

Sygn. akt: KIO 2706/17

WYROK

z dnia 11 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 stycznia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 grudnia 2017 r.** przez wykonawcę **Koncept sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Książnicę Pomorską im. Stanisława Staszica w Szczecinie

orzeka:

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

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 22 grudnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy „KONCEPT” Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Książnicy Pomorskiej im. Stanisława Staszica w Szczecinie (dalej „**Zamawiający**”) w zakresie II części zamówienia naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie II części zamówienia, jako rzekomo nieodpowiadającej treści SIWZ;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie II części zamówienia;
- 3) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia kart katalogowych lub informacji technicznych dotyczących sprzętu oferowanego w II części zamówienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego w zakresie kart katalogowych lub informacji technicznych dotyczących sprzętu oferowanego w II części zamówienia;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w zakresie II części zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby w zakresie II części zamówienia: (i) unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie II części zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści SIWZ; (ii) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie II części zamówienia; (iii) wezwał Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie II części zamówienia; względnie wezwał Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia kart katalogowych lub informacji technicznych dotyczących sprzętu oferowanego w II części zamówienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego w zakresie kart katalogowych lub informacji technicznych dotyczących sprzętu oferowanego w II części zamówienia; (iv) w

konsekwencji dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w zakresie II części zamówienia.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał co następuje:

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie II części zamówienia, jako rzekomo nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, podał w piśmie z dnia 12 grudnia 2017 r. następujące uzasadnienie faktyczne:

„1) Dło sprzętu „Macierz dyskowa typu NAS - 1 komplet” w ofercie złożonej w postępowaniu Wykonawca zadeklarował macierz Huawei Ocean Stor 2200 V3. W dokumentach złożonych na wezwanie Zamawiającego nadesłał specyfikację techniczną i kartę katalogową macierzy Huawei Ocean Stor 2600 V3. Wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26. ust 4 ustawy PZP Wykonawca potwierdził, że oferuje macierz Huawei Ocean Stor 2200 V3, a wpisanie macierzy Huawei Ocean Stor 2600 V3 do specyfikacji technicznej było błędem Wykonawcy. Wraz z wyjaśnieniami Wykonawca załączył kartę katalogową macierzy Huawei Ocean Stor 2200 V3. Zaoferowana macierz nie spełnia wymogów Zamawiającego. Macierz Huawei Ocean Stor 2200 V3 nie spełnia wymogu: „Rozbudowa oferowanej macierzy, pozwalająca osiągnąć co najmniej sześciokrotne zwiększenie pojemności z zachowaniem jednorodności zastosowanych napędów dyskowych Model 2200 V3 zgodnie z dokumentacją producenta umożliwia rozbudowę maksymalnie do 2.4PB, a nie jak wymaga zamawiający do 3.0 PB. Wynika to z możliwości instalacji maksymalnie 500 szt. dysków o pojemności STB”.

2) Dla sprzętu „System serwerowy wysokowydajny, odporny na uszkodzenia - 1 komplet, d) Macierz dyskowa wysokowydajna do współdzielenia zasobów klastra - 1 sztuka” Wykonawca zaoferował macierz: Fujitsu ETHERNUS DX100 S4. Jak wynika z nadesłanej na wezwanie Zamawiającego przez Wykonawcę dokumentacji oferowana wersja nie obsługuje protokołów FCoE. który był wymagany między innymi w następujących punktach SIWZ: Pkt 11. System serwerowy wysokowydajny, odporny na uszkodzenia - 1 komplet, d) Macierz dyskowa wysokowydajna do współdzielenia zasobów klastra -1 sztuka, pkt 3 Kontrolery "10) Dla obsługi operacji blokowych i/O w sieci IP/FC SAN kontrolery macierzy muszą wspierać protokoły transmisji: FC, iSCSI, FCoE, SAS.", pkt 4 Interfejsy "2) Macierz musi umożliwiać wymianę portów do transmisji danych na porty obsługujące protokoły: FC 8Gb/s, FC 8Gb/s, iSCSI 1 Gb/s, FCoE 10Gb/s, SAS 6Gb/s." pkt 7 Opcje software'owe "5) Macierz musi umożliwiać aktualizację oprogramowania wewnętrznego i kontrolerów RAID i dysków bez

