Sygn. akt: KIO 2633/18

WYROK

z dnia 10 stycznia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 stycznia 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 grudnia 2018 roku** przez **Odwołującego - Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Polskie Radio S.A. z siedzibą w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **Matic S.A. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego udział do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie** przyznania punktów w ramach wyznaczonych kryteriów oceny ofert **i nakazuje** unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie procesu badania i oceny ofert, w tym ponowne przeliczenie liczby punktów przyznanych poszczególnym wykonawcom w ramach wyznaczonych kryteriów oceny ofert;
2. **W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za nieudowodnione.**
3. kosztami postępowania obciąża **Przystępującego: Matic S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
4. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** tytułem wpisu od odwołania,
5. zasądza od **Przystępującego: Matic S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Odwołującego - Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., nr 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:
……

sygn. akt KIO 2633/18

UZASADNIENIE

Dnia 21 grudnia 2018 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., nr 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp" odwołanie złożył wykonawca **Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zwany dalej „Odwołującym".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Modernizacja repozytoriów danych i sieci SAN"* prowadzi Zamawiający: **Polskie Radio S.A. z siedzibą w Warszawie**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 sierpnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 165-376414.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że w toku postępowania naruszył następujące przepisy ustawy:
1.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MATIC S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „MATIC"), mimo iż jest ona niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w zakresie w jakim oferowana macierz wyposażona jest w kontrolery nie pracujące w trybie synchronicznym active-active oraz nie ma możliwości obsługi ruchu do danego wolumenu przez wszystkie 4 kontrolery jednocześnie;
2.art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia MATIC z postępowania, pomimo iż Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, w zakresie w jakim informacje te dotyczą kryteriów oceny ofert określonych w pkt 3.2 formularza ofertowego (tabela fakultatywnych funkcjonalności macierzy) poz.: 11, 17, 20, 24 oraz 25;
3.art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1.unieważnienia czynności wyboru oferty MATIC jako najkorzystniejszej;
2.dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3.wykluczenia MATIC z postępowania i odrzucenia oferty złożonej;
4.dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 14 grudnia 2018 r. W tym dniu Odwołujący otrzymał via faks informację o wyborze oferty MATIC jako najkorzystniejszej. Odwołanie wniesiono w dniu 21 grudnia 2018 r., zatem z zachowaniem ustawowego terminu (na podstawie art. 182 ust. 1 pkt.1 Pzp). Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Wykonawca posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, MATIC powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona, natomiast oferta Odwołującego w takiej sytuacji powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W związku z powyższym, w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu podniesiono, że z formularza ofertowego MATIC wynika, że oferuje on rozwiązanie macierzowe IBM V7000 G2+, zaś z dołączonej do oferty dokumentacji technicznej wynika, że przedmiotem oferty jest IBM V7000 G2. Zamawiający pismem z dnia 30 października 2018 r. wezwał MATIC do złożenia wyjaśnień w zakresie kwestii technicznych dot. niespełniania wymagań SIWZ a wynikających z przedstawionej przez MATIC dokumentacji technicznej.

MATIC w odpowiedzi na wezwanie przedstawił wyjaśnienia z dnia 7 listopada 2018 r., w których wskazał, iż *„dostarczy macierz model Storwize V7000 G2+”,* jednocześnie przedkładając oświadczenie IBM Polska sp. z o.o. odnoszące się do wezwania Zamawiającego i wskazujące na dokumentację techniczną dostępną w Internecie m.in. na stronie http://www.redbooks.ibm.com.

Niezależnie od tego co jest przedmiotem oferty, tzn. IBM V7000 G2+ czy IBM V7000 G2, to oferta MATIC jes niezgodna z treścią SIWZ. Z uwagi na to, iż z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający wybierając tę ofertę uznał, że przedmiotem oferty jest macierz IBM V7000 G2+ przedstawiona argumentacja i zarzuty dotyczą tej macierzy.

Zaniechanie odrzucenia oferty MATIC - niezgodność oferty z SIWZ.

Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie oraz doktrynie, sformułowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp „treść oferty” i „treść specyfikacji istotnych warunków” jednoznacznie nakazują odnieść go do aspektu merytorycznego przedmiotu zamówienia. Treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone
w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy.

Zgodnie z pouczeniem zawartym w pkt 3.1 Formularza ofertowego*„UWAGA: spełnianie wymagań minimalnych jest konieczne dla potwierdzenia, iż Wykonawca oferuje przedmiot zamówienia zgodny z opisem stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ*”, zaoferowane przez MATIC rozwiązanie macierzowe IBM V7000 G2+, nie spełnia następujących wymagań minimalnych opisanych w OPZ.

Zgodnie z pkt 3 ppkt 23 (Minimalne wymaganie dla macierzy dyskowej) załącznika nr 1 do SIWZ (Opis Przedmiotu zamówienia) Zamawiający wymagał aby: *„Kontrolery pracujące w trybie Active-Active, to znaczy w trybie zapewniającym dostęp do wolumenów logicznych (LUN) utworzonych w macierzy, z wykorzystaniem wszystkich dostępnych ścieżek (path)*
i portów kontrolerów w trybie bez wymuszania preferowanej ścieżki dostępu oraz
z zapewnieniem równoważenia obciążenia (load balancing).”

