Sygn. akt: KIO 3123/20

WYROK
z dnia 10 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 grudnia 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 listopada 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) DATA EXPERTS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) S. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DS Comp z siedzibą w Krakowie**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: Skarb Państwa -**
Centrum e-Zdrowia w Warszawie, z siedzibą w Warszawie
przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:
1)Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie;
2)IT Solution Factor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie

orzeka:

1.Oddala odwołanie,
2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego**: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) DATA EXPERTS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) S. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DS Comp z siedzibą w Krakowie i:**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:**
(1) DATA EXPERTS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) S. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DS Comp
z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 3123/20

UZASADNIENIE

W dniu 27 listopada 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. Z 2019r., poz. 1843 ze zmianami; dalej jako „ustawa Pzp") odwołanie złożyli **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum**
w składzie: (1) DATA EXPERTS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie oraz (2) S. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą
DS Comp z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę serwerów Rack dla Centrum e-Zdrowia" prowadzi Zamawiający: **Skarb Państwa - Centrum e-Zdrowia w Warszawie, z siedzibą w Warszawie**. Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE- OJ/S:2020/S 185-446113.

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegających na nieuzasadnionym wykluczeniu Odwołującego, a w konsekwencji odrzuceniu jego oferty, mimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał naruszenie:
1.art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez błędne zastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, że Wykonawca podlega wykluczeniu wobec niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy:
a.Wykonawca zrealizował dwa zamówienia o wartości co najmniej 1.000.000 złotych brutto każde z zamówień, obejmujące swoim zakresem dostawę serwerów, przedstawiając wymagany wykaz dostaw wraz z referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;
b.dostarczane w ramach ww. zamówień macierze są jednocześnie serwerami plików, które udostępniają i przechowują pliki po protokole CIFS/NFS, zatem wymóg udziału
w postępowaniu został spełniony;
c.Zamawiający oparł swoje stanowisko na informacjach pozyskanych ze strony internetowej producenta Inspur i dokumentacji przetargowej, z pominięciem przedłożonych
w ramach wyjaśnień oświadczeń Producentów Huawei i Inspur które potwierdzają,
że oferowane przez Odwołującego urządzenia są serwerami plików;
d.w ramach postępowań przetargowych to samo rozwiązanie jest opisywane przez Zamawiających w różny sposób: serwer plików, macierz dyskowa, serwer pamięci masowej, serwer dyskowy czy dysk sieciowy, dlatego uznanie na podstawie jedynie nazwy urządzenia, że nie odpowiada ono wymogom (mimo, iż są ono jednocześnie macierzą i serwerem plików) jest stwierdzeniem bezpodstawnym;
e.w ramach kodu CPV dla „systemy i serwery informacyjne" mieści się grupa produktów - „serwery", które zostały zdefiniowane jako: serwery www (1), serwery drukarek (2), serwery plików (3), serwery komputerowe (4), serwery sieciowe (5), zatem dostarczone przez Wykonawcę rozwiązania będące jednocześnie macierzami i serwerami plików spełniają wymóg udziału w postępowaniu;
co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty, mimo że