konieczności wyłączenia macierzy i bez konieczności wyłączenia ścieżek logicznych FC/iSCSI/FCoE dla podłączonych stacji/serwerów" pkt 8 Konfiguracja, zarządzanie "1) Oprogramowanie do zarządzania musi być zintegrowane z systemem operacyjnym systemu pamięci masowej zarówno przy obsłudze transmisji danych protokołami blokowymi (FC, iSCSI, SAS, FCoE) jak i do obsługi transmisji protokołami CIFS/NFS.

W ocenie Odwołującego uzasadnienie faktyczne podane przez Zamawiającego jest wewnątrznie sprzeczne. Z jednej strony Zamawiający stwierdził bowiem, że: „Model 2200 V3 zgodnie z dokumentacją producenta umożliwia rozbudowę maksymalnie do 2,4PB, a nie jak wymaga zamawiający do 3,0 PB”, z drugiej strony Zamawiający wskazał, że: „Wynika to z możliwości instalacji maksymalnie 500 szt. dysków o pojemności 8TB”. Tymczasem przemnożenie 500 szt. dysków przez 8TB daje 4000TB, czyli 4 PB (1 PB = 1000 TB), a zatem znacznie więcej niż wymagane przez Zamawiającego 3,0 PB. Przyjmując nawet, że Zamawiający pomylił się sporządzając uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego i prawidłowo chciał wskazać, że: „Wynika to z możliwości instalacji maksymalnie 300 sztuk dysków o pojemności 8TB” (maksymalna liczba dysków obsługiwanych przez macierz Huawei OceanStor 2200 V3 to 300, zaś przemnożenie 300 szt. dysków przez 8TB daje 2400TB, czyli 2,4 PB), to nadal brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w przekazanej Zamawiającemu przez Odwołującego karcie produktu dla macierzy Huawei OceanStor 2200 V3 podano na str. 3, że: maksymalna liczba dysków 300; Typy obsługiwanych dysków SSD, SAS. NL-SAS. W ocenie Odwołującego z ww. karty produktu wynika zatem tylko tyle, że macierz Huawei OceanStor 2200 V3 umożliwia instalację maksymalnie 300 dysków oraz że obsługuje m.in. dyski typu NL-SAS. Nie wiadomo zatem na jakiej podstawie Zamawiający ustalił, że dyski obsługiwane przez macierz Huawei OceanStor 2200 V3 mają pojemność 8TB, nie wiadomo tym samym na jakiej podstawie Zamawiający ustalił, że macierz Huawei OceanStor 2200 V3 umożliwia rozbudowę maksymalnie do 2,4 PB. Na pewno nic takiego nie wynika z dokumentacji producenta przekazanej Zamawiającemu przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że dyski typu NL-SAS mają pojemność 10TB i dyski o takiej właśnie pojemności są obsługiwane przez macierz Huawei OceanStor 2200 V3. Z tego względu macierz Huawei OceanStor 2200 V3 spełnia wymóg Zamawiającego: „Rozbudowa oferowanej macierzy, pozwalająca osiągnąć co najmniej sześciokrotne zwiększenie pojemności z zachowaniem jednorodności zastosowanych napędów dyskowych”, tj. umożliwia rozbudowę do 3,0 PB, tak jak tego wymaga Zamawiający. Skoro bowiem macierz Huawei OceanStor 2200 V3 umożliwia instalację maksymalnie 300 dysków a pojemność obsługiwanych przez ww. macierz dysków typu NL-SAS wynosi 10TB, to: $300 \times 10 \text{ TB} = 3000$

TB = 3 PB. Tym samym zaoferowana Zamawiającemu macierz Huawei OceanStor 2200 V3 spełnia także przytoczony powyżej wymóg dotyczący rozbudowy. Przeciwnie twierdzenia Zamawiającego nie mają natomiast żadnych podstaw.