Jednocześnie z tego samego załącznika do SIWZ pkt 3 ppkt 5 wynika, że Zamawiający wymaga aby:*„Oferowana macierz posiada nie mniej niż 4 kontrolery obsługujące ruch 1/0”.*

Ponadto zgodnie z wyjaśnieniami treści SIWZ dnia 7 września 2018 r. na pytanie nr 1„Czy zamawiający dopuści rozwiązanie działające w trybie ALUA? ALUA to standardowy protokół służący do identyfikacji zoptymalizowanych ścieżek między systemem pamięci masowej a hostem. ALUA umożliwia inicjatorowi wysłanie zapytania do celu o atrybuty ścieżki, takie jak ścieżka główna i ścieżka drugorzędna. Pozwala to również celowi zwracać informacje o parametrach zestawionej ścieżki z powrotem do inicjatora połączenia.
#x200eZ powyższego wynika, że ALUA jest rozwiązaniem korzystnym, ponieważ optymalizuje ruch pomiędzy hostami a macierzą. U zamawiającego może mieć to szczególne znaczenie ponieważ zestawionych zostanie wiele ścieżek i hosty nie będą wiedziały o optymalizacji ścieżek”.
Zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Zamawiający nie dopuszcza rozwiązania w trybie ALUA. Zamawiający będzie konsolidował dane z wielu środowisk, architektura asynchroniczna active-active może znacznie zmniejszyć wydajność i wydłużyć czas konfiguracji. Zamawiający wymaga kontrolerów pracujących w trybie synchronicznym active-active.”*

Tryb symetrycznego (synchronicznego) active-active polega na zapewnieniu dostępu do wolumenów logicznych (LUN) utworzonych w macierzy, z wykorzystaniem wszystkich dostępnych ścieżek (path) i portów kontrolerów w trybie bez wymuszania preferowanej ścieżki dostępu oraz z zapewnieniem równoważenia obciążenia (load balancing).

Rozwiązanie zaoferowane przez MATIC tj. macierz IBM Storewize V7000 Gen2+ nie spełnia przywołanego obligatoryjnego wymogu, ponieważ korzysta z asymetrycznego dostępu do jednostki logicznej (ALUA), przez co nie realizuje równoległego dostępu do dysków wieloma ścieżkami, co było wymagane postanowieniami SIWZ i zostało potwierdzone przez Zamawiającego w wyjaśnieniach treści SIWZ.

W oficjalnej dokumentacji dotyczącej IBM Storewize V7000 producent jednoznacznie określa, iż macierz działa w trybie (niedopuszczonym przez Zamawiającego) ALUA. Odwołujący przedstawił tłumaczenie dokumentu, strona 126:
„Dla ruchu I/O, IBM Spectrum Virtualize i Storwize nody (kontrolery) w klastrze grupowane są w pary, które nazywane są 1/0 Grupami (czasem pamięć podręczna/cache 1/0 Grupy). Pojedyncza para odpowiada za obsługę ruchu 1/0 na określonym wolumenie. Jeden kontroler (nod) w grupie HO prezentuje preferowaną ścieżkę dla operacji ii O do określonego wolumenu. Drugi kontroler (nod) prezentuje alternatywną ścieżkę. Ta preferencja zmienia się na przemian między kontrolerami (nodami), ponieważ każdy wolumen jest tworzony wewnątrz Grupy 1/0, aby równoważyć obciążenie pracą między dwoma kontrolerami (nodami).”
Strona 255 dokumentu:
„Ruch 1/0 dla określonego wolumenu zarządzany jest wyłączenie przez kontrolery (nody)
w pojedynczej grupie 1/0. Rozproszona pamięć podręczna w kontrolerze SAN jest dwukierunkowa. Po utworzeniu wolumenu preferowany kontroler (nod) zostaje wybrany. To zadanie można kontrolować w momencie tworzenia woluminu. Kontroler (nod), który jest właścicielem wolumenu jest preferowanym kontrolerem (nodem), gdy oba kontrolery (nody) są dostępne. ”

Podsumowując Odwołujący postawił tezę, iż z powszechnie dostępnej dokumentacji wynika, że ruch do i z danego wolumenu jest realizowany w ramach tzw. Grupy 1/0. W skład Grupy 1/0 wchodzą maksymalnie dwa kontrolery, a więc tylko dwa kontrolery mogą realizować ruch do danego wolumenu. Dodatkowo w trakcie tworzenia wolumenu wymagane jest wybranie preferowanego kontrolera (noda), który staje się „właścicielem” wolumenu. Taka konstrukcja wskazuje na tryb asynchronicznego active-active. W przypadku, gdy oba kontrolery w ramach grupy 1/0 są dostępne, preferowany jest wybrany kontroler wskazany podczas tworzenia wolumenu. Niemożliwe jest udostępnienie wolumenu poprzez dwie grupy 1/0 jednocześnie, czyli 4 kontrolery w tym samym czasie, co jest warunkiem koniecznym do spełniania wymagań Zamawiającego. Zostało to precyzyjnie określone w przytoczonych wymaganiach, zaś odpowiedź

na pytanie z dnia 7 września 2018 r. jednoznacznie wyklucza możliwość zaoferowania rozwiązania korzystającego z dostępu asynchronicznego.

Zaoferowana przez MATIC macierz IBM Storewize V7000 Gen2+ nie spełnia wymogów SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu, gdyż wbrew wymogowi SIWZ jej kontrolery nie pracują w trybie synchronicznym active- active oraz nie ma możliwości obsługi ruchu do danego wolumenu przez wszystkie 4 kontrolery jednocześnie.

Zaniechanie wykluczenia MATIC z postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przepisu wynika, że podstawą wykluczenia wykonawcy jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, przy czym nie musi być ono wynikiem działania umyślnego, ale wystarczające jest dopuszczenie się przez wykonawcę lekkomyślności lub niedbalstwa. Dodatkowo Ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności Zamawiającego, które wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szanse w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert).

