego została unieważniona przez Zamawiającego, rozpatrywanie więc odwołania wykonawcy z dnia 20 grudnia 2019 r. byłoby bezprzedmiotowe bowiem czynność będąca przedmiotem zaskarżenia utraciła swoją moc. Izba w pełni aprobuje stanowisko składu orzekającego wyrażone w wyroku z dnia 21 lutego 2019 r. o sygn. akt: KIO 226/19. Brak substratu zaskarżenia, tj. brak czynności zamawiającego powoduje, że brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania bowiem czynność zamawiającego nie istnieje, a wobec tego nie sposób stwierdzić czy doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Tym samym w analizowanym stanie faktycznym, pomimo, iż okoliczności faktyczne przytoczone w treści odwołania były znane Odwołującemu już w dniu 10 grudnia 2019 r, to jednak wobec działań podjętych przez Zamawiającego w dniu 23 grudnia 2019 r., tj. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, kontynuowanie postępowania odwoławczego zainicjowanego odwołaniem z dnia 20 grudnia 2019 r. uznać należało za bezprzedmiotowe. Odwołujący dopiero w wyniku ponownego badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej mógł skutecznie podnieść wobec Zamawiającego zarzuty naruszenia ustawy Pzp. Zarówno bowiem na moment wniesienia odwołania jak i wydania wyroku przez Izbę istniał substrat zaskarżenia tj. czynność Zamawiającego. Tym samym zgłoszony przez Przystępującego oraz Zamawiającego wniosek o odrzuceniu odwołania jako wniesionego po terminie Izba uznała za niezasadny.

Odnośnie zarzutów merytorycznych podniesionych w treści odwołania, to Izba uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie, w związku z tym odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 – niezgodność oferty Przystępującego z wymaganiami zawartymi w SIWZ

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, 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 określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty ze SIWZ polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Przy czym zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są zapisy SIWZ, jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego. Ustalenie niezgodności oferty wykonawcy na podstawie subiektywnej, rozszerzającej interpretacji zapisów SIWZ czy też ocena oferty przez pryzmat oczekiwań zamawiającego nieznanymi odzwierciedlenia w SIWZ jest niedopuszczalna. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu zapisów SIWZ i nie są mu znane niewyrażone w SIWZ oczekiwania zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący argumentował, że oferta Przystępującego jest niezgodna z wymaganiami wskazanymi w SIWZ w następującym zakresie:

- a) Odporność systemu na awarię półki dyskowej oraz zmiana konfiguracji zaoferowanej macierzy dyskowej

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty Przystępującego w powyższym zakresie. Wskazać należy w pierwszej kolejności, że w Załączniku nr 1a, Tabeli nr 4 pkt 4 Zamawiający wskazał: Macierz musi umożliwiać w oferowanej macierzy konfigurację spełniającą następujące wymagania: tiret 4: odporność systemu na awarię całej półki dyskowej.

Nie ulega, w ocenie Izby, wątpliwości, że Zamawiający w żaden sposób nie zdefiniował pojęcia „odporności systemu”, do którego odwołuje się w Tabeli nr 1 pkt 4 tiret 4. Dokonując pierwotnego wyboru oferty Przystępującego, Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do jej zgodności z wymaganiami zawartymi w SIWZ. W wyniku odwołania Odwołującego z dnia 2 września 2019 r. Zamawiający zaakceptował interpretację spornych postanowień zaprezentowaną przez Odwołującego i uznał, że oferta Przystępującego nie spełnia oczekiwanych wymagań. Przy czym, w ocenie Izby, interpretacja forsowana przez Odwołującego i zaakceptowana w konsekwencji przez Zamawiającego wykraczała poza literalne brzmienie SIWZ i stanowi niedopuszczalne rozszerzenie wymagań na etapie badania i oceny ofert. Izba uznała, że Przystępującego dokonał prawidłowej interpretacji pkt 4 tiret 4 Tabeli nr 4 poprzez przyjęcie, iż wymóg ten oznacza, że w przypadku awarii półki dyskowej nadal jest dostęp do systemu oraz pozostałych sprawnych półek dyskowych.

