Sygn. akt: KIO 2300/18

WYROK
z dnia 22 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2018 r. przez **Wykonawcę – Intros Technologie Multimedialne Spółka z ograniczoną odpowiedzialności** z siedzibą w Gliwicach przy ul. Toszeckiej 101 (44-117 Gliwice) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Skarb Państwa – Sąd Apelacyjny w Lublinie** ul. Obrońców Pokoju 1 (20-950 Lublin)

przy udziale

Wykonawcy – ASCOMP Spółka Akcyjnaz siedzibą w Krakowie przy ul. Christo Botewa 14 (30-798 Kraków) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1**Oddala odwołanie.**
2Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Intros Technologie Multimedialne Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Intros Technologie Multimedialne Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania;
2.2zasądza od Wykonawcy Intros Technologie Multimedialne Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach na rzecz Zamawiającego Sądu Apelacyjnego w Lublinie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2300/18

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Sąd Apelacyjny w Lublinie na *dostawę przełączników sieciowych i macierzy na rzecz Sądu Okręgowego w Lublinie oraz 74 sztuk przełączników sieciowych – typ 2 (zarządzany przez L2) na rzecz sądów powszechnych z obszaru apelacji lubelskiej* (nr sprawy: Zp 2130-166/18), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.09.2018 r., nr 2018/S 177-400749, wobec czynności wyboru oferty ASCOMP i odrzucenia własnej oferty Wykonawca Intros Technologie Multimedialne Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 8 listopada 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2300/18).

Zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 29.10.2018 r., natomiast informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 5.11.2018 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy Pzp:
1)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty Intros pomimo, że treść oferty Odwołującego odpowiada treść siwz;
2)art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ASCOMP pomimo, że oferta ww. Wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w siwz;
3)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z parametrem z pkt. 1.2 załącznika nr 1 do siwz *Macierz musi być wyposażona w 8 portów 10 Gb iSCSI/FCoE oraz 2 porty SAS do połączenia dodatkowych półek dyskowych*(po zmianie z 17.10.2018 r.). Z powodu braku w macierzy portów wspierających technologię FCoE Zamawiający odrzucił ofertę wskazując w uzasadnieniu, że zaoferowana macierz Fujitsu Eternus DX100S4 nie posiada portów wspierających technologię FCoE.

Wadliwość decyzji Zamawiającego wynika z faktu, iż w opisie parametru w pkt 1.2 Zamawiający wskazał dwie alternatywne technologie, które muszą wspierać porty oferowanej macierzy. Zamawiający prawidłowo ustalił, iż oferowana macierz jest wyposażona w porty nie wspierające technologii FCoE, natomiast zaniechał ustalenia, czy wyposażona jest ona w porty wspierające drugą, alternatywną technologię – iSCSI. Właśnie ta technologia jest wspierana w oferowanej macierzy, co potwierdza karta katalogowa producenta.

Ponieważ Zamawiający nie zdefiniował innego znaczenia prawego ukośnika, użytego w opisie parametru, niż powszechnie stosowane, czyli jako oznaczenie alternatywy zwykłej – „lub", na etapie badania i oceny ofert nie powinien

nadawać mu innego znaczenia.

Do postępowania odwoławczego w terminie przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca wybrany – ASCOMP S.A. z/s w Krakowie.

Zamawiający złożył w dniu wyznaczonym na posiedzenie z udziałem stron odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Zamawiający odwołał się do branżowej nomenklatury informatycznej, której producenci używają do opisu oferowanej technologii i wskazał na przykładowe zapisy kart katalogowych macierzy HP, IBM. Przedstawione tłumaczenia kart wskazują na znaczenie używanego opisu portów iSCSI/FCoE, dla określenia parametru macierzy, który umożliwia pracę – zgodnie z wyborem użytkownika – w trybie iSCSI lub w trybie FCoE. Oznacza to zatem, że sprzęt posiada możliwość pracy w obu konfiguracjach (protokołach), chociaż nie jednocześnie. Zamawiający wskazał, iż na rynku nie istnieje sprzęt umożliwiający wykorzystanie przez użytkownika obu protokołów jednocześnie (w danej chwili), stąd nie było możliwe użycie przy opisie wymagania spójnika „i". Stąd też powszechnie stosowane w nomenklaturze informatycznej jest użycie „ukośnika" dla opisania parametru. Zgodnie z kartą katalogową macierz zaoferowana przez Odwołującego (FUJITSU ETERNUS DX100 S4) opisywana jest w innym parametrze (interfejsy) z użyciem „ukośnika" w tym samym znaczeniu, tj. wskazując dostępne ustawienia po uruchomieniu urządzenia. Jednocześnie zaoferowana macierz jest wyposażona w 2/4/8 portów iSCSI, które mogą być skonfigurowane wyłącznie do obsługi protokołu iSCSI, co oznacza że nie jest możliwe przekonfigurowanie portów do obsługi protokołów FCoE. Zamawiający wskazał na prawidłową wykładnię parametru opisującego wyposażenie portów 1/10GBase-X SFP+, który pozwala na konfigurację przez użytkownika przepustowości z jaką ma pracować urządzenie (1GBase-X SFP+ lub 10GBase-X SFP+), co oznacza, że urządzenie zapewnia możliwość wykorzystania tych wariantów.

Przystępujący po stronie Zamawiającego złożył pismo procesowe, w którym prezentował rozumienie wymagania zgodne z przedstawionym przez Zamawiającego, iż oferowane rozwiązanie powinno być zdolne do pracy w dwóch standardach iSCSI oraz FCoE (do wyboru przez użytkownika).

Odwołujący podtrzymał w całości odwołanie, które Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą".

Badanie formalne odwołania nie wykazało podstaw do odrzucenia, co skutkowało jego rozpoznaniem w pełnym zakresie na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Odwołujący wniósł odwołanie na czynności oceny jego oferty zakończonej decyzją o jej odrzuceniu oraz wyborem oferty Przystępującego. Przywrócenie oferty Odwołującego do oceny zmieniać mogłoby wynik tego postępowania, gdyż oferta ta jest tańsza od drugiej, niepodlegającej odrzuceniu.
W świetle przedstawionych okoliczności Izba uznała, iż stanowiąca przedmiot zarzutów czynność badania oferty Odwołującego, mogła naruszać interes Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, gdyż konsekwencją uznania oferty za niezgodną z treścią siwz było jej odrzucenie z postępowania. Tym samy Izba uznała, iż okoliczności podniesione w podstawie zarzutów wskazują, iż uzasadnionym stało się złożenie odwołania, którego żądania zmierzały do uchylenia niekorzystnych skutków decyzji Zamawiającego.
Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego, złożonych dowodów, w szczególności kart katalogowych macierzy Fujitsu oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę przełączników sieciowych oraz macierzy na rzecz Sądu Okręgowego w Lublinie oraz 74 przełączników sieciowych – typ 2 (zarządzany L2) na rzecz sądów powszechnych z obszaru apelacji lubelskiej. Przedmiot zamówienia opisany został w załączniku nr 1 do siwz. W przypadku macierzy zamawianych jest 5 sztuk spełniających wszystkie wymienione w tabeli wymagania techniczne. W poz. 1.2 tabeli Zamawiający wskazał, iż *Macierz musi być wyposażona w 8 portów 10 Gb iSCSI/FCoE oraz 2 porty SAS do podłączenia dodatkowych półek dyskowych.*

Odwołujący zaoferował macierz dyskową FUJITSU ETERNUS DX100 S4 i załączył kartę katalogową, w której dostępna jest liczba interfejsów hosta *2/4/8 portów [FC, iSCSI, SAS], 8/16 portów [Ethernet (1 Gbit/s)], 4/8 portów [Ethernet (10Gbit/s)].*

Zamawiający pismem z dnia 29.10.2018r. odrzucił ofertę Odwołującego wskazując w uzasadnieniu, iż zaoferowana macierz Fujitsu Eternus DX100S4, która nie spełnia wymagań określonych w pkt 1.2 OPZ. Zamawiający stwierdził, że macierz nie posiada portów wspierających technologię FCoE, co czyni ją niezgodną z siwz.

Na tej samej podstawie Zamawiający odrzucił również oferty dwóch innych Wykonawców: Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z/s w Krakowie oraz Arcus Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z/s w Lublinie.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba miała na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz), ofertę Odwołującego oraz karty katalogowe macierzy FUJITSU ETERNUS DX100 S4 (zaoferowana) oraz FUJITSU ETERNUS DX8900 S3.

Zasadniczym w sporze nie było ustalenie, że zaoferowana macierz dyskowa FUJITSU ETERNUS DX100 S4 nie obsługuje protokołu FCoE *(Fibre Chanel over Ethernet)*, lecz ocena, czy w świetle szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, prowadzi to do niezgodności oferty z treścią siwz. Strony prezentowały odmienne rozumienie zapisu wymagania technicznego z pkt 1.2 załącznika nr 1 do siwz, w którym użyto znaku „/" przy opisie (…)*iSCSI/FCoE (…).*

Odwołujący wskazywał na konieczność przyjęcia znaczenia powszechnego określanego, jako alternatywa zwykła, przy której wystarczającym było, aby jedna z opisanych technologii była obsługiwana przez macierz. Natomiast Zamawiający i Przystępujący po jego stronie prezentowali rozumienie, jakie w branży informatycznej ma ten zapis, jako wymagania opisującego dostępne technologie, możliwe do wykorzystania przez użytkownika sprzętu. Pomiędzy stronami nie było natomiast sporu co do ustalenia, że wskazanie na interfejsy FCoE i iSCSI oznacza, iż macierz posiada możliwość konfiguracji z wykorzystaniem jednego z dwóch dostępnych rozwiązań, a zatem nie jest możliwa jednoczesna praca macierzy w obu technologiach.

Na podstawie zebranego materiału Izba uznała, iż zarzuty formułowane wobec oceny oferty Odwołującego nie potwierdziły się, o czym zdecydowała wykładnia postanowienia siwz. Izba przyjęła, iż właściwym było znaczenie opisu wymagania technicznego prezentowane przez Zamawiającego, do którego skłaniało rozumienie branżowe parametru macierzy, dodatkowo potwierdzone w kartach katalogowych producenta Fujitsu. Izba przyjęła zgodnie z wyjaśnienia stron, iż dostępne i stosowane przez producentów rozwiązania techniczne macierzy pozwalają na pracę z wykorzystaniem dwóch wskazanych przez Zamawiającego technologii, tj. iSCSI oraz FCoE, pozostawionych do wyboru użytkownikowi przy konfigurowaniu. W świetle tego stanowiska Izba uznała, iż wykładania prezentowana przez Odwołującego zmieniała istotnie opis funkcjonalności macierzy, wykluczając możliwość wykorzystania dwóch protokołów do jednego iSCSI, który Zamawiający ocenił jako mniej przydatny dla beneficjenta dostawy – Sądu Okręgowego w Lublinie. Zasadniczym dowodem były karty katalogowe producenta macierzy Fujitsu, w tym karta macierzy DX8900 S3, w której użyto identycznego, jak w siwz oznaczenia danej technicznej*Liczba dostępnych interfejsów 384(FC), 192(iSCSI/FCoE)*Skoro producent urządzeń opisuje parametr macierzy w sposób przyjęty przez Zamawiającego, Izba nie miała podstaw do przyjęcia argumentacji Odwołującego, w której zasadniczo skupiał się na analizie sposobu opisu w siwz innych wymagań, w tym dotyczących przełączników. Izba uznała, iż wykładni opisu parametru macierzy należy dokonać w kontekście znaczenia branżowego tego parametru i jego dostępności na rynku, bez odnoszenia się do sposobu opisu innych parametrów technicznych. Tym samym poza rozważaniami Izby znalazły się zapisy innych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia. Wracając zatem do parametru z pkt. 1.2 Izba analizując przedłożone karty katalogowe dwóch produktów (macierzy) tego samego producenta (Fujitsu) Izba uznała, iż producent ten używa różnego oznaczenia parametru dotyczącego interfejsów. Jak wyjaśnił Odwołujący macierz Fujitsu Eternus DX8900 S3 posiada obie technologie pozwalające na komunikację z wykorzystaniem każdego z wymienionych w OPZ protokołów komunikacji, jednak rozwiązanie to jest droższe od zaoferowanego. Wyjaśnienie to potwierdza wprost, że Odwołujący miał wiedzę co do dostępnych rozwiązań i ich możliwości technicznych. Skoro znacznie, jakie prezentował Zamawiający koresponduje z opisem używanym przez producentów urządzeń, to nie było podstawy do przyjęcia, iż macierz wykorzystująca tylko jedno rozwiązanie, spełni oczekiwania Zamawiającego wyrażone w opisie uwzględniającym oba rozwiązania iSCSI oraz FCoE.

Należy również zauważyć, iż Zamawiający w siwz wprawdzie nie tłumaczył znaczenia zapisu technicznego, to również żaden z wykonawców nie zwrócił się ze stosownym zapytaniem o wyjaśnienie parametru opisanego z wykorzystaniem znaku „/”. Mając zatem na uwadze, iż siwz dotyczy sprzętu informatycznego Zamawiający nie miał podstaw przypuszczać, aby zapis techniczny używany przez producentów nie były zrozumiały dla podmiotów profesjonalnie zajmujących się sprzedażą urządzeń. Próba nadania odmiennego znaczenia parametru dopiero w odwołaniu wniesionym na czynność przeprowadzoną zgodnie ze zrozumiałym opisem wymagania technicznego, nie mogła być skuteczna.

W świetle powyższego odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości stwierdzonej rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy, tj. 3600 zł.

Przewodniczący: ……