Zamawiający w pkt 21 SIWZ określił Kryteria oceny i zgodnie z ppkt 21.2 przyznawał określone liczby punktów za poszczególne funkcjonalności macierzy. MATIC wypełniając tabelę zawartą w pkt 3.2 formularza ofertowego wprowadził w błąd Zamawiającego co do posiadania przez oferowane macierze funkcjonalności.

a.Zgodnie z pkt 21.2 poz. 17 SIWZ Zamawiający dodatkowo punktował: „Możliwość rozbudowy do nie mniej niż ośmiu kontrolerów macierzowych o dostępie blokowym pracujących w trybie pracy zapewniającej dostęp do wszystkich wolumenów logicznych (LUN) utworzonych w macierzy, z wykorzystaniem wszystkich dostępnych ścieżek (path) i portów kontrolerów w trybie bez wymuszania preferowanej ścieżki dostępu oraz z zapewnieniem równoważenia obciążenia (load balancing). Każdy z kontrolerów będzie miał możliwość jednoczesnej prezentacji (aktywny dostęp odczyt/zapis) wszystkich wolumenów utworzonych w ramach całego systemu dyskowego." MATIC oświadczył, iż spełnia ww. wymóg, jednakże z informacji jakie posiada Odwołujący wynika, iż przedmiotowa macierz nie spełnia tego kryterium.

Wszystkie wymagania fakultatywne należy rozpatrywać w połączeniu z wymaganiami obligatoryjnymi, które Zamawiający sprecyzował w załączniku nr 1 do SIWZ (OPZ). Zgodnie z pkt 3 ppkt 1 OPZ *„Oferowany system dyskowy składa się z pojedynczej macierzy dyskowej*. * Uwaga, niedopuszczalna jest realizacja zamówienia poprzez dostarczenie wielu macierzy dyskowych. Za pojedynczą macierz nie uznaje się rozwiązania opartego o wiele macierzy dyskowych (par kontrolerów macierzowych) połączonych przełącznikami SAN lub tzw. wirtualizatorem sieci SAN, czy wirtualizatorem macierzy dyskowych."*

Zgodnie z dokumentacją producenta macierzy IBM, chcąc pozostać w zgodzie ze wspomnianym wymogiem obligatoryjnym tj. nie wykorzystując sieci SAN do połączenia kontrolerów w celu uzyskania pojedynczej macierzy, MATIC jest w stanie rozbudować macierz maksymalnie do czterech kontrolerów, co pozostaje w sprzeczności z zadeklarowaną przez MATIC możliwością rozbudowy do 8 kontrolerów.

IBM Storewize V7000 Gen2+ umożliwia bezpośrednie połączenie pomiędzy maksymalnie czterema kontrolerami. Wszystkie scenariusze bezpośredniego podłączenia kontrolerów opisane są w dokumencie dostępnym na następującej stronie www:

https: //www-01.ibm.com/support/docview.wss?uid!=ssg1S1005776

- *„Istnieją trzy różne konfiguracje, które mogą wykorzystywać bezpośrednie dołączanie kabli do komunikacji między kontrolerami, które zostały szczegółowo opisane poniżej [...]*

A/ Pojedyncza Grupa I/O macierzy Storewize

[...]

B/ Pojedyncza Grupa I/O systemu SVC

[...]

C/ Dwie Grupy I/O macierzy Storewize".

- Ruch do i z danego wolumenu jest realizowany w ramach tzw. Grupy I/O, Strona 126 dokumentu:

„Dla ruchu I/O, IBM Spectrum Virtualize i Storwize nody (kontrolery) w klastrze grupowane są w pary, które nazywane są I/O Grupami (czasem pamięć pod ręczna/cache I/O Grupy). Pojedyncza para odpowiada za obsługę mchu I/O na określonym wolumenie. Jeden kontroler (nod) w grupie I/O prezentuje preferowaną ścieżkę dla operacji I/O do określonego wolumenu. Drugi kontroler (nod) prezentuje alternatywną ścieżkę. Ta preferencja zmienia się na przemian między kontrolerami (nodami), ponieważ każdy wolumen jest tworzony wewnątrz Grupy I/O, aby równoważyć obciążenie pracą między dwoma kontrolerami (nodami)."

Podsumowując, w skład Grupy I/O wchodzą maksymalnie dwa kontrolery. Przytoczone postanowienia dokumentacji przewidują wyłącznie następujące opcje połączeń pomiędzy kontrolerami:

A.bezpośrednie połączenie pomiędzy dwoma kontrolerami znajdującymi się w Grupie I/O w ramach tej samej półki, albo

B.połączenia pomiędzy kontrolerami znajdującymi się w tej samej Grupie I/O, które znajdują się w dwóch różnych półkach, czyli łącznie dwa kontrolery, albo

C.połączenie bezpośrednie pomiędzy dwoma Grupami I/O, czyli czterema kontrolerami.

Są to jedyne możliwości bezpośredniego połączenia pomiędzy kontrolerami. Żaden ze scenariuszy nie przewiduje bezpośredniego połączenia ośmiu kontrolerów. Aby uzyskać dodatkowo punktowaną funkcjonalność połączenia 8 kontrolerów MATIC musi skorzystać z przełączników SAN, co jest niezgodne z obligatoryjnym wymogiem OPZ.