W zakresie macierzy Fujitsu ETHERNUS DX100 S4, Odwołujący wskazał, iż podstawą odrzucenia jego oferty było następujące stwierdzenie Zamawiającego: „Jak wynika z nadesłanej na wezwanie Zamawiającego przez Wykonawcę dokumentacji oferowana wersja nie obsługuje protokołów FCoE, który był wymagany między innymi w następujących punktach SiWZ..”. W ocenie Odwołującego takie twierdzenie nie ma oparcia w rzeczywistości i jest oparte wyłącznie na dokonanej przez Zamawiającego wykładni a contrario przekazanej mu przez Odwołującego karty produktu Fujitsu ETHERNUS DXX00 S4. Mianowicie ww. karta nie zawiera żadnych informacji na temat obsługi protokołów FCoE, tj. ani nie stwierdza, że ww. protokoły są obsługiwane, ani nie stwierdza, że ww. protokoły nie są obsługiwane. Zamawiający natomiast z braku informacji na temat obsługi protokołów FCoE wyciągnął wnioski, że zaoferowana macierz Fujitsu ETHERNUS DX100 S4 tych protokołów nie obsługuje. W ocenie Odwołującego takie wnioskowanie nie ma żadnych podstaw i jest zupełnie nieuprawnione. Z braku informacji odnośnie danej funkcjonalności nie można wywodzić, że zaoferowana macierz Fujitsu ETHERNUS DX100 S4 tej funkcjonalności nie posiada. Odwołujący wskazał ponadto, że na karcie katalogowej produktu Fujitsu ETHERNUS DX100 S4 zamieszczono następującą klauzulę: „Disclaimer Technical data are subject to modification and delivery subject to availability. Any liability that the data and illustrations are complete, actual or correct is excluded” „Wyłączenie odpowiedzialności Dane techniczne mogą ulec zmianie a dostawy zależą od dostępności. Wyłącza się wszelka odpowiedzialność za kompletność, aktualność lub poprawność danych i ilustracji

W ocenie Odwołującego tym bardziej zatem brak jest podstaw do oparcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na wykładni a contrario przekazanej przez Odwołującego karty produktu Fujitsu ETHERNUS DX100 S4.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że w dokumentach złożonych na wezwanie Zamawiającego z 15 listopada 2017 r. zamieścił m.in. specyfikację techniczną, sporządzoną wg wzoru zamieszczonego w załączniku nr 8 do SIWZ. W ww. specyfikacji Odwołujący potwierdził, że zaoferowana macierz Fujitsu ETHERNUS DX100 S4 spełnia wszystkie wymagania SIWZ, w tym wymagania dotyczące obsługi protokołów FCoE, czyli: „Pkt 11. System serwerowy wy sokowy dajny, odporny na uszkodzenia - 1 komplet, d) Macierz dyskowa wysokowydajna do współdzielenia zasobów klastra - 1 sztuka, pkt 3 Kontrolery "10) Dla obsługi operacji blokowych I/O w sieci IP/FC SAN kontrolery macierzy muszą wspierać

protokoły transmisji: FC, iSCSI, FCoE, SAS.", pkt 4 Interfejsy "2) Macierz musi umożliwiać wymianę portów do transmisji danych na porty obsługujące protokoły: FC 8Gb/s, FC 8Gb/s , iSCSI 1 Gb/s, FCoE 10Gb/s, SAS 6Gb/s." pkt 7 Opcje software'owe "5) Macierz musi umożliwiać aktualizację oprogramowania wewnętrznego i kontrolerów RAID i dysków bez konieczności wyłączenia macierzy i bez konieczności wyłączenia ścieżek logicznych FC/iSCSI/FCoE dla podłączonych stacji/serwerów" pkt 8 Konfiguracja, zarządzanie "1) Oprogramowanie do zarządzania musi być zintegrowane z systemem operacyjnym systemu pamięci masowej zarówno przy obsłudze transmisji danych protokołami blokowymi (FC, iSCSI, SAS, FCoE) jak i do obsługi transmisji protokołami CiFS/NFS."