spełnienia wymogi udziału w postępowaniu.
2.art 65 ust. 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie na etapie oceny podmiotowej Wykonawcy niedozwolonej, zawężającej i bardziej rygorystycznej wykładni pojęcia „serwer" w ramach warunku udziału w postępowaniu, niż wynika to z literalnego brzmienia wymogu, prowadzącej w istocie do modyfikacji SIWZ
w sytuacji, gdy:
a.Zamawiający nie sprecyzował co rozumie pod pojęciem –serwer", nie istnieje legalna definicja „serwera";
b.Zamawiający nie określił, jakiego konkretnie rodzaju serwerów miały dotyczyć zrealizowane zamówienia w ramach warunku udziału, o którym mowa w rozdziale V pkt 1.2.3. SIWZ (np. tożsame z przedmiotem zamówienia). Zamawiający wymagał, aby zrealizowane zamówienia obejmowały swoim zakresem serwery, zatem dostawa macierzy będących jednocześnie serwerami plików uznać należy za spełniony;
czego skutkiem było bezpodstawne wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty, mimo że spełnienia on wymogi udziału.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
1.Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty;
2.Powtórzenia czynności badania I oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego;
3.Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Oferta konsorcjum znalazła się na pierwszej pozycji
w rankingu oceny ofert. W skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Pzp, Wykonawca został wykluczony, a w konsekwencji jego oferta została odrzucona. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem może ponieść on szkodę w postaci utraconych korzyści jakie osiągnąłby w przypadku uzyskania zamówienia - zysku wkalkulowanego w cenę oraz referencji. Gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z Ustawą, Odwołujący nie zostałby wykluczony, a jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący otrzymał informację o wykluczeniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą
w dniu 17 listopada 2020 roku drogą elektroniczną, odwołanie zostało wniesione
z zachowaniem ustawowego terminu przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 złotych na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu w Rozdziale V pkt 1.2.3. SIWZ (str. 3 SIWZ):
„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwa zamówienia o wartość co najmniej 1.000,000zł (słownie: jeden milion 00/100) brutto każde z zamówień, obejmujące swoim zakresem dostawę serwerów".

Na potwierdzenie spełniana warunku udziału Wykonawca zobowiązany był złożyć, zgodnie z Rozdziałem VI pkt 6 ppkt a) SIWZ, odpowiedni wykaz dostaw - zgodny ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ oraz dowodami potwierdzającymi, że dostawy zostały wykonane należycie.

W dniu 29 października 2020 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wymagane dokumenty zostały złożone przez Konsorcjum w dniu
1 listopada 2020 roku.

Następnie w dniu 4 listopada 2020 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału
w postępowaniu. Wątpliwości Zamawiającego wzbudził fakt, iż z dokumentacji przetargowej realizowanej na rzecz Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego zamówienia wynikało, że przedmiotem dostawy były macierze, a nie serwery, wymagane przez Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający wniósł o wyjaśnienie wartości serwerów dostarczanych w ramach zamówienia realizowanego na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, które poza infrastrukturą serwerową obejmowało również oprogramowanie.

Wykonawca złożył wyjaśnienia wskazując, że przedmiotem dostawy realizowanej na rzecz Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego, jak również Szpitala Uniwersyteckiego
w Krakowie były macierze, będące jednocześnie serwerem plików, co zostało poparte oświadczeniem Producenta Huawei z dnia 6 listopada 2020 roku i oświadczeniem Producenta Inspur z 6 listopada 2020 roku. Dodatkowo Wykonawca wskazał na definicję pojęcia „serwer" na gruncie kodów CVP, rozbieżności w nazewnictwie przedmiotowych urządzeń w zakresie różnych postępowań przetargowych. Wykonawca wyjaśnił również sposób funkcjonowania dostarczanego urządzenia. Wykonawca wyjaśnił również, iż wartość serwerów dostarczanych do Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie wniosła 1.484.338,17 złotych 1 składała się z serwerów i serwera plików.

W dniu 17 listopada 2020 roku Zamawiający wykluczył Konsorcjum z postępowania, a następnie odrzucił jego ofertę. Zamawiający uznał, że macierzy będących przedmiotem uprzednich dostaw nie można uznać za serwery, dlatego Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że *„Macierze dyskowe są to innego rodzaju urządzenia niż serwery, nie mogą więc być uznane jako spełnienie warunku określonego w SIWZ".*Przedmiotowe stanowisko Zamawiający oparł na informacjach pozyskanych ze strony Producenta Inspur, dokumentacji przetargowej udostępnionej na stronie Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego i Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie.

Istota sporu sprowadza się do ustalenia wykładni pojęcia serwera, następnie rozstrzygnięcia czy zrealizowane przez Wykonawcę dostawy spełniają warunki uczestnictwa w postępowaniu. W celu rozstrzygnięcia powyższej kwestii niezbędne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie - czy oferowane przez Konsorcjum macierze będące jednocześnie serwerami plików, spełniają warunek uczestnictwa stawiany wykonawcom ubiegającym się
o zamówienie.