W związku z powyższym oferowana przez MATIC macierz IBM Storewize V7000 Gen2+ nie spełnia fakultatywnego wymogu z punkt 21.2 pozycja 17 SIWZ, a MATIC oświadczając, że wymóg ten jest spełniony, wprowadził Zamawiającego w błąd.

b.Zgodnie z pkt 21.2 poz. 11 SIWZ Zamawiający dodatkowo punktował: „Możliwość dodania co najmniej 12 portów iSCSI (porty te nie są przedmiotem niniejszego zamówienia)." Dodatkowo Zamawiający w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 10 września 2018 r. na pytanie nr 1 *„Dotyczy wymogu możliwości dodania co najmniej 12 portów ISCSI. Czy celem realizacji tego wymogu Zamawiający dopuści wymianę istniejących portów FC na te dodatkowe porty iSCSI czy wymaga dodania nowych 12 portów, ponad te już istniejące?"* udzielił odpowiedzi: *„Zamawiający informuje, że wymaga możliwości dodania nowych portów i nie dopuszcza w tym celu wymiany istniejących portów."*

MATIC oświadczył, iż spełnia ten wymóg, jednakże macierz w konfiguracji zaoferowanej przez tego Wykonawcę nie umożliwia rozbudowy o 12 dodatkowych portów iSCS, co oznacza, że MATIC wprowadził w błąd Zamawiającego.

Zgodnie dokumentacją zaoferowana macierz IBM Storewize V7000 Gen2+ umożliwia rozbudowę o maksymalnie dwa adaptery, do ruchu I/O dla każdego kontrolera (noda).

„Macierz Storewize V7000 SFF Model 624 oferuje:
•Dwa kontrolery, każdy z procesorem dziesięciordzeniowym i 32 GB pamięci cache,
w sumie 64 GB dla macierzy
•Porty 1 Gb Ethernet dla połączeń 1 Gb iSCSI
•Do dwóch adapterów I/O dla połączeń 16 Gb FC, 10 Gb iSCSI/FCoE i 25 Gb iSCSI
•Obsługa do 24 dysków 2,5-calowych
•Wysokość 2U, 19-calowa obudowa do montażu w stelażu"

IBM Storewize V7000 Gen2+ umożliwia rozbudowę o maksymalnie cztery kontrolery bez użycia przełączników SAN. Oznacza to możliwość zainstalowanie maksymalnie 8 adapterów 1/0. Aby spełnić wymaganie z pkt 3 ppkt 6 OPZ („Łącznie minimum 24 porty FC
o przepustowości pojedynczego portu nie mniejszej niż 16Gb/s każdy."), wymagane jest zainstalowanie 6 adapterów 4-portowych FC o przepustowości 16Gb, ponieważ jeden adapter FC może posiadać maksymalnie 4 porty FC;*„16Gb FC adapter dla połączeń fibrę channel o prędkości 16Gb/s (dwie karty, każda posiadająca 4 porty 16Gb FC i wyposażona we wkładki SFP)".*

Oznacza to„ że pozostają 2 wolne sloty, w których możemy zainstalować adaptery iSCSI. Pojedynczy adapter iSCSI posiada maksymalnie 4 porty. „10Gb Ethernet adapter dla połączeń iSCSI/FCoE o prędkości 10Gb/s (dwie karty każda posiadająca 4 porty 10Gb Ethernet i wyposażona we wkładki SFP+)".

Oznacza to, iż maksymalnie można dodać 8 nowych portów iSCSI a co za tym idzie macierz IBM Storewize V7000 Gen2+ nie spełnia fakultatywnego wymogu określonego w pkt 21.2 pozycja 11 SIWZ dotyczącego 12 portów , a MATIC oświadczając, że wymóg ten jest spełniony wprowadził Zamawiającego w błąd.

c.Zgodnie z pkt 21.2 poz. 20 SIWZ Zamawiający dodatkowo punktował: „Możliwość rozbudowy pamięci podręcznej poziomu L1 (DRAM) macierzy do co najmniej 4 TB."

Także w tym zakresie MATIC oświadczył, że oferowana macierz spełnia ten wymóg.

Zgodnie z publicznie dostępną dokumentacją producenta dostępną pod adresem: https:/1www.ibm.com/uk-en/marketplace/storage- workload/specifications, maksymalna ilość pamięci cache dla pojedynczej macierzy i macierzy w klastrze wynosi 1TB.

„Cache dla macierzy (półka składająca się z dwóch M GB 128 GB lub 256 GB/ do 1024 GB
kontrolerów)/skastrowany system"

Zgodnie z powyższym macierz IBM Storewize V7000 Gen2+ nie spełnia powyższego fakultatywnego wymogu z SIWZ, a MATIC wprowadził w błąd Zamawiającego oświadczając, iż wymóg ten jest spełniony.

d.Zgodnie z pkt 21.7 poz. 24 SIWZ Zamawiający dodatkowo punktował:*„Funkcja zdefiniowania gwarantowanych parametrów wydajnościowych wyrażonych w IO/s (operacje wejścia/wyjścia) dla wybranych wolumenów dyskowych lub LUNÓw."*

Także w tym zakresie MATIC oświadczył, że oferowana macierz spełnia ten wymóg.

Oferowane przez Matic macierz nie daje możliwości zdefiniowania gwarantowanych parametrów wydajnościowych wyrażonych w IO/s.

Oferowane urządzenie umożliwia jedynie zdefiniowanie parametrów maksymalnych (limitów) wyrażonych w IO/s dla wolumenów. Informacja o tym znajduje się w dokumencie IBM dotyczącym oferowanego rozwiązania:*„Limit IOPS - Wprowadź maksymalną liczbę operacji I/O na sekundę, którą wolumen może przetworzyć, zanim system opóźni przetwarzanie dla tego woluminu"*

Jest to jedyna funkcja pozwalająca na ograniczenie operacji I/O na sekundę dla wolumenu. Zamawiający wymagał, aby możliwe było określenie nie tylko maksymalnej, ale
i minimalnej wartości IO/s, w związku z tym wymóg fakultatywny nie jest spełniony.

e.Zgodnie z pkt 21:2 poz. 25 SIWZ Zamawiający dodatkowo punktował:*„Funkcja zdefiniowania gwarantowanych parametrów wydajnościowych wyrażonych w MB/s (przepustowość) dla wybranych wolumenów dyskowych lub LUN-ów. "*

MATIC w formularzu ofertowym zaznaczył: TAK.