Tym samym, w ocenie Odwołującego, potwierdził on ponad wszelką wątpliwość, że zaoferowana macierz Fujitsu ETHERNUS DX100 S4 obsługuje protokoły FCoE. Przeciwnie twierdzenia Zamawiającego nie mają żadnych podstaw.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie II części zamówienia oraz odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia kart katalogowych lub informacji technicznych dotyczących sprzętu oferowanego w II części zamówienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego w zakresie kart katalogowych lub informacji technicznych dotyczących sprzętu oferowanego w II części zamówienia, stwierdzić należy co następuje.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przed odrzuceniem jego oferty powinien bezwzględnie zwrócić się o wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty w zakresie II części zamówienia. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego z powodu rzekomej niezgodności jej treści z treścią SIWZ oparł się bowiem wyłącznie na własnych domysłach i wykładni a contrario przekazanych mu przez Odwołującego dokumentów. Tymczasem, skoro Zamawiający miał wątpliwości, czy zaoferowane przez Odwołującego macierze Huawei Ocean Stor 2200 V3 oraz Fujitsu ETHERNUS DX100 S4 spełniają wymagania SIWZ i nie mógł ich rozwiązać poprzez lekturę przekazanych mu przez Odwołującego dokumentów, to powinien zapytać Odwołującego wprost o kwestie budzące wątpliwości i pozwolić Odwołującemu je wyjaśnić. Gdyby tylko Odwołujący miał taką szansę, to w złożonych wyjaśnieniach wskazałby Zamawiającemu na wszystkie okoliczności, na które wskazał w niniejszym odwołaniu. Zamawiający jednak Odwołującemu takiej szansy nie dał, czym w oczywisty sposób naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie

podkreśla się, że zwłaszcza odrzucenie oferty nie może nastąpić przed umożliwieniem wykonawcy złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tytułem przykładu w Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 17 maja 2016 r., sygn. akt KIO 708/16, wyrok KIO z dnia 26 września 2016 r., sygn. akt KIO 1683/16, wyrok KIO z dnia 01 września 2016 r., sygn. akt KIO 1564/16, wyrok KIO z dnia 05 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 501/17.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że jeżeli powodem odrzucenia oferty Odwołującego było to, iż Zamawiający nie znalazł w dokumentach złożonych przez Odwołującego potwierdzenia wymaganych w SIWZ parametrów technicznych, to zamiast odrzucać ofertę Odwołującego z tego powodu Zamawiający powinien na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia kart katalogowych lub informacji technicznych dotyczących sprzętu oferowanego w II części zamówienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego w zakresie kart katalogowych lub informacji technicznych dotyczących sprzętu oferowanego w II części zamówienia. Obowiązek takiego właśnie zachowania Zamawiającego wynika w sposób oczywisty z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie nie jest to obowiązek, którego Zamawiający może nie wykonać. Ww. karty katalogowe i informacje techniczne, wymagane w pkt 7.8 ppkt 8) SIWZ, stanowią bowiem tzw. dokumenty przedmiotowe, czyli dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Nie ma żadnych wątpliwości, że regulacja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy m.in. tzw. dokumentów przedmiotowych. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający może odstąpić od zastosowania art. 26 ust. 3 wobec tzw. dokumentów przedmiotowych tylko w dwóch wypadkach:

- a) jeżeli mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo
- b) jeżeli mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W ocenie Odwołującego nie ma żadnych wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie żaden z dwóch ww. wypadków nie zachodzi. Zatem Zamawiający winien wezwać Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia kart katalogowych lub informacji technicznych dotyczących sprzętu oferowanego w II części zamówienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego w zakresie kart katalogowych lub informacji technicznych dotyczących sprzętu oferowanego w II części zamówienia.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących

dokumentów złożonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 listopada 2017 r., niemniej jednak ww. wezwanie do wyjaśnień dotyczyło zupełnie innych kwestii niż te, które stały się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. W ocenie Odwołującego za niedopuszczalną uznać należy sytuację, w której Zamawiający zwraca się do Odwołującego o wyjaśnienie jednej kwestii a następnie odrzuca ofertę Odwołującego z powodu zupełnie innej kwestii, niebędącej przedmiotem jakichkolwiek wyjaśnień.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w zakresie II części zamówienia, stwierdzić należy co następuje.

Odwołujący wskazał, że powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę Odwołującego, to w konsekwencji Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, bowiem to oferta Odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i drugiego kryterium oceny ofert, tj. gwarancji, i gdyby nie została odrzucona, to uzyskałaby maksymalną ocenę za wszystkie kryteria, czyli 100 pkt.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ wraz z załącznikami na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań technicznych Zamawiającego; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) wezwania Zamawiającego skierowane do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz odpowiedzi Odwołującego wraz z załączonymi dokumentami na okoliczność ustalenia ich treści; (iv) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (v) oświadczenie firmy Fujitus z dnia 8 stycznia 2018 r. na okoliczność ustalenia parametrów technicznych macierzy Fujitus Ethernus DX100 S4; (vi) tłumaczenie karty katalogowej urządzenia Huawei Ocean Stor 2200 V3 na okoliczność ustalenia parametrów technicznych urządzenia.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawę systemów informatycznych i sprzętu komputerowego z przeznaczeniem na wyposażenie Zachodniopomorskiej Książnicy Cyfrowej w Szczecinie. Zamówienie zostało podzielone przez Zamawiającego na trzy części. Na część

II zamówienia składała się dostawa biblioteki taśmowej, klimatyzatora podsufitowego z wymiennikiem zewnętrznym, macierzy dyskowej NAS, systemu serwerowego składającego się z 4 serwerów, przełącznika wysokowydajnego oraz macierzy z oprogramowaniem realizującym funkcję klastra wysokowydajnego, a także 13 switchy.

W załączniku nr 8 do SIWZ Zamawiający zawarł Specyfikację Techniczną przedmiotu zamówienia.

Zamawiający określił, iż na sfinansowanie zamówienia przeznaczy kwotę 3 864 660 zł, w tym 2 115 600 zł na sfinansowanie części II zamówienia.

Pismem z dnia 15 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24aa ustawy Pzp w zakresie części I, II, III zamówienia do złożenia dokumentów potwierdzających m.in., iż oferowane przez niego urządzenia spełniają warunki wskazane w SIWZ. Pismem z dnia 24 listopada 2017 r. Odwołujący złożył dokumenty przedmiotowe, w tym specyfikację techniczną oferowanego sprzętu wg. załącznika nr 8 do SIWZ oraz Karty Katalogowe oferowanego sprzętu.

Pismem z dnia 29 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia m.in. rozbieżności w zakresie zaoferowanego urządzenia. Zamawiający wskazał, iż w ofercie Odwołującego na stronie 7 pozycja 3 sprzęt wskazana jest macierz Huawei Ocean Stor 2200 V3, zaś w nadesłanej specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu (do załącznika nr 8) strona 51 punkt 10 Macierz dyskowa NAS 1 komplet podano: Huawei Ocean Stor 2600 V3, podobnie w nadesłanych kartach katalogowych znajduje się karta Huawei Ocean Stor 2600 V3. Zamawiający wskazał, że w ofercie jest więc inna macierz niż w nadesłanej specyfikacji technicznej i kartach katalogowych.