W ocenie Odwołującego wymóg uczestnictwa w postępowaniu określony został
w sposób jasny i klarowny, zaś przyjęty przez Konsorcjum sposób interpretacji przedmiotowego wymogu wynika wprost z jego literalnego brzmienia. Zamawiający na etapie oceny podmiotowej Wykonawcy w sposób nieuprawniony dokonał zawężającej wykładni pojęcia serwera nadając mu bardziej rygorystycznego znaczenie niż to wynikające wymogu. W konsekwencji powyższego naruszenia Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Wykonawcę, odrzucając jego ofertę.

Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań uczestnictwa

w postępowaniu przetargowym, uwzględniając wszelkie istotne dane i parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców.
Co więcej w toku postępowania tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania.

Odwołujący podkreślił, iż nie istnieje legalna definicja „serwer". Co więcej w ramach postępowań przetargowych to samo rozwiązanie jest często opisywane przez Zamawiających w różny sposób: serwer plików, macierz dyskowa, serwer pamięci masowej, serwer dyskowy czy dysk sieciowy. Zamawiający jako gospodarz postępowania miał możliwość sprecyzowania, co rozumie pod pojęciem „serwer", jednak z niej nie skorzystał.

Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazał na dostawę serwera plików o wymaganej w SIWZ wartości na rzecz Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II w Krakowie, jał również dostawę serwerów i serwera plików o łącznej wartości 1.484.338.17 złotych brutto na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego
w Krakowie wraz z referencjami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum spełniło warunek udziału w postępowaniu.

Z analizy uzasadnienia faktycznego wykluczenia Konsorcjum jednoznacznie wynika, iż oczekiwania Zamawiającego co do warunków uczestnictwa uległy nieuprawnionej zmianie na etapie weryfikacji podmiotowej Wykonawcy, poprzez zawężającą wykładnię pojęcia „serwer" przez Zamawiającego, a nie wynikających wprost i literalnie z SIWZ. Zamawiający oparł swoje stanowisko na informacjach pozyskanych ze strony internetowej producenta Inspur i dokumentacji przetargowej, dochodząc do błędnego przekonania, że dostarczone przez Wykonawcę urządzenia to macierze, a więc innego typu urządzenia niż serwery, zatem nie mogą być uznane za spełnienie warunku określonego w SIWZ. Co więcej Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału całkowicie pominął oświadczenia Producentów urządzeń Huawei i Insour. które potwierdzała, że dostarczone przez Odwołującego urządzenia są serwerami plików, jak również w wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie. Stanowisko Zamawiającego opiera się zatem na nazwach urządzeń przyjętych w dokumentacji znalezionej samodzielnie w Internecie, a nie faktycznych informacjach zawartych w oświadczeniach ich Producentów. Z informacji o wykluczeniu wynika, iż Zamawiający w istocie utożsamia pojęcie „serwer" z przedmiotem aktualnego zamówienia, mimo iż nie wynika to z literalnego brzmienia wymogu. Zamawiający nie określił, jakiego konkretnie rodzaju serwerów miały dotyczyć zrealizowane zamówienia
w ramach warunku udziału, o którym mowa w rozdziale V pkt 1.2.3. SIWZ (np. serwerów tożsamych z przedmiotem zamówienia). Skoro zatem Zamawiający wymagał, aby zrealizowane zamówienia obejmowały swoim zakresem „serwery", to dostawy macierzy będących jednocześnie serwerami plików uznać należy za odpowiadające treści SIWZ.

W procesie wyboru wykonawcy Zamawiający winien kierować się przede wszystkim literalnymi zapisami specyfikacji, którą sam sporządził, stosując ją jednakowo do wszystkich wykonawców. Wykładnia przyjęta przez Zamawiającego jest sprzeczna z tymi zasadami, zaś uznanie doprecyzowania wymogów na etapie oceny podmiotowej za dozwolone, doprowadziłoby do zakazanej modyfikacji wymogu uczestnictwa w postępowaniu, a co za tym idzie naruszenia zasady równego traktowania i zasady przejrzystość postępowania,
o których mowa w art. 7 Pzp.