Oferowana przez firmę Matic macierz nie daje możliwości zdefiniowania gwarantowanych parametrów wydajnościowych wyrażonych w MB/s.

Oferowane urządzenie umożliwia jedynie zdefiniowanie parametrów maksymalnych (limitów) wyrażonych w MB/s dla wolumenów. Informacja o tym znajduje się w dokumencie IBM dotyczącym oferowanego rozwiązania:*„Limit Przepustowości - Wprowadź maksymalną przepustowość, którą wolumen może przetworzyć, zanim system opóźni przetwarzanie dla tego wolumenu".*

Jest to jedyna funkcja pozwalająca na ograniczenie przepustowości dla wolumenu. Zamawiający wymagał, aby możliwe było określenie nie tylko maksymalnej, ale i minimalnej wartości MB/s, w związku z tym wymóg ten nie jest spełniony.

Biorąc pod uwagę, iż przedstawione wyżej informacje dotyczące funkcjonalności są zawarte w dokumentacji powszechnie dostępnej, to mogły i powinny być przez MATIC zweryfikowane. Brak zatem należytej weryfikacji powyższych informacji spowodował, że można przypisać takiemu wykonawcy lekkomyślność lub niedbalstwo w podaniu informacji, co do których należytego sprawdzenia wykonawca, był zobowiązany.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20 lipca 2018r. sygn. akt XXIII Ga 849/18 stwierdził, iż*„nie ma znaczenia to, czy Zamawiający skutecznie został wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiekolwiek decyzje, czy wykonał jakiekolwiek czynności. Takie stanowisko znajduje uzasadnienie nie tylko w zaprezentowanej wykładni gramatycznej i celowościowej, ale również zgodnie z teorią racjonalnego ustawodawcy. (...) Omawiana podstawa prawna posługuje się zaś pojęciem nieostrym, niedookreślonym (okoliczności mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowanie przez zamawiającego*
w postępowaniu o udzielenie zamówienia), co per se oznacza, że zakres stosowania tego przepisu jest bardzo szeroki. Oznacza to, że zachowanie Zamawiającego nie ma tu żadnego znaczenia. Uznając nawet, że Zamawiający w powołaniu na wypracowane notorium zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, czy dalszych czynności, w sprawie, to i tak należy dojść do wniosku, że samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Spełniona bowiem została również przesłanka, o której mowa w dalszej części przepisu 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., tj.: potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony

przez Odwołującego dotyczy oceny ofert w postępowaniu zgodnie z przyjętymi kryteriami określonymi przez Zamawiającego. Kwestia ta dotyczy zatem ilości punktów zdobytych
w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc m.in. na podstawie kwestionowanych informacji, dochodziłoby do wyboru oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogłoby wypaczać wynik całego postępowania. Zastrzec przy tym należy. że dla spełnienia tej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie Zamawiającego. "

Słusznie zauważyła Izba w wyroku z dnia 2 maja 2018 r. (sygn. akt KIO 596/18), iż*„na skutek implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw 2014/24/UE*
i 2014/25/UE wzrosło znaczenie oświadczeń własnych wykonawców. Jest to wynikiem, zarówno wprowadzenia JEDZ, jak również faktu przemodelowania przebiegu procedury
o udzielenie zamówienia publicznego w jej podstawowej formie, jak również wprowadzenia rozwiązania w postaci tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp). Te kilka znaczących zmian doprowadziło do zwiększenia znaczenia oświadczeń składanych przez wykonawców, w tym nałożyło na nich obowiązek większej staranności przy weryfikacji prawdziwości danych prezentowanych w toku postępowania. Tym samym wobec wykonawców należy obecnie stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich danych". W ww. wyroku Izba stwierdziła również, że niepoddanie przez Wykonawcę weryfikacji informacji uzyskanych od osoby wskazanej na konkretne stanowisko i liczenie na to, że dane te zweryfikuje Zamawiający (jako podmiot posiadający niezbędne informacje) należy uznać za niedbalstwo lub lekkomyślność (str. 33 ww. wyroku).

Podobnie KIO w wyroku z dnia 20 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1319/18) stwierdza, iż*„W odniesieniu natomiast do lekkomyślności lub niedbalstwa, kwestia ta pozostaje w sferze ocen zamawiającego, który nie dysponuje środkami pozwalającymi przedstawić dowody na stopień winy wykonawcy. Jeżeli jednak z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami zamawiającego wynika, że działający z należytą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątpienia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności tub niedbalstwa".*

Podsumowując, zdaniem Odwołującego argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonym materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes
w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody
w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania
i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i uznanie jej za najkorzystniejszą, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego (który zajmuje kolejne miejsce w rankingu) możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Matic S.A. z siedzibą w Warszawie**. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił on zarzuty odwołania w całości. Na posiedzeniu Przystępujący oświadczył, że korzysta z prawa do złożenia sprzeciwu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie
w części zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów
{por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ (tak wyrok Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13).
Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. 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, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z SIWZ {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13)} – 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.
Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko
w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości,

jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. Konieczność odrzucenia takiej oferty zachodzi także w przypadku, kiedy niemożliwe staje się zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia
w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Na podstawie rozdziału 12 SIWZ ustalono, że Zamawiający wymagał złożenia wraz
z ofertą specyfikacji technicznej producenta **lub innego dokumentu producenta** (w formie drukowanej, w języku polskim lub w języku angielskim), zawierającą w szczególności opis wartości parametrów, funkcji i konfiguracji, które wymagane są w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ – składaną w celu oceny ofert.

Dodatkowo w dniu 12 września 2018 roku w odpowiedzi na pytanie *„Czy Zamawiający dopuszcza aby niektóre wymagane funkcje których potencjalnie możliwe do zaoferowania rozwiązanie macierzowe nie realizuje, były zapewnione poprzez modyfikację standardowego oprogramowania lub sprzętu tego rozwiązania, celem dostosowania go do wymagań OPZ?”* Zamawiający zaznaczył, że nie wraża zgody na takie działanie. Wszystkie parametry i funkcje zaoferowanego rozwiązania winny być zaimplementowane fabrycznie oraz dostępne w seryjnej produkcji danego modelu urządzenia, a także potwierdzone
w ogólnej dokumentacji producenta.

Przy opisie minimalnych wymagań dla macierzy dyskowej zaznaczono, że w ramach opisu elementu oferty, parametru lub funkcji realizowanej w konfiguracji będącej przedmiotem oferty, spełnienie wymagań musi dotyczyć faktycznie oferowanego rozwiązania.

Zamawiający wymagał, by oferowany system dyskowy składał się z pojedynczej macierzy dyskowej. Niedopuszczalna jest realizacja zamówienia poprzez dostarczenie wielu macierzy dyskowych. Za pojedynczą macierz nie uznaje się rozwiązania opartego o wiele macierzy dyskowych (par kontrolerów macierzowych) połączonych przełącznikami SAN lub tzw. wirtualizatorem sieci SAN, czy wirtualizatorem macierzy dyskowych.

Wymagano także kontrolerów pracujących w trybie Active-Active, to znaczy w trybie zapewniającym dostęp do wolumenów logicznych (LUN) utworzonych w macierzy,
z wykorzystaniem wszystkich dostępnych ścieżek (path) i portów kontrolerów w trybie bez wymuszania preferowanej ścieżki dostępu oraz z zapewnieniem równoważenia obciążenia (load balancing).

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdzie Odwołujący zarzucał, iż rozwiązanie zaoferowane przez MATIC tj. macierz IBM Storewize V7000 Gen2+ nie spełnia obligatoryjnego wymogu, ponieważ korzysta
z asymetrycznego dostępu do jednostki logicznej (ALUA), przez co nie realizuje równoległego dostępu do dysków wieloma ścieżkami.

Dostrzeżenia wymaga, iż kwestia ta była przedmiotem zapytania Zamawiającego, który w dniu 7 listopada 2018 roku uzyskał stosowane wyjaśnienia. Z pkt 6 złożonych wyjaśnień wynika, że wolumeny są udostępniane przez wszystkie kontrolery macierzy
z wykorzystaniem wszystkich możliwych portów macierzy. Dodatkowo Przystępujący do wyjaśnień załączył zrzut z ekranu obrazujący w jaki sposób skorzystać można z możliwości wyboru kontrolerów, które mają mieć dostęp do wolumenu. Podobne stanowisko i materiał graficzny zostały zaprezentowane na rozprawie przed Izbą. Zatem Przystępujący wykazał, że oferowana macierz posiada możliwość wyboru trybu pracy synchronicznego activ/activ. Opisano w jaki sposób możliwe jest skonfigurowanie dysku logicznego LUN, by ruch realizowany był przez wszystkie kontrolery. Zaznaczono także, ż macierz może pracować
w trybie asynchronicznym, co nie zmienia faktu, iż podstawowy wymóg SIWZ został zapewniony. Potwierdzenie wymogu znajduje się w dokumentacji urządzenia, przedstawionej przez Przystępującego wraz z tłumaczeniem. Jest to dokumentacja pochodząca ze strony producenta, wskazana dla całej serii V7000.

Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie przedstawił wyciąg z tożsamej dokumentacji, jednak zestawienie to ma charakter wybiórczy i nie prezentuje wszystkich możliwości konfiguracyjnych macierzy. Dodatkowo zauważyć należy, iż Zamawiający dopuścił posługiwanie się innym dokumentem pochodzącym od producenta (w formie drukowanej,
w języku polskim lub w języku angielskim), zawierającym w szczególności opis wartości parametrów, funkcji i konfiguracji. Za taki dokument niewątpliwie uznać można oświadczenie złożone przez upoważnionego przedstawiciela producenta, potwierdzające istnienie spornej funkcjonalności. Takie oświadczenia Przystępujący złożył wraz z wyjaśnieniami oraz dodatkowo przedstawił kolejne oświadczenie na rozprawie. Prawidłowości reprezentacji
i sposobu złożenia owych oświadczeń Odwołujący nie kwestionował. Formę takiego potwierdzenia parametrów urządzenia dopuszczały zaś zapisy SIWZ. Udzielona w dniu 12 września 2018 roku odpowiedź Zamawiającego na pytania nie zmieniła na stanowisko Izby. Zamawiający w odpowiedzi podkreślił, że parametry i funkcje mają być potwierdzone
w ogólnej dokumentacji producenta, za taką zaś SIWZ uznawała również inny dokument producenta (w formie drukowanej, w języku polskim lub w języku angielskim).

Zdaniem Izby Odwołujący na rozprawie dokonywał próby rozszerzenia zarzutów, twierdząc, że odróżnić należy pracę w trybie synchronicznym od dostępu do wolumenów, podczas gdy wymóg SIWZ jasno precyzował, że*kontrolery pracujące w trybie Active-Active, to znaczy w trybie zapewniającym dostęp do wolumenów (…) z wykorzystaniem wszystkich dostępnych ścieżek.* Możliwość zapewnienia dostępu do wolumenów z wykorzystaniem wszystkich ścieżek Przystępujący udowodnił, zarówno w złożonych wyjaśnieniach, jak też na rozprawie. Tym samym wymóg pracy w trybie activ/activ, w ocenie składu orzekającego Izby został potwierdzony.