Jednocześnie pismem z dnia 29 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia m.in. w języku polskim certyfikatów oraz kart katalogowych

Pismem z dnia 4 grudnia 2017 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia. Wskazał m.in., że w złożonej ofercie w postępowaniu oferuje macierz firmy Huawei Ocean Stor 2200 1v3. Natomiast w specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu załącznik nr 8 do SIWZ omyłkowo wpisał błędny model jak również błędnie załączył kartę katalogowa Ocean Stor 2600 1v3 do pisma z dnia 24.11.2017 W załączeniu do pisma Odwołujący przesłał kartę katalogowa Huawei Ocean Stor

2200 V3 wraz z tłumaczeniem. Odwołujący złożył również kartę katalogową macierzy wysokowydajnej Fujitsu ETHERNUS DX100 S4.

Pismem z dnia 12 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania przetargowego. Zamawiający działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu w zakresie II części zamówienia na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadająca treści SIWZ. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że dla sprzętu „Macierz dyskowa typu NAS — I komplet” w ofercie złożonej w postępowaniu Odwołujący zadeklarował macierz Huawei Ocean Stor 2200 V3. W dokumentach złożonych na wezwanie Zamawiającego nadesłał specyfikację techniczną 1 kartę katalogową macierzy Huawei Ocean Stor 2600 V3. Wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26. ust. 4 ustawy Pzp Odwołujący potwierdził, że oferuje macierz Huawei Ocean Stor 2200 V3, a wpisanie macierzy Huawei Ocean Stor 2600 V3 do specyfikacji technicznej było błędem. Wraz z wyjaśnieniami Odwołujący załączył kartę katalogową macierzy Huawei Ocean Stor 2200 V3. Zamawiający wskazał, że zaoferowana macierz nie spełnia wymogów Zamawiającego. Macierz Huawei Ocean Stor 2200 V3 nie spełnia wymogu rozbudowa oferowanej macierzy, pozwalająca osiągnąć co najmniej sześciokrotne zwiększenie pojemności z zachowaniem jednorodności zastosowanych napędów dyskowych.” Model 2200 V3 zgodnie z dokumentacją producenta umożliwia rozbudowę maksymalnie do 2,4PB, a nie jak wymaga zamawiający do 3,0 PB. Wynika to z możliwości instalacji maksymalnie 500 szt. dysków o pojemności 8TB.

Ponadto Zamawiający wskazał, że dla sprzętu „System serwerowy wysokowydajny, odporny na uszkodzenia — 1 komplet, d) Macierz dyskowa wysokowydajna do współdzielenia zasobów klastra 1 sztuka” Odwołujący zaoferował macierz: Fujitsu ETHERNUS DXI 00 S4. W ocenie Zamawiającego macierz ta nie obsługuje protokołu FCoE, który był wymagany w SIWZ.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w 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, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia w zakresie części II. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w tej części zamówienia.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne, a w konsekwencji odwołanie podlega oddaleniu. Odwołujący nie wykazał bowiem, iż zaoferowana przez niego macierz Huawei Ocean Stor 2200 V3 spełnia wymagania techniczne wskazane w załączniku nr 8, pkt 10 ppkt 4 do SIWZ, a tym samym Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