W ocenie Izby niejednoznaczność zapisów SIWZ jak i działań Zamawiającego podjętych w toku postępowania przetargowego potwierdza, iż on sam, jak się zdaje, miał wątpliwości co do obiektywnego sposobu interpretacji SIWZ. Nie można tym samym skutecznie postawić Przystępującemu zarzut, że w wyjaśnieniach z dnia 4 grudnia 2019 r. przedstawił dwie alternatywne metody konfiguracji macierzy tak, aby osiągnąć funkcjonalność w postaci odmiennie rozumianej odporności systemu na awarię półki dyskowej. Wykonawca w sposób wyczerpujący odniósł się do odmiennej interpretacji SIWZ i opisał dwie alternatywne metody konfiguracji w celu osiągnięcia odmiennie rozumianego celu, jaki Zamawiający chce osiągnąć. W ocenie Izby, nie sposób w takich okolicznościach stwierdzić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak Izba wskazała powyższej, odrzuceniu podlegają bowiem oferty w stosunku do których w sposób jednoznaczny można wskazać, iż są sprzeczne z jednoznacznie określonymi przez Zamawiającego w SIWZ wymaganiami. Takich okoliczności, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał.

Co do argumentacji podnoszonej przez Odwołującego jakoby konfiguracja macierzy stanowiła treść oferty wykonawcy, co miało powodować, że oferta Przystępującego została zmieniona w wyniku wyjaśnień z dnia 4 grudnia 2019 r. oraz, że wykonawca nie określił co jest przedmiotem jego oferty, Izba uznała, że nie zasługuje ona na aprobatę. Po pierwsze, przywołane przez Odwołującego zapisy Tabeli nr 4 pkt 4 odnoszą się wyłącznie do stwierdzenia, że oferowana macierz musi umożliwiać osiągnięcie wskazanych funkcjonalności. Wykonawca miał wskazać w treści załącznika nr 1a czy dana macierz ma taką możliwość czy nie, co Przystępujący uczynił. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający w SIWZ zawarł wyłącznie wymóg określenia/zadeklarowania przez wykonawcę czy oferowany przez niego przedmiot zamówienia umożliwia realizację określonych funkcjonalności. W ocenie Izby z treści SIWZ w żaden sposób nie wynika, że na etapie badania i oceny ofert Zamawiający zamierzał weryfikować rzeczywiste wyniki jakie osiąga macierz tj. nie wynika, aby miał dokonywać badania urządzenia jakie zostanie dostarczone w ramach wykonania umowy. Zamawiający wymagał wyłącznie oświadczenia wykonawcy czy dana funkcjonalność jest spełniona, zastrzegając w stosunku do niektórych wymagań prawo żądania przedłożenia danych katalogowych, dokumentów potwierdzających wymagane dane czy wyników testów. W stosunku zaś do wymagań zawartych w tabeli nr 4 pkt 4 Zamawiający nie zastrzegł sobie prawa żądania np. testów bezpieczeństwa. Jeśli Zamawiający chciał badać rzeczywiste parametry oferowanej macierzy, w docelowej konfiguracji, to wówczas winien określić taki wymóg precyzyjnie w SIWZ poprzez zobowiązanie wykonawców do dostarczenia np. próbki, czego Zamawiający nie uczynił. Po drugie wskazać należy, że Zamawiający nie wymagał przedłożenia testów bezpieczeństwa dla oferowanej macierzy. Testy, o których mowa w tabeli 4 pkt 5 dotyczą wydajności macierzy. W ocenie Izby, próba oceny odporności systemu na awarię półki dyskowej nie może być oceniana na podstawie testów wydajności, gdyż inny jest cel przeprowadzenia testów, zaś testy wydajności nie zawierają informacji na temat szczegółowej konfiguracji zastosowanej podczas testów.

Podkreślić również należy, że wraz z wyjaśnieniami Przystępujący dołączył oświadczenia spółki Huawei z dnia 29 listopada 2019 r. oraz z dnia 4 grudnia 2019 r. potwierdzające, że zaoferowana w postępowaniu macierz spełnia wymagania wskazane w SIWZ. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że informacje zawarte w oświadczeniach są nieprawdziwe.

Wskazać również należy, że Przystępujący potwierdził spełnienia wymagań określonych w Tabeli nr 4 pkt 5. Na wezwanie Zamawiającego w z dnia 31 lipca 2019 r., Przystępujący potwierdził spełnienie wymaganych parametrów, na dowód czego złożył stosowne świadectwa producenta (z dnia 5 sierpnia 2019 r. oraz z dnia 6 listopada 2019 r.), z których

wynika, że fizyczne rozmieszczenie dysków pomiędzy dwie lub trzy półki nie wpływa na wyniki testów wydajności. Izbie nie został przedłożony żaden dowód, na podstawie którego podważona byłaby prawdziwość informacji zawartych w oświadczeniach złożonych przez Przystępującego. Tym samym, złożone oświadczenia Izba uznała za wiarygodne źródło informacji o funkcjonalnościach oferowanego przez Przystępującego urządzenia. Uwagi Izby dotyczące mocy dowodowej oświadczeń poczynione poniżej mają odniesienie również do omawianego zarzutu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia niezgodności oferty Przystępującego w zakresie wydajności systemu na awarię półki dyskowej. Brak jest również podstaw do uznania, iż w zakresie konfiguracji macierzy doszło do zmiany treści oferty wykonawcy.

- b) Zarzut dotyczący rozbieżności pomiędzy przestrzenią oferowaną, a rzeczywistością w zależności od deklarowanej szczegółowej konfiguracji macierzy dyskowej

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy po pierwsze, że Zamawiający w Załączniku nr 1a, tabela 4 wiersz 4 kolumna 2 wskazał, że łączna przestrzeń danych dla użytkownika nie może być mniejsza niż 96 TiB. Oferta Przystępującego spełnia minimalne wymagania określone przez Zamawiającego, co nie było kwestionowane przez Odwołującego. Tym samym, w ocenie Izby, brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty wykonawcy z wymaganiami wskazanymi w SIWZ.

Przedstawione przez Odwołującego wyliczenia matematyczne dotyczące przestrzeni dyskowej w różnych konfiguracjach macierzy dyskowej są bez znaczenia dla stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bowiem w każdej z przedstawionych konfiguracji spełniony jest wymóg określony przez Zamawiającego w SIWZ.

- c) Zarzut dotyczący niezgodność oferowanej konfiguracji macierzy dyskowej z zaleceniami producenta w zakresie domeny dyskowej i rozłożenia dysków w półkach

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Istota zarzutu Odwołującego sprowadzała się do stwierdzenia, że sposób konfiguracji macierzy dyskowej w zakresie rozmieszczenia dysków jak i w zakresie konfiguracji dysków w domenie jest niezgodny z zaleceniami producenta dostępnymi na oficjalnej stronie internetowej producenta.

W Tabeli nr 4, pkt 4 Zamawiający wskazał, że macierz musi umożliwiać w oferowanej macierzy konfigurację spełniającą następujące wymagania – tiret 5: „konfiguracja wykonana zgodnie z zaleceniami producenta dla środowiska produkcyjnego w szczególności zarezerwowanie rekomendowanej powierzchni typu spare”. Przy czym Zamawiający nie dookreślił w żaden sposób co ma stanowić źródło rekomendacji producenta. Nie ulega wątpliwości, że informacje zawarte na stronie internetowej producenta są źródłem wiedzy o oferowanych produktach. Nie jest to jednak, w ocenie Izby, źródło jedyne i wyczerpujące. Niejednokrotnie informacje zawarte na stronach internetowych producentów mają charakter ogólny, zawierają szereg zastrzeżeń co do ich kompletności, odsyłając bezpośrednio do kontaktów z producentem. W omawianym stanie faktycznym, za nieuprawnione Izba uznała przyjęcie, iż wyłącznie informacje ze strony internetowej producenta stanowią źródło zaleceń co do konfiguracji produktu. Producent jest uprawniony do składania oświadczeń co do parametrów oferowanych urządzeń, w tym zaleceń co do sposobu konfiguracji. Z taką sytuacją mamy do czynienia z omawianym stanie faktycznym. Przystępujący złożył bowiem w toku postępowania wyjaśniającego oświadczenia Huawei z dnia 5 sierpnia 2019 r. oraz 29 listopada i 4 grudnia 2019 r. które potwierdzają możliwość konfiguracji macierzy dyskowej w sposób wskazany przez Przystępującego. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, że wyłącznie informacje zawarte na stronie internetowej Huawei stanowią obowiązujące źródło rekomendacji producenta, zaś oświadczenie polskiego przedstawiciela nie może mieć znaczenia nadrzędnego. Izba podkreśla, że po pierwsze, taki wniosek nie wynika z treści SIWZ. Po drugie, przedłożone przez Przystępującego oświadczenia uznać należy za oświadczenia wiedzy, nie zaś za oświadczenia woli. Oświadczenie wiedzy podlega ocenie w zakresie prawdziwości wiadomości, którą przekazuje, nie ma natomiast za zadanie kształtowania stosunku prawnego. Oświadczenie wiedzy jest zatem zdarzeniem polegającym na przekazaniu przez podmiot informacji, będących uzewnętrznieniem treści intelektualnych przez niego posiadanych, innemu podmiotowi lub podmiotom. W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym, zakwestionowane oświadczenia należy zakwalifikować jako oświadczenia wiedzy osób je podpisujących co do właściwości produktu wskazanego w treści oświadczeń. Stanowią one oświadczenie wiedzy i mają charakter wypowiedzi sprawozdawczych, informujących o istnieniu określonego stanu rzeczy. W konsekwencji dla skuteczności takiego oświadczenia - jako oświadczeń wiedzy - nie jest wymagane, by zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania spółki Huawei. W ocenie Izby, oświadczenia te nie kształtują stosunku zobowiązaniowego, podlega zaś ocenie w kategoriach prawdy lub fałszu. W sytuacji więc, gdy oświadczenie wiedzy jest sprzeczne z rzeczywistymi danymi stanowiącymi podstawę przekazania wiedzy, to powinno być ono zmienione stosownie do tych danych. Tym samym, to zadaniem Odwołującego było podjęcie inicjatywy dowodowej i wykazanie nieprawdziwości twierdzeń zawartych w treści oświadczeń

złożonych przez Przystępującego. Takich okoliczności jednak Odwołujący nie przedstawił, ograniczając się do stwierdzenia o braku możliwości wypowiedzenia się polskiego przedstawiciela spółki Huawei o właściwościach produktów w sposób odmienny niż wymijający z informacji dostępnych na stronie internetowej Huawei. Odwołujący nie wykazał, iż w zakres obowiązków służbowych osób podpisujących oświadczenia nie wchodzi kontakt z potencjalnym klientem i udzielenie informacji na temat oferowanych produktów, w tym ich konfiguracji. Oparcie się wyłącznie na zanegowaniu skuteczności oświadczenia jest, w ocenie Izby, niewystarczające. Odwołujący miał możliwość wystąpienia do spółki Huawei o dokonanie weryfikacji twierdzeń zawartych w oświadczeniu i wykazaniu ich nieprawdziwości czy też braku wiedzy osób podpisujących oświadczenia o faktach objętych zakresem oświadczenia. Takiej inicjatywy dowodowej Odwołujący nie podjął. Oparcie zarzutu wyłącznie na negacji oświadczenia, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, jest, w ocenie Izby, niewystarczające.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

- d) Zarzut dotyczący braku możliwości rozbudowania pamięci RAM serwera do wartości oferowanej

W ocenie Izby zarzut został podniesiony przez Odwołującego z zachowaniem wymaganego terminu i nie sposób uznać go za spóźniony. Przystępujący i Zamawiający argumentowali, że Odwołujący już 25 września 2019 r. miał wiedzę o okolicznościach faktycznych stanowiących podstawę zarzutu. Wskazać jednakże należy, że w dniu 25 września 2019 r. Zamawiający nadal prowadził proces badania i oceny ofert. Zamawiający dopiero w dniu 9 października 2019 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i w ten sposób zakończył etap badania i oceny ofert, i ta czynność Zamawiającego uruchamiała bieg terminu na wniesienie odwołania. Ponieważ jednak za najkorzystniejszą w dniu 9 października 2019 r. Zamawiający uznał ofertę Odwołującego, podnoszenie w tej sytuacji zarzutów w stosunku do oferty Przystępującego byłoby bezprzedmiotowe, ponieważ pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania. W ocenie Izby dopiero na obecnym etapie postępowania Odwołujący mógł podnieść zarzut nieprawidłowego poprawienia treści oferty Przystępującego.

Izba uznała jednakże, że zarzut nie potwierdził się. Odwołujący argumentował, iż w toku wyjaśniania treści oferty Przystępującego doszło do nieuprawnionej zmiany jej treści w zakresie możliwości rozbudowy pamięci RAM.

Wskazać należy, że w dniu 12 września 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w jaki sposób będzie realizowany pkt 9 Tabela 1 OPZ, określający maksymalną ilość obsługiwanej pamięci (1,5TB), w sytuacji gdy maksymalna ilość gniazd dla jednego procesora wynosi 12, a dostarczony moduł ma pamięć o pojemności 96 GB. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie poinformował Zamawiającego, że doszło do omyłki, gdyż podał maksymalną ilość obsługiwanej pamięci dla dwóch procesorów (1,5 TB), nie zaś dla jednego (768 GB). Wykonawca wskazał w jaki sposób na podstawie danych zawartych w ofercie należy wyliczyć prawidłową wartość. Zamawiający pismem z dnia 25 września 2019 r. dokonał poprawienia treści oferty wykonawcy w powyższym zakresie. Wykonawca zaś nie wniósł sprzeciwu wobec takiej zmiany.

Izba wskazuje, że obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze - oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie - niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie - poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (a contrario - możliwe jest wprowadzenie do treści oferty zmian innych niż istotne). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa, ustawodawca bowiem uzależnił możliwość poprawienia omyłki wyłącznie od stopnia istotności zmiany oferty. Poprawienie w ofercie wykonawcy innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze SIWZ nie może zatem powodować zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. Podkreślić należy, że zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych dopuszcza się poprawienie treści oferty wykonawcy odnoszącej się bezpośrednio do jej essentialiae negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. O tym zaś czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy.

Izba uznała, że analizowanym stanie faktycznym Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał zmiany wartości maksymalnej ilości obsługiwanej pamięci. Po pierwsze, nie było sporne, że w treści oferty Przystępującego zawarte są wszystkie informacje umożliwiające obliczenie prawidłowej wartości. W wyjaśnieniach z dnia 12 września 2019 Przystępujący wskazał prawidłowy sposób wyliczenia oferowanej pamięci. Po drugie wskazać należy, że wymogi dotyczące maksymalnej ilości obsługiwanej pamięci RAM określone w pkt 9 Tabela nr 1 nie były parametrami punktowanymi, zaś dokładne obliczenie oferowanej pamięci było możliwe do obliczenia na podstawie innych precyzyjnie wskazanych parametrów przez Przystępującego w treści oferty (na co wykonawca wskazał w wyjaśnieniach z dnia 12

września 2019 r.). Tym samym, w ocenie Izby, dokonana przez Zamawiającego zmiana oferty Przystępującego, o której poinformował wykonawcę pismem z dnia 25 września 2019 r. była zgodna z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby przedmiot świadczenia Przystępującego został sprecyzowany w sposób umożliwiający określenie wartości oferowanej pamięci RAM. Poprawienie omyłki w sposób opisany w piśmie z dnia 25 września 2019 r. nie spowodowało istotnej zmiany treści oferty, nie spowodowało zmiany przedmiotu świadczenia, który nadal pozostaje ten sam, nie spowoduje również zmiany ceny realizacji zamówienia, a w konsekwencji nie wypłynie na ranking cenowy ofert. Nie będzie więc stanowić niedozwolonej istotnej zmiany treści oferty Przystępującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a 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 (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....