Co do kolejnych zarzutów odwołania, to wskazywały one na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, czyli podnosiły działania i zaniechania Przystępującego w zamiarze lekkomyślności lub niedbalstwa, które wprowadziły Zamawiającego w błąd i mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z tego powodu, że dotyczyły elementów oferty, za które Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty w ramach procesu oceny ofert, który doprowadzić miał do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba w składzie rozpoznającym złożone odwołanie uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie potwierdził się, a postępowaniu Przystępującego nie można przypisać zamiaru lekkomyślności lub niedbalstwa. Przystępujący wykazał i udowodnił, że przygotowywał ofertę współdziałając z przedstawicielami producenta, przy ich czynnym udziale i zaangażowaniu w jej treść. Na powyższą okoliczność przedstawiono, nawet kilkukrotnie, stosowne oświadczenia producenta. Zatem nie może być mowy
o niezachowaniu przez Wykonawcę zasad należyte staranności, wymaganej od profesjonalisty.

Jednocześnie zauważyć należy, iż różnica w treści ofert poszczególnych Wykonawców, co przełożyło się na etap postępowania odwoławczego, wynikała z faktu odczytywania przez Przystępującego w odmienny sposób danego ustalenia czy wymagania SIWZ, bez odczytywania treści postanowień przy uwzględnieniu szeregu innych elementów SIWZ dotyczących przecież jednego przedmiotu zamówienia. Izba stwierdza, że postanowienia SIWZ nie mogą być czytane odrębnie czy wybiórczo, bez uwzględnienia całości Specyfikacji, bowiem Zamawiający kupuje sprzęt, który będzie eksploatowany
w określonych realiach środowiska Zamawiającego i w tym samym otoczeniu będzie podlegał późniejszej rozbudowie lub zmianie.

Dlatego też odwołanie co do oceny spełniania poziomu parametrów oferowanej przez Przystępującego macierzy, w zakresie w którym parametry te podlegały dodatkowej punktacji w części zasługiwało na uwzględnienie. Skutkiem niewykazania przez wykonawcę dodatkowych elementów użytkowych urządzenia, jest konieczność zmniejszenia przyznanej liczby punktów podczas oceny ofert. Zmiana punktacji może potencjalnie przełożyć się na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wybór oferty najkorzystniejszej. Dlatego też odwołanie w części podlegało uwzględnieniu.

Podana przez Odwołującego kwalifikacja prawna naruszenia przepisów ustawy Pzp nie mogła przesądzać o niezasadności odwołania, Izba nie jest bowiem związana dokonaną w odwołaniu kwalifikacją prawną, ocenia natomiast – w zakresie podniesionych zarzutów – czy wybór oferty dokonany został prawidłowo, czy też Zamawiający zaniechał czynności, która mogła doprowadzić do wyboru oferty innego wykonawcy. Z uwagi na nieprzeprowadzenie przez żadną ze Stron sporu symulacji, w jaki sposób kształtowałaby się punktacja w ramach weryfikacji rankingu, Izba stwierdziła, że taka zmiana przy ponownym badaniu i ocenie ofert może przełożyć się na wynik postępowania. Natomiast co do żądań postawionych w odwołaniu, to zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana, jednocześnie nie jest związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił Odwołujący, co miało miejsce
w niniejszej sprawie.

Odwołujący zarzucił, że oferowana macierz nie ma możliwości rozbudowy do nie mniej niż 8 kontrolerów. Kluczowym zapisem w zakresie tej funkcjonalności był zakaz łączenia przełącznikami SAN. Odwołujący uważał, że zakaz ten obowiązuje także przy rozbudowie macierzy, natomiast Przystępujący podnosił, że wymóg ten nie odnosi się do rozbudowy.

W ocenie składu orzekającego Izby dla rozstrzygnięcia powyższego zarzutu kluczowym jest wyjaśnienie, czy wszystkie wymagania dla przedmiotu zamówienia należało spełniać łącznie, czy też każde mogło być spełnione niezależnie. Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie doszła do przekonania, iż Odwołujący słusznie wskazał, że Zamawiający wykluczył możliwość użycia przełączników SAN również w przypadku rozbudowy macierzy. Zdaniem Izby Zamawiający opisał wymogi dla macierzy w sposób kompleksowy, w podziale na jej cechy użytkowe, więc wszystkie wymogi musiały być spełnione łącznie, także w przypadku jej rozbudowy. O ile Izba nie kwestionuje, że macierz oferowana przez Przystępującego w zamówieniu podstawowym spełnia wymóg budowy jako pojedyncza macierz dyskowa, o tyle sam Przystępujący przyznał, że rozbudowa oferowanej macierzy o co najmniej minimalną ilość kontrolerów wymaganych przez Zamawiającego musi odbyć się przy uwzględnieniu przełączników. Taki zaś sposób konstrukcji urządzenia zapisy SIWZ wykluczały. Reasumując, zarzut nieprawidłowego przyznania 3 punktów ofercie Przystępującego potwierdził się.

W punkcie 11 rozdziału 21 Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty w przypadku zaoferowania możliwości dodania co najmniej 12 portów iSCSI. Odwołujący wskazywał, że taka opcja w urządzeniu nie jest spełniona.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Z dołączonej do oferty dokumentacji technicznej i ze złożonych wyjaśnień wynika, że w chwili obecnej urządzenie już tę funkcjonalność posiada. Jak zauważono na rozprawie, rozwiązanie to jest dostępne już
w oferowanej macierzy, a rozbudowa nastąpi poprzez aktywowanie pewnych funkcjonalności. Taki sposób spełnienia wymagania nie został przez zapisy SIWZ wykluczony. Przystępujący przedstawił materiał graficzny będący wyciągiem z dokumentacji technicznej, który jasno obrazuje w jaki sposób wykorzystywane będą porty.

W przypadku kolejnego punktu Izba uznała, że zarzut przyznania nieprawidłowej liczby punktów potwierdził się.

W punkcie 20 Zamawiający przyznawał jeden punkt, gdy macierz miała możliwość rozbudowy pamięci podręcznej do wielkości co najmniej 4 TB. Przystępujący de facto przyznał, że informacja taka nie wynika z żadnego dokumentów składającego się na specyfikację techniczną, a złożone oświadczenie tłumaczył uzyskaniem zapewnienia od producenta dostarczanej macierzy, iż takie rozwiązanie jest możliwe i na moment realizacji zamówienia taką macierz otrzyma Zamawiający. Realizacja tego wymogu nastąpić może przez rozbudowę macierzy o standardy stosowane w macierzy V7000G3.

W ocenie Izby w takim przypadku otrzymanie zapewnienia od producenta, nawet jeżeli to zapewnienie przyjęło postać oświadczenia producenta nie jest wystarczające.
Po pierwsze w ofercie i składanych wyjaśnieniach jasno sprecyzowano jaki model macierzy Przystępujący oferuje. Nigdzie nie napisano i nie złożono oświadczenia, że jest to model V7000G3. Jasno wskazano, że oferowany jest model V7000G2+.

Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że rozbudowa oferowanego modelu do modelu klasy wyższej jest możliwa, czy też była już wykonywana, przy zachowaniu wszystkich pozostałych założeń urządzenia, których wymagał Zamawiający. Każdy zaś model, zwłaszcza w przypadku urządzeń o skomplikowanej budowie i mnogości funkcji użytkowych charakteryzuje się specyfiką działania i nie zostało potwierdzone w żaden sposób, że zakładany przez Przystępującego sposób rozbudowy jest możliwy do wykonania i przeprowadzenia. Zamawiający nie może w takim wypadku polegać jedynie na zapewnieniach producenta. Celem przeprowadzenia postępowania i zakupu jest nabycie środka trwałego, z którego instytucja będzie mogła korzystać w miarę swoich potrzeb i pierwotnych założeń, nie zaś dopuszczanie do eksperymentów
o niesprecyzowanym wyniku. Zdaniem składu orzekającego Izby Przystępującemu w sposób nieuprawniony przyznano dodatkowe punkty za przedmiotową funkcjonalność.

Ostatni z zarzutów odnosił się do punktów 24 i 25 rozdziału 21 SIWZ, w których Zamawiający dodatkowo po 1 punkcie punktował funkcję zdefiniowania gwarantowanych parametrów wydajnościowych wyrażonych w IO/s (operacje wejścia/wyjścia) dla wybranych wolumenów dyskowych lub LUN'ów oraz funkcję zdefiniowania gwarantowanych parametrów wydajnościowych wyrażonych w MB/s (przepustowość) dla wybranych wolumenów dyskowych lub LUN'ów.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż pojęcie „parametrów gwarantowanych" nie zostało w SIWZ w żaden sposób zdefiniowane, czy też opisane przez Zamawiającego. Gospodarz postępowania nie określił, czy za

parametry gwarantowane uznawał będzie jedynie wartości maksymalne, czy też wymaga podania wartości minimalnych osiąganych przez macierz, czy też w wyrażeniu tym mieści się jeszcze jakaś inna wielkość. Przy czym w ocenie Izby za wartości minimalne należałoby uznać takie, które gwarantują poprawne działanie macierzy przy przewidywanym obciążeniu. Stąd zapisy SIWZ można było odczytać w co najmniej dwojaki sposób i każdy z wykonawców mógł je zrozumieć odmiennie. Dlatego też Izba uznała zarzuty za niepotwierdzone, wszelkie niejasności specyfikacji należy tłumaczyć na korzyść wykonawców. Skład orzekający Izby wziął również pod uwagę specyfikę działania macierzy, w której to wartości maksymalnego obciążenia urządzenia są istotne z punktu widzenia użytkownika urządzenia. Nie można także zapominać, iż Zamawiający nie określił dolnych granic wydajności i przepustowości urządzenia, czyli nie określił precyzyjnie z jakim obciążeniem pracowało będzie urządzenie
i czy jakiegoś poziomu minimalnego dla przetwarzanej (przewidywanej) liczby danych wymaga.

Podsumowując, Izba uznała, że zarzuty odwołania w części potwierdziły się, co mogło mieć wpływ na wynika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też nakazano unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie procesu badania i oceny ofert, w tym ponowne przeliczenie liczby punktów przyznanych poszczególnym wykonawcom w ramach wyznaczonych kryteriów oceny ofert.

W zakresie zgromadzonego materiału dowodowego, to Izba dopuściła opinie mające wykazywać, że urządzenia oferowane przez Przystępującego nie spełniają wymogów SIWZ. Dowód ten jednak nie miał charakteru przesądzającego o zasadności zarzutów odwołania. Dostrzeżenia przede wszystkim wymaga prywatny charakter złożonej opinii. Ekspertyzę tę Izba potraktowała jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez Stronę sporu. Opinia taka stanowi jedynie dowód tego, że osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w nich pogląd, nie korzysta ona natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych
w niej twierdzeń. Stanowisko doktryny jasno pokazuje, że ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej.
W orzecznictwie SN wyrażono także stanowisko, że gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego (tak SN w wyroku z dnia 29 września 1956 r., III CR 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16). Ocena pozostałego materiału dowodowego przedstawiona została w orzeczeniu przy omówieniu każdego z zarzutów.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2,
a także § 5 ust. 4 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez
w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……