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

W przedmiotowej sprawie nie był sporny pomiędzy stronami zakres wymogów Zamawiającego dotyczący macierzy dyskowych. Zgodnie z pkt 10, ppkt 4 Załącznika nr 8 do SIWZ zaoferowana przez wykonawcę macierz dyskowa winna mieć możliwość rozbudowy pozwalającej osiągnąć co najmniej sześciokrotne zwiększenie pojemności z zachowaniem jednorodności zastosowanych napędów dyskowych. Wykonawca składający ofertę miał zaś obowiązek załączyć karty katalogowe lub inne informacje techniczne potwierdzające, iż oferowane urządzenia powyższy wymóg spełnia. W ocenie Izby Odwołujący nie przedłożył jednak wraz z ofertą ani też w wyniku samouzupelnienia dokumentów w piśmie z dnia 4 grudnia 2017 r. dokumentów potwierdzających, iż zaoferowana przez niego macierz dyskowa Huawei Ocean Stor 2200 V3 spełnia powyższe wymagania. Zgodnie bowiem z przedłożoną podczas rozprawy kartą katalogową urządzenia o nazwie Huawei Ocean Stor 2200 V3 ma ono możliwość rozbudowy do 2,4PB, nie zaś jak wymagał Zamawiający do 3,0 PB. Na pytanie Izby z czego wynika możliwość rozbudowy zaoferowanego urządzenia do 3,0 PB, Odwołujący wskazał, że jest wiedzą powszechną, że zaoferowana przez niego macierz dyskowa obsługują dyski NL SAS o pojemności 10 TB, co tym samym umożliwia spełnienie wymogu rozbudowy wskazanego w SIWZ. Nie sposób jednak, w ocenie Izby, przychylić się do argumentacji Odwołującego. Po pierwsze, możliwość obsługi określonego rodzaju dysków przez macierz dyskową nie może być uznane za wiedzę powszechną. Jest to wiedza specjalistyczna, a informację o możliwościach technicznych danego urządzenia co do zasady są przekazywane przez producenta urządzenia. W przedmiotowej sprawie, karta katalogowa dla urządzenia Huawei Ocean Stor 2200 V3 nie potwierdza, iż obsługuje ona dyski o pojemności 10TB. Po drugie, Odwołujący na pytanie Izby o dowody potwierdzające jego twierdzenia oświadczył, że takich dowodów nie posiada. Tym samym nie sposób uznać na podstawie subiektywnych

stwierzeń wykonawcy dążącego do uzyskania zamówienia i zmiany niekorzystnej decyzji Zamawiającego, że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymagania wskazane w SIWZ. Podkreślić należy, że obowiązkiem Odwołującego było złożenie wraz z ofertą kart katalogowych lub innych informacji technicznych potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego. Niedopełnienie przez Odwołującego wymogów wskazanych w SIWZ zasadnie zostało uznane przez Zamawiającego jako podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący nie wykazał, że oferowana przez niego macierz dyskowa spełnia wymagania zawarte w pkt 10, ppkt 4 Załącznika nr 8 do SIWZ.

Co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca ma możliwość jednokrotnego uzupełnienia określonego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Innymi słowy w przypadku niezłożenia lub złożenia nieprawidłowego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy też na potwierdzenie, że oferowane dostawy czy usługi spełniają wymagania zamawiającego wykonawca ma możliwość jednokrotnego skorygowania swojego błędu. Podkreślić należy, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady niezmienności oferty i możliwość jego zastosowania nie może być interpretowana rozszerzająco. Zastosowanie instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów winno zawsze być interpretowane w świetle zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Nie ulega wątpliwości, iż Odwołujący składając ofertę oraz dokumenty potwierdzające, iż oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie dochował należytej staranności i załączył błędną kartę katalogową oferowanego urządzenia. Okoliczność tą potwierdził sam wykonawca w piśmie z dnia 4 grudnia 2017 r., odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 29 listopada 2017 r. W tych okolicznościach faktycznych zasadne było rozstrzygnięcie czy samodzielne uzupełnienie przez Odwołującego dokumentów potwierdzających, iż oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego wyczerpało możliwość wezwania wykonawcy