„Zamawiający nie może na etapie oceny ofert interpretować wymagań specyfikacji
w sposób np. bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to - bez względu na pobudki zamawiającego - do nieuprawnionej modyfikacji [zmiany] warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, o których to zasadach stanowi art. 7 ust. ustawy pzp. [..] Izba podkreśla, że rozstrzygające znaczenie dla oceny spełniania warunku udziału
w postępowaniu ma jego literalne brzmienie w specyfikacji, a nie oczekiwany przez wykonawcę sposób interpretacji spornego warunku w świetle przedmiotu zamówienia, czy też intencja zamawiającego niewyartykułowana w określonym postanowieniu specyfikacji, nawet uwzględniając jego adekwatność i proporcjonalność do przedmiotu zamówienia, albowiem takie przesłanki mogą być brane pod uwagę wyłącznie na etapie badania postanowień specyfikacji, a nie na etapie składania ofert."

Odwołujący podkreślił również, iż w ramach kodu CPV dla „systemy i serwery informacyjne"mieści się grupa produktów - „serwery", które zostały zdefiniowane jako: serwery www (1), serwery drukarek (2), serwery plików (3), serwery komputerowe (4), serwery sieciowe (5). Zatem dostarczone przez Wykonawcę urządzenia będące macierzami i serwerami plików wbrew twierdzeniom Zamawiającego spełniała wymóg udziału w postępowaniu.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą odmiennego sposobu wykładni wymogu określonego w Rozdział V pkt 1.2.3. SIWZ, Wykonawca wnosił o uznanie, iż postanowienie to jest niejednoznaczne i budzi wątpliwości interpretacyjne, które winne być rozstrzygnięte na korzyść Odwołującego.
Na Zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego przygotowania dokumentacji postępowania,
a zwłaszcza w sposób precyzyjny opisanie wymogów udziału w postępowaniu. Wszelkie wątpliwość interpretacyjne postanowień SIWZ muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy, co wynika przede wszystkim z realizacji zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Reasumując Odwołujący zaznaczył, że wymóg udziału w postępowaniu został określony przez Zamawiającego w sposób jasny i nie budzący wątpliwości. Interpretacja wymogu prezentowana przez Odwołującego jest zgodna z jego literalnym brzmieniem. Zamawiający nie może ani doprecyzowywać wymogu na etapie oceny podmiotowej Wykonawcy, ani interpretować go w bardziej rygorystyczny sposób niż wynikałoby to z jego literalnego brzmienia określonego w SIWZ. Takie działanie Zamawiającego prowadzi bowiem do nieuprawnionej na tym etapie postępowania modyfikacji SIWZ. Wykonawca zrealizował dwa zamówienia o wartości co najmniej 1.000.000 złotych brutto każde
z zamówień, obejmujące swoim zakresem dostawę serwerów plików, co zostało potwierdzone przez Producentów tych urządzeń, spełnia wymogi uczestnictwa
w postępowaniu określone w SIWZ, zaś decyzja dotyczącą wykluczenia Konsorcjum
z postępowania jest bezpodstawna.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosił jak w petitum pisma.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach, złożonych przez Wykonawców wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych oraz pozostałym materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie
i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona w całości 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. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Odwołującego oraz wybór oferty innego Wykonawcy pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym zakresie.

Dnia 1 grudnia 2020 roku zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**;

Dnia 3 grudnia 2020 roku zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.**

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej Izba ustaliła, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako dostawa serwerów o opisanych cechach. W toku prowadzonego postępowania, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zadano jedno pytanie: *„Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający akceptuje serwery wspierające Vmware w wersji 6.7U3 i nowszych”.*Zamawiający odpowiedział: *„Zamawiający potwierdza, iż akceptuje serwery wspierające Vmware w wersji 6.7U3 i nowsze”.*

Zgodnie z brzmieniem Rozdziału V. Warunki udziału w postępowaniu SIWZ Zamawiający wskazał, że w o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełniał warunek, jeżeli wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwa zamówienia o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion 00/100) brutto każde z zamówień, obejmujące swoim zakresem dostawę serwerów. Wykonawca miał złożyć na wezwanie Zamawiającego wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, potwierdzające spełnianie warunków określonych w rozdz. V pkt 1.2.3. SIWZ - sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ.

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący na wezwanie złożył Wykaz wraz z referencjami, w którym przedstawił dwie dostawy realizowane na rzecz (1) Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego oraz (2) Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie w przedmiocie:

1)Dostawa sprzętu informatycznego wraz z usługami za kwotę 1 021 822,50 zł;

2)Dostawa serwerów, macierzy, przełączników oprogramowania wraz z usługami za kwotę 1 702 269,57 zł.

W dniu 11 kwietnia 2020 roku Odwołujący, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia Wykazu dostaw, w którym Konsorcjum potwierdzi spełnianie warunków określonych przez Zamawiającego w rozdz. V pkt 1.2.3. SIWZ. Zamawiający powziął następujące wątpliwości co do poszczególnych pozycji złożonego Wykazu:

1. W złożonym przez Konsorcjum Wykazie dostaw w pozycji nr 1 została przedstawiona dostawa zrealizowana na rzecz Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II w Krakowie. Z dokumentacji zamieszczonej na stronie internetowej Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego wynika, że przedmiotem zamówienia w części I były macierze, a nie serwery. W związku z tym wskazana dostawa nie potwierdza spełnienia określonego przez Zamawiającego warunku udziału.
2. W złożonym przez Konsorcjum Wykazie dostaw w pozycji nr 2 została przedstawiona dostawa zrealizowana na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie ul. Mikołaja Kopernika 36. Z dokumentacji zamieszczonej na stronie Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie wynika, iż przedmiotem wskazanego przez Konsorcjum zamówienia była infrastruktura serwerowa wraz z oprogramowaniem, w związku z tym Zamawiający powziął wątpliwości, czy wartość serwerów w przedmiotowej dostawie wynosiła co najmniej 1 000 000,00 złotych brutto.

Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia i oświadczył w zakresie pozycji nr 1 Wykazu, że zrealizowana dostawa spełnia wymagania określone SIWZ. Przedmiot dostawy pochodzący od producenta Inspur spełnia wymagania SIWZ, gdyż jest to rozwiązanie, które jest jednocześnie serwerem plików. W przypadku pozycji nr 2 Wykazu Odwołujący oświadczył, że zrealizowana dostawa spełnia wymagania określone w SIWZ. Przedmiot dostawy pochodzący od producenta Huawei spełnia wymagania SIWZ, gdyż jest to rozwiązanie, które jest jednocześnie serwerem plików. W załączeniu Wykonawca przedłożył pisma od producentów Inspur i Huawei.

Odwołujący oświadczył, że w ramach dostawy infrastruktury do Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie dostarczone zostały serwery, w tym rozwiązanie które jest serwerem plików: 1x HUAWEI 6800 V5, 7x HUAWEI 2288H V5, 1x HUAWEI 5288 V5 na kwotę brutto: 1 484 338,17 zł (wyszczególniona kwota brutto stanowi tylko i wyłącznie koszt wskazanych powyżej serwerów).

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że zgodnie z zapisami SIWZ, a w szczególności zawartego zapisu w ogłoszeniu o zamówieniu tj. II.1.2) Główny kod CPV48800000 Systemy i serwery informacyjne oraz w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający odnosił się do dostawy serwerów. Wykonawca przedłożył odpowiedni wykaz wraz z oświadczeniem dla zrealizowanych dostaw. W ramach głównego kodu CPV dla „systemy i serwery informacyjne” mieści się grupa produktów tj. serwery, które są zdefiniowane jako serwery www, serwery drukarek, serwery plików, serwery komputerowe, serwery sieciowe. Zamawiający w wymogu dla zdolności technicznej lub zawodowej nie sprecyzował jednoznacznie jakich

dostaw konkretnych serwerów wymaga oraz nie zawarł w SIWZ zapisu, iż zrealizowane dostawy serwerów mają być odpowiadać swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Wykonawca uwzględnił fakt, iż przedmiotem dostaw mogą być dostawy serwerów w tym serwerów drukarek, serwerów plików, serwerów komputerowych, serwerów sieciowych. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż wielokrotnie
w różnych postępowaniach przetargowych Zamawiający w różny sposób opisują to samo rozwiązanie w postaci np. serwera plików jako macierzy dyskowej, pamięci masowej czy dysku sieciowego.

Wykonawca w ramach wykazanych dostaw dostarczył rozwiązania, które są jednocześnie macierzami i serwerami plików w oparciu o ich funkcjonalności, a które posiadają różne nazewnictwo w danym postępowaniu. Dostarczone rozwiązania Inspur oraz Huawei składają się z kontrolerów dyskowych (kontrolerów macierzowych), zbudowane z: płyty głównej, procesorów, pamięci operacyjnej RAM, kart wejścia/wyjścia, nośnika systemowego, wentylatorów, zasilaczy i pełnią funkcje serwerów w ramach, których uruchomiony jest system operacyjny i jednocześnie udostępniają podłączone do nich zasoby dyskowe po sieci SAN FC, SAN IP. Dostarczone rozwiązania pełnią również funkcjonalność serwera plików czyli umożliwiają przechowywanie plików (zapis, odczyt, modyfikacja) oraz udostępnianie ich za pomocą protokołów CIFS, NFS w sieci. Rozwiązania Inspur i Huawei, które były przedmiotem dostaw, posiadają funkcjonalności właściwe dla serwera plików (serwer plików umożliwia stworzenie centralnego repozytorium do przechowywania
i udostępniania plików użytkownikom w sieci, co umożliwia łatwiejsze zarządzanie udostępnianymi udziałami i zwiększa ich bezpieczeństwo).

Ostatecznie Zamawiający postanowił o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający zweryfikował złożone wyjaśnienia i stwierdził, iż Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu**.**
W wyjaśnieniach w pozycji nr 1 Wykazu została przedstawiona dostawa na rzecz Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. Jana Pawła II w Krakowie, której przedmiotem w części I były macierze, a nie serwery. W ramach tego postępowania Konsorcjum zaoferowało urządzenia AS5500G5 firmy Inspur. Według opisu na stronie producenta () urządzenie to jest macierzą z możliwością udostępniania plików (NAS):*„Inspur AS5500G5 is a mid-end hybrid flash storage system for medium/large-sized enterprises and provides both SAN and NAS”.*W ocenie Zamawiającego, urządzenie to nie jest serwerem i nie spełnia wymogu określonego w SIWZ.

Odnośnie pozycji nr 2 Wykazu dostaw, została przedstawiona dostawa na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, a z dokumentacji zamieszczonej na stronie Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie wynika, że przedmiotem zamówienia była macierz oraz infrastruktura serwerowa wraz z oprogramowaniem i nie ma nigdzie informacji ani dowodów na to, że wartość serwerów w przedmiotowej dostawie wynosiła co najmniej 1 000 000,00 złotych brutto. Konsorcjum w ramach tego postępowania zaoferowało urządzenia:

- HUAWEI 6800 V5 – 1 szt.
- HUAWEI 2288H V5 – 7 szt.
- HUAWEI 5288 V5 – 1 szt.

Urządzenia HUAWEI 2288H oraz 5288 są to serwery, ale urządzenie 6800 V5,
a dokładnie OceanStor 6800 V5 jest to standardowa macierz dyskowa. Macierze dyskowe są to innego rodzaju urządzenia niż serwery, nie mogą więc być uznane jako spełnienie warunku określonego w SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający uznał, iż nie został spełniony warunek dostawy serwerów na kwotę co najmniej 1 000 000,00 zł brutto.

Na czynność wykluczenia z postępowania oraz uznania oferty za odrzuconą Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Istota sporu sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy w kontekście ustalonego
w postępowaniu brzmienia warunku udziału co do doświadczenia wymaganego od wykonawcy, w świetle przedstawionego Wykazu dostaw oraz złożonych wyjaśnień możliwy był wybór oferty Odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Zamawiający wymagał w warunku udziału doświadczenia w realizacji dostaw serwerów, jednocześnie Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił i opisał,
iż przez serwer rozumie urządzenie, czyli sprzęt o określonych parametrach minimalnych. Zdaniem Izby warunek był klarowny, nie wymagał dodatkowych wyjaśnień i wyrażał wprost oczekiwania Zamawiającego. Jeżeli zaś Odwołujący uważał inaczej, jego obowiązkiem było dążenie do wyjaśnienia wątpliwości, czego nie uczyniono. Na obecnym etapie zgłaszanie zastrzeżeń co do kształtu SIWZ, OPZ, czy też ustalonych warunków uznać należy za działania spóźnione. Izba nie podziela opinii Odwołującego, że Zamawiający nie określił, nie doprecyzował co rozumiał będzie pod pojęciem „serwer”. Abstrahując od faktu, że dla profesjonalisty takie określenie wydaje się zbędne, to Zamawiający z pewnością nie wskazał w warunku udziału, że jego potwierdzeniem będzie realizacja dostaw macierzy, nawet jeżeli posiadają one dodatkowe funkcjonalności i mogą być serwerami plików.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego zasadą podstawową w zamówieniach publicznych jest ustalenie warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający ocenę zdolności danego wykonawcy do należytego wykonania zobowiązania umownego. Izba podziela w tym zakresie stanowisko płynące
z pisma procesowego Przystępującego IT Solution, że warunek udziału nie został przez Zamawiającego zawężony tylko do doświadczenia w dostawach serwerów typu Rack, możliwe było przedstawienie dostaw referencyjnych dotyczących innych serwerów, ale miały być to nadal urządzenia będące serwerami w swej podstawie a nie innymi urządzenia, które mogą spełniać funkcje serwerowe (np. macierze). Innymi słowy, Zamawiający wymagał doświadczenia w dostawach sprzętu będącego serwerami świadczącego usługi za pomocą oprogramowania.

Choć nie istnieje definicja legalna pojęć „serwer”, „macierz”, „serwer plików”, to jednak w języku branżowym pojęcia te są sprecyzowane i trafnie opisane. Według definicji zamieszczonej na portalu *Wikipedia* **serwer** to świadczący usługi na rzecz odpowiednich programów zazwyczaj uruchomionych na innych podłączonych do . Innymi słowy, serwerem nazywa się system oprogramowania biorący udział w udostępnianiu zasobów. Przykładami udostępnianych zasobów są , , łącza internetowe, a także jak i . Serwerem nazywa się często również świadczący takie usługi, zazwyczaj udostępnianie pewnych zasobów innym komputerom lub przekaz danych.

Serwer plików (*file server*) to , który udostępnia w określone zasoby . Udostępnianie może być zrealizowane poprzez:

- , np.:

- – i wtedy jest to
- – i wtedy jest to

•, np.:

-
-
-

Serwer plików to miejsce, gdzie przechowywane są pliki, do których ma mieć dostęp więcej niż jedna osoba, w szczególności wszyscy pracownicy firmy.

Macierz dyskowa to urządzenie zawierające zbiór od kilku do kilkuset , które pogrupowane są w kilka do kilkudziesięciu grup . Macierz dyskowa RAID jest zestawem kilku dysków fizycznych, które są widziane przez system operacyjny komputera jako pojedynczy dysk logiczny.

Definicje te przywołał również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Kierując się treścią tych definicji, po pierwsze dostrzeżenia wymaga, iż pojęcia „serwer", „serwer plików" oraz „macierz" nie są pojęciami zamiennymi, nie mają równoważnego znaczenia, nie mogą więc być używane wymiennie. Następnie zauważyć należy, iż zakres pojęciowy każdego z tych elementów profesjonalistom w danej branży winien być znany i nie wymaga dodatkowych wyjaśnień czy doprecyzowania. Macierz dyskowa świadczy usługę udostępniania plików, a jej podstawową cechą jest zwiększenie pojemności i szybkość dostępu do plików. Natomiast podstawowym zadaniem serwera jest zwiększenie mocy obliczeniowej za pomocą określonych parametrów. W ocenie Izby również Odwołujący zdaje sobie w rzeczywistości sprawę z różnic między tymi elementami.

Słusznie zwrócił uwagę Przystępujący ZSK, że w Wykazie dostaw oraz referencjach Zamawiający posługiwali się pojęciem macierzy, tak kwalifikując zamawiany sprzęt, natomiast w oświadczeniach złożonych wraz z wyjaśnieniami przez Odwołującego producenci urządzeń posługują się sformułowaniem „rozwiązanie" i odnoszą się do funkcjonalności danego urządzenia, a nie jego typu. Co znamienne w tym przypadku, ci sami producenci na swoich stronach internetowych sprzęt będący podstawą dostaw referencyjnych kwalifikują do macierzy. Owszem, w określonych okolicznościach macierze te mogą pełnić funkcje serwerowe, ale nadal serwerami sensu stricte nie będą. Żadna ze Stron postępowania odwoławczego nie zaprzeczała tezie, że macierz może pełnić funkcje serwera plików, a dostawy referencyjne związane są z dostawą pewnych funkcjonalności macierzy. Natomiast ustalony w postępowaniu warunek udziału nie dotyczył dostaw urządzeń spełniających funkcje serwerowe, warunek nie został skonstruowany przez pryzmat funkcjonaliści sprzętu, a odnosił się on do sprzętu rozumianego jako dostawa określonego urządzenia, nie zaś funkcji jakie to urządzenie może pełnić.

Bez znaczenia dla przedmiotu sporu pozostaje treść opinii prywatnej złożonej przez Odwołującego oraz dodatkowe oświadczenia konsultantów. Opinia ta oraz oświadczenia dążą do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy macierz dyskowa jest serwerem plików i kiedy za taki serwer macierz może być uważana. Jak już zauważono w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia, ta kwestia nie jest sporna. Za zasadnością zarzutów odwołania nie mogła również przemawiać okoliczność przywoływana przez Odwołującego, że różni zamawiający w różny sposób określają przedmiot zamówienia, wprost określając macierze serwerami dyskowymi, czy serwerami pamięci masowej. Zauważenia bowiem wymaga, iż zamawiający ci realizowali dostawy macierzy, które miały dodatkowo pełnić funkcje serwerów, co wprost wynika z zamieszonych przez Odwołującego w piśmie opisów przedmiotu zamówienia. Znowu więc były to dostawy macierzy z pewnymi dodatkowymi funkcjami, a nie dostawy serwerów. W zakresie przypisania przedmiotów do określonych kodów CPV, Izba podziela argumentację przystępującego IT Solution zaprezentowaną w złożonym piśmie procesowym.

Reasumując, skład orzekający Izby uważa, iż czynność dokonana przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą miała charakter prawidłowy. Nie było możliwe uznanie, że dostawy macierzy
z funkcją serwera plików są tożsame rodzajowo z ustalonym w postępowaniu warunkiem udziału posiadania określonego doświadczenia zawodowego, czyli dostawy serwerów.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4, nie przyznając Zamawiającemu kosztów zastępstwa procesowego (wniosek z odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu Izby), ponieważ nie przedstawiono w tym zakresie żadnych dokumentów potwierdzających fakt poniesienia tych kosztów, to jest rachunku bądź faktury.

Przewodniczący:

……