do ponownego złożenia właściwej karty katalogowej lub innych dokumentów technicznych potwierdzających możliwość rozbudowy macierzy w sposób opisany w SIWZ. W ocenie Izby brak jest uzasadnienia prawnego do nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych w zakresie macierzy Huawei Ocean Store 2200 v3. Istota bowiem regulacji zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp sprawdza się do możliwości jednokrotnego skorygowania przez wykonawcę błędów dotyczących dokumentów złożonych wraz z ofertą. Izba podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie, że o ile dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia prawidłowych dokumentów, o tyle wykonawca, co do zasady, nawet bez wezwania ze strony zamawiającego, gdy stwierdzi, iż zachodzą w stosunku do niego okoliczności wskazane w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uprawniony jest do uzupełnienia dokumentów. Wykonawca jednak samodzielnie uzupełniając dokument musi liczyć się z tym, że wykorzystuje tym samym uprawnienie jednokrotnego skorygowania dokumentów przedmiotowych czy podmiotowych wynikające z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Gdyby przyjąć inaczej i dopuścić możliwość wielokrotnego samodzielnego uzupełnienia czy zmiany dokumentów złożonych wraz z ofertą, równoległe z obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to wykonawcy mogliby dokonywać dowolnego uzupełniania, zmiany oraz wszelkich modyfikacji oświadczeń i dokumentów, a w konsekwencji treści oferty, po upływie terminu składania ofert, co całkowicie burzyłoby porządek prawny w tym zakresie.

Tym samym, Odwołujący decydując się na samodzielnie załączenie nowej karty katalogowej dla urządzenia Huawei Ocean Stor V3 wraz z odpowiedzią na wezwanie do złożenia wyjaśnień skorzystał w przysługującego mu prawa jednokrotnego skorygowania błędów w dokumentacji oferty. Umożliwienie mu ponownego skorygowania dokumentacji technicznej tego samego urządzenia stałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą jednokrotnego korygowania czy uzupełniania dokumentów przedmiotowych i podmiotowych. W ocenie Izby brak jest postaw do nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia innej karty katalogowej czy też dokumentacji technicznej potwierdzających parametry oferowanego urządzenia.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Odwołujący argumentował, że Zamawiający winien bezwzględnie zwrócić się do niego o złożenie wyjaśnień treści oferty, zaś wykonawca w złożonych wyjaśnianych wskazałby na okoliczności zawarte w odwołaniu, które potwierdzają, że urządzenie zaoferowane spełnia wymagania Zamawiającego. Nie sposób

zgodzić się z Odwołującym. Po pierwsze wskazać należy, że z treści odwołania nie wynika, iż zaoferowana przez Odwołującego macierz dyskowa Huawei Ocean Stor V3 spełnia wymagania Zamawiającego. Jak Izba wskazała powyższej, ani w treści odwołania ani podczas rozprawy nie został przedłożony jakikolwiek dowód potwierdzający możliwość rozbudowy zaoferowanej macierzy dyskowej do parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Po drugie, Odwołujący był wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień co do urządzenia jakie zaoferował Zamawiającemu. Co prawda Zamawiający skierował wezwanie z dnia 29 listopada 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jednakże z treści tego wezwania wynika, iż dotyczyło również treści samej oferty tj. dookreślenia jakie urządzenie jest oferowane przez Odwołującego. Odwołujący jednoznacznie określił co jest przedmiotem jego oferty, a tym samym brak jest, w ocenie Izby, przesłanek do wystosowania kolejnego wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący bowiem w sposób precyzyjny i jednoznaczny określił przedmiotem swojego świadczenia na rzecz Zamawiającego.

Co się zaś tyczy podniesionych przez Odwołującego zarzutów dotyczących ustaleń Zamawiającego w zakresie macierzy Fujitsu Ethernus DX100 S4, to wskazać należy, że podczas rozprawy Odwołujący złożył do akt sprawy oświadczenie firmy Fujitsu z dnia 8 stycznia 2018 r. na potwierdzenie, że zaoferowana przez niego macierz spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie wymogu obsługi protokołów FCoE. Zamawiający po zapoznaniu się z treścią oświadczenia uznał zasadność podniesionego zarzut i wskazał, że gdyby oświadczenie zostało dołączone do oferty Odwołującego, to nie dokonałby odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na brak możliwości obsługi przez zaoferowaną macierz protokołów FCoE. W konsekwencji uznać należy, że skoro pomiędzy stronami wygasł spór co do parametrów technicznych zaoferowanego przez Odwołującego urządzenia, to za zbędne uznać należy rozstrzygnięcie o zasadności podniesionego zarzutu.

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. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: