Sygn. akt: KIO 2437/17

WYROK
z dnia 4 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Piotr Protokolant: Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2017 r. przez wykonawcę **C. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w W.**

przy udziale wykonawcy **A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. S. I. A. K.** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę C. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., i:

   zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 1) zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę C. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy C. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., na rzecz zamawiającego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w W., stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 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 2437/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (dalej jako „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa infrastruktury teleinformatycznej w tym serwerów, macierzy oraz przełączników SAN" (numer referencyjny: ZP/18/17), dalej jako „Postępowanie".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 180-368235 w dniu 20 września 2017 r.
I. W dniu 20 listopada 2017 r. wykonawca C. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie od:

1. zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia ofert C. Spółka Akcyjna (dalej jako „wykonawca C.") i S. S. I. A. K. (dalej jako „wykonawca SSI"), co Zamawiający obowiązany był uczynić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) oraz pkt 8) ustawy z dnia 29 stycznia 2014 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze

zm.), dalej jako „ustawa Pzp";
2. ewentualnie naruszenia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie poprawienia oferty wykonawcy C. w zakresie zaoferowanej liczby dysków macierzy blokowej typ A i B (wymaganie 5.30 i 6.30), a także art. 84 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaakceptowanie zmiany oferty wykonawcy C. dokonanej w dniu 3 listopada 2017 roku;
3. bezpodstawnej odmowy udostępnienia Odwołującemu do wglądu oferty wykonawcy C. w zakresie załącznika do oferty zawierającego specyfikację zaoferowanego sprzętu [zarzut wycofany];
4. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy C. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1. art. 89 ust. 1 pkt. 2) i 8) ustawy Pzp,
2. art. 87 ust. 2 i art. 84 ust. 1 ustawy Pzp,
3. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp [zarzut wycofany],
4. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. uchylenie czynności wyboru oferty wykonawcy SSI jako oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty wykonawcy C. i oferty wykonawcy SSI;
3. dokonanie oceny pozostałych ofert;
4. udostępnienie Odwołującemu oferty C. w zakresie załącznika do oferty zawierającego specyfikację zaoferowanego sprzętu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:
Zarzut naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 2) i 8) ustawy Pzp.
Odwołujący wskazał, iż zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ") Zamawiający sformułował następujące wymaganie dla macierzy blokowej typ A:
„ *Wymagane jest dostarczenie macierzy dyskowej spełniającej wymagania pojemnościowe: Macierz dyskowa składająca się z 3 obszarów dyskowych:*
*I - zapewniającego bardzo wysoką wydajność - musi zawierać dyski SSD w ilości minimum 54 sztuk udostępniając użytkownikowi powierzchnię użytkową (dla której nie wliczają się dyski parzystości i dyski hot spare) minimum 54TB w konfiguracji RAID 5**"*
Jednocześnie obowiązkiem wykonawcy było wykorzystanie Załącznika jako załącznika do oferty oraz zamieszczenie w nim precyzyjnych danych odnoszących się do zaoferowanego urządzenia:
„ *Ilość zainstalowanych dysków SSD (wpisać ilość) szt. w tym ilość dysków (wpisać ilość) szt. udostępniających użytkownikowi powierzchnię użytkową oraz ilość dysków (wpisać ilość) szt. wykorzystanych na dyski parzystości i dyski hot spare. Wielkości każdego z dysków (wpisać wielkość) GB. "*
W pkt 5.30 Zamawiający zdefiniował wymagania dla 3 obszarów dyskowych w sposób analogiczny jak wyżej powołano z tą różnicą, iż wskazano odmienną liczbę minimalną (135 szt. dla 2 obszaru i 30 szt. dla 3 obszaru) oraz zdefiniował odmienną minimalną wartość przestrzeni użytkowej dysków (192 TB dla 2 obszaru i 120 TB dla 3 obszaru).
Analogicznie Zamawiający zdefiniował wymaganie 6.30 (macierz blokowa typ B) poprzez określenie minimalnej liczby dysków dla każdego z 3 obszarów (odpowiednio 9, 45 i 120 szt.) oraz określenie minimalnej powierzchni użytkownej (odpowiednio 9TB, 64 TB, 480 TB).
W obu przypadkach (wymaganie 5.30 i 6.30) Zamawiający zastrzegł metodologię wyliczenia liczby dysków zapasowych względnie przestrzeni zapasowej:
„Należy wyposażyć macierz w niezbędne dyski zapasowe (spare) zgodnie z zaleceniami producenta macierzy (nie mniej niż 1 sztuka na 30 dysków) lub w zapasową przestrzeń

dyskową (spare) w wielkości zgodnej z zaleceniami producenta macierzy. Wszystkie dyski oferowanej i dostarczonej macierzy muszą pracować w trybie „Hot-Plug". W każdym

z obszarów wszystkie dyski muszą być tego samego typu i pojemności/”
W konsekwencji każdy z wykonawców był obowiązany w zakresie macierzy blokowej A i B do podania liczb dysków w każdym z 3 obszarów (razem 6) oraz do wypełnienia załącznika
do oferty wskazującego na łączną ilość dysków dla danego obszaru oraz liczbę dysków udostępniających powierzchnię użytkową, a także liczbę dysków wykorzystanych na dyski parzystości i dyski hot-spare, gdzie liczba dysków w obu grupach sumowała się do liczby łącznej.
„Ilość zainstalowanych dysków SSD (wpisać ilość) szt (składowa A - przypis autora) w tym ilość dysków (wpisać ilość) szt. (składowa B - przypis autora) udostępniających użytkownikowi powierzchnię użytkową oraz ilość dysków (wpisać ilość) szt. (składowa C - przypis autora) wykorzystanych na dyski parzystości i dyski hot spore. Wielkości każdego z dysków (wpisać wielkość) GB. ”
Zdaniem Odwołującego, zgodnie z powyższym wymaganiem prawidłowy sposób wypełniania liczby danych w poz. 5.30 i 6.30 powinien być zgodny ze wzorem A = B + C.
Wykonawca SSI w Załączniku do oferty w pozycji wymagania 5.30 i 6.30 wpisał wszędzie jednakową liczbę dysków. Dla przykładu dla wymagania 5,30 obszar I wykonawca SSI podał:
„Ilość zainstalowanych dysków SSD 86 szt. (składowa A - przypis autora) w tym ilość dysków 86 szt. (składowa B - przypis autora) udostępniających użytkownikowi powierzchnię użytkową oraz ilość dysków 86 szt. (składowa C - przypis autora) wykorzystanych na dyski parzystości i dyski hot spore. Wielkości każdego z dysków (wpisać wielkość) GB. ”
Powyższy opis nie spełnia wymagania Zamawiającego, aby liczba dysków dla przestrzeni użytkowej i zapasowej sumowała się do wartości łącznej.
Identycznie wypełnione dane w obszarze 2 i 3 wymagania 5.30 oraz 6.30 wszędzie powielając identyczną dla danego obszaru liczbę dysków.
W identyczny sposób w zakresie wymagań 5.30 i 6.30 ofertę sporządził wykonawca C..
Zamawiający w dniu 31 października 2017 roku wezwał wykonawcę SSI i wykonawcę C. do wyjaśnienia cyt. „oczywistej pomyłki” polegającej na podaniu w wymaganiach 5.30 i 6.30 identycznych liczb dysków w poszczególnych obszarach dyskowych, gdzie całkowita liczba dysków była tożsama liczbą dysków przeznaczonych na przestrzeń użytkową i przestrzeń zapasową

/dowody: zawiadomienia Zmawiającego z dnia 31 października 2017 roku adresowane do wykonawcy SSI oraz wykonawcy C. - na okoliczność sposobu realizacji przez wykonawców SSI i C. wymagania 5.30 i 6.30/
W dniu 2 listopada 2017 roku wykonawca SSI udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, w których jednoznacznie stwierdził, iż oferta nie zawiera omyłki, gdyż każdy z dysków może udostępniać zarówno przestrzeń użytkową jak również pełnić funkcję zapasową.
/dowód: wyjaśnienia wykonawcy SSI z dnia 2 listopada 2017 roku - na okoliczność braku omyłki w ofercie wykonawcy SSI oraz sporządzenia przez wykonawcę SSI oferty w sposób świadomy/
W ocenie Odwołującego jest zatem oczywiste, iż oferta wykonawcy SSI w zakresie spełnienia wymagań 5.30 i 6.30 pozostaje w sprzeczności z wymaganiami SIWZ.
W dniu 3 listopada 2017 roku wykonawca C. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, w których zmodyfikował treść oferty poprzez podzielenie łącznej liczby dysków dla 6 obszarów objętych wymaganiami 5.30 i 6.30 na dwa zbiory dysków sumujących się do wartości łącznej dla danego zbioru.
/dowód: wyjaśnienia C. z dnia 3 listopada 2017 roku — na okoliczność modyfikacji przez wykonawcę C. złożonej przez niego oferty/
Jest zatem oczywiste, iż złożona przez wykonawcę C. oferta w zakresie spełnienia wymagań 5.30 i 6.30 pozostaje w sprzeczności z wymaganiami SIWZ.
Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonując oceny ofert wykonawcy C. i wykonawcy SSI winien stwierdzić nieusuwalną niegodność treści ich ofert z treścią SIWZ i ich dokonać odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a także z uwagi na brak określenia przedmiotu świadczenia (liczby oferowanych dysków) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.
Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 oraz art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.
Odwołujący wskazał, iż zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie jego korespondencji z wykonawcami, a Zamawiający przekazał Odwołującemu kopie dokumentacji w dniu 15

listopada 2017 roku.
/dowód: pismo Zamawiającego z dnia 15 listopada 2017 roku - na okoliczność przekazania Odwołującemu korespondencji z wykonawcami/
W dokumentach tych nie zawarto informacji Zamawiającego adresowanej do wykonawcy C. informującej o dokonaniu poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy C. pomimo, iż jak wskazano w pkt 2 Uzasadnienia Odwołania Zamawiający stwierdził taką omyłkę, wezwał

wykonawcę C. do wyjaśnień, a wykonawca C. takich wyjaśnień udzielił. Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy C. z uwagi na wady tej oferty określone w piśmie Zamawiającego z dnia 31 października 2017 toku, należy uznać, iż:
1/ Zamawiający dokonał poprawienia oferty wykonawcy C. po dacie 15 listopada 2017 roku a przed datą 18 listopada 2017
roku (data wyboru oferty najkorzystniejszej), co stanowiło naruszenie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, względnie
2/ Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy C. z dnia 3 listopada 2017 roku i w ten sposób zaakceptował zmianę oferty wykonawcy C. w zakresie liczby dysków oferowanych dla macierzy blokowych typu A i B (wymagania 5.30 i 6.30), naruszając tym samym art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.
W ocenie Odwołującego znamiennym jest, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 31 października 2017 roku posłużył się wyrażeniem „oczywista omyłka" jakkolwiek nie sprecyzował jaką omyłkę (rachunkową, pisarką lub inną) miał na myśli.
O ile dostrzeżona przez Zamawiającego omyłka była omyłką rachunkową lub pisarską, to podnieść wypada, iż zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy Pzp możliwości poprawienia podlegają jedynie OCZYWISTE omyłki pisarskie lub rachunkowe. Sam wykonawca C. w wyjaśnianiach z dnia 3 listopada 2017 roku kwalifikuje swoją omyłkę jako omyłkę pisarską.
/dowód: pismo wykonawcy C. z dnia 3 listopada 2017 roku — na okoliczności oceny omyłki przez wykonawcę C./
Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 1) ustawy Pzp poprawieniu podlegają jedynie OCZYWISTE omyłki pisarskie. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach KIO 1388/14, KIO 662/13 oraz KIO 2003/10.
W świetle powyższego orzecznictwa ewentualne dokonanie poprawienia oferty wykonawcy C. było zdaniem Odwołującego niedopuszczalne, albowiem nie jest możliwe ustalenie jednego oczywistego sposobu podzielenia ogólnej liczby dysków na dwa podzbiory, których liczba sumuje się do ogólnej liczby dysków. Wypada podkreślić, iż wymaganie SIWZ co do określenia liczby dysków brzmiało w sposób następujący: „Należy wyposażyć macierz w niezbędne dyski zapasowe (spore) zgodnie z zaleceniami producenta macierzy (nie mniej niż 1 sztuka na 30 dysków) lub w zapasową przestrzeń dyskową (spare) w wielkości zgodnej z zaleceniami producenta macierzy. Wszystkie dyski oferowanej i dostarczonej macierzy muszą pracować w trybie „ Hot-Pług " W każdym z obszarów wszystkie dyski muszą być tego samego typu i pojemności/".
Powyższe wymaganie nie ustanawia prostej zależności 1 dysk zapasowy na 30 dysków użytkowych, lecz ustala tą zależność jako zależność minimalną, z zastrzeżeniem że

zależność ta powinna być większa, jeżeli producent zaleca korzystniejszy stosunek dysków użytkowych do dysków zapasowych. W takim stanie rzeczy nie istniała oczywistość co do sposobu określenia liczby poszczególnych grup dyskowych, albowiem stosownego obliczenia należy dokonać po uprzednim zapoznaniu się z wymaganiami producenta co do stosunku dysków użytkownych do zapasowych.
Zarzut naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – zarzut wycofany
Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp
Zgodnie z pkt IX. 5 SIWZ Zamawiający określił następujące wymagania dla wadialnej gwarancji bankowej:
„ *W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia treść dokumentu ma zawierać zobowiązanie, odpowiednio podmiotu udzielającego gwarancji lub poręczyciela, do bezwarunkowej, nieodwołalnej zapłaty wymaganej kwoty gwarancji lub poręczenia na*

pierwsze żądanie pisemne Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy i ort. 46 ust. 5 ustawy.
W dokumencie tym gwarant/poręczyciel nie może uzależniać dokonania zapłaty od spełniania przez beneficjenta (PFRON) dodatkowych warunków lub przedłożenia dodatkowych dokumentów z wyjątkiem dokumentu potwierdzającego umocowanie do działania w imieniu PFRON. ”
Tymczasem wadialna gwarancja bankowa załączona do oferty wykonawcy C. zawiera wymóg, aby żądanie wypłaty sumy gwarancyjnej zawierało potwierdzenie personaliów osób podpisujących żądanie wypłaty dokonane przez bank Zamawiającego.
/dowód: wadialna gwarancja bankowa wykonawcy C. - na okoliczność wymogu potwierdzenie podpisów przez bank Zamawiającego/
W konsekwencji wadialna gwarancja bankowa przedłożona przez wykonawcę C. zawiera dodatkowe warunki dla spełnienia przez bank świadczenia gwarancyjnego na rzecz Zamawiającego w postaci konieczności uzyskania przez Zamawiającego potwierdzenia podpisów reprezentantów Zamawiającego, co jest sprzeczne z powołanym pkt IX. 5 SIWZ.
W takim stanie rzeczy wadium zostało wniesione przez wykonawcę C. w sposób nieprawidłowy, co stanowiło podstawę do obligatoryjnego odrzucenia oferty wykonawcy C. zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp.
Na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. Podkreślił, iż w jego ocenie zarówno wykonawca SSI, jak i wykonawca C., zaoferowali rozwiązanie podstawowe, a nie rozwiązanie równoważne. W

jego ocenie wskazuje na to sposób wypełnienia formularza, który odpowiada rozwiązaniu podstawowemu. Chcąc zaoferować rozwiązanie równoważne powinni wcześniej zwrócić się z wnioskiem o wyjaśnienie do Zamawiającego, jak należy to uczynić, lub zawrzeć jednoznaczną adnotację, że oferują oni macierz bazującą na wirtualizacji przestrzeni. Podkreślił, że wykonawca nie jest całkowicie związany

formularzem określonym w SIWZ, a

wynika to z tego, że przez niezgodność z treścią SIWZ należy rozumieć niezgodność dotyczącą kwestii merytorycznych, a nie formalnych. Wskazał na z jednej strony identyczną treść oferty, zarówno wykonawcy SSI, jak i wykonawcy C., a z drugiej strony na całkowicie odmienną treść złożonych przez nich wyjaśnień. Odwołujący stwierdził, iż nie jest jednocześnie znany dokładny zakres przedmiotu świadczenia oferowanego przez ww. wykonawców, tym samym ich oferty nie zawierają *essentialia negotii,* a w konsekwencji należy uznać je za nieważne. Brak podania dokładnej ilości dysków jednocześnie uniemożliwia Zamawiającemu sprawdzenie, czy zostały spełnione wymagania, zalecane przez producenta macierzy (postanowienie w ramach pkt 5.30 oraz 6.30), jak i dokonanie oceny pod kątem rażąco niskiej ceny. Stwierdził, iż stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp nie dotyczy istoty sprawy, albowiem nie chodzi o to, czy postawiony warunek jest warunkiem w rozumieniu prawa cywilnego, lecz chodzi o to, aby gwarancja nie zawierała jakichkolwiek utrudnień, w tym natury formalnej.

Il. Pismem z dnia 30 listopada 2017 r. odpowiedzi na odwołanie udzielił Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Uzasadniając swoje stanowisko w sprawie Zamawiający stwierdził w szczególności co następuje:
Zarzut naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 2) i 8) ustawy Pzp.
Zamawiający wskazał, iż w trakcie Postępowania Zamawiający nie dokonywał zmiany treści pkt 5.30 i 6.30 Załącznika nr 1 do SIWZ. Oznacza to, że od samego początku brzmienie wymagań SIWZ było znane wszystkim potencjalnym wykonawcom. I tak zarówno dla macierzy blokowej typu A jak i typu B Zamawiający wskazał następujące wymaganie:
„Należy wyposażyć macierze w niezbędne dyski zapasowe (spare) zgodnie z zaleceniami producenta macierzy (nie mnie/ niż 1 sztuka na 30 dysków) lub w zapasową przestrzeń dyskową (spare) w wielkości zgodnie z zaleceniami producenta”.
W ocenie Zamawiającego przywołane postanowienie pkt 5.30 i 6.30 dopuszcza, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zaproponowali jedno z opisanych rozwiązań. Innymi słowy możliwe było przedstawienie oferty przy zastosowaniu równoważnego rozwiązania dopuszczonego przez Zamawiającego. Pierwsze z opisanych

rozwiązań oparte zostało o zasadę fizycznych dysków zapasowych dołączonych do macierzy, natomiast rozwiązanie równoważne przewidywało wykorzystanie zapasowej przestrzeni dyskowej (bez konieczności dostarczania zapasowego dysku/dysków). Pierwsze z rozwiązań zostało zaoferowane przez Odwołującego, natomiast drugie (równoważne) przez wykonawcę SSI oraz wykonawcę C..
Złożona przez wykonawcę SSI oraz wykonawcę C. oferta oparta zostało o rozwiązanie bazujące na przestrzeni zapasowej, która tworzona jest na bazie wirtualizacji. Przy taki rozwiązaniu wszystkie dyski biorą udział w tworzeniu i udostępnianiu przestrzeni parzystości oraz przestrzeni zapasowej (spare 1). Wobec powyższego przy zastosowaniu rozwiązania wirtualizacji przestrzeni macierzy powierzchnia użytkowa jest rozproszona i znajduje się na wielu zainstalowanych dyskach (fizycznych), analogicznie jak dane parzystości oraz przestrzeń hot spare. Wynika z tego, że przy zastosowaniu takiego rozwiązania na każdym lub na niektórych dyskach znajdować się będzie powierzchnia użytkowa, powierzchnia danych parzystych oraz powierzchnia hot spare. Co najważniejsze, nie spowoduje to sytuacji, w której matryca nie będzie spełniać wymagań Zamawiającego.
Innymi słowy w ocenie Zamawiającego zaoferowane rozwiązania spełniają wymagania specyfikacji, gdyż oferują minimalną liczbę dysków, minimalną powierzchnię dyskową oraz trzy obszary (patrz. kolumna „wymagania" w załączniku nr 1 do SIWZ pkt 5.30 i 6.30). Oznacza to także, że w ofercie danego wykonawcy dopuszczalne i prawidłowe było określenie, że wszystkie dyski zaoferowane wypełniają jednocześnie wymogi dla dysków parzystości oraz dyski hot spare.
Za nietrafione uznał twierdzenie odwołania, jakoby zaoferowane rozwiązania nie spełniały algorytmu wskazanego przez Odwołującego, z którego miałoby wynikać, że na łączną liczbę dysków A składać się ma suma dysków B i C tj. A=B+C (s. 4 Odwołania). Po pierwsze zasady takiej Zamawiający nie wprowadził do treści specyfikacji (załącznik nr 1 do SIWZ) jak to literalnie twierdzi Odwołujący. Po drugie nawet jeżeliby uznać, że taki algorytm jest prawidłowo wyprowadzony w świetle treści specyfikacji to takie zdanie matematyczne nie ma zastosowania dla rozwiązania równoważnego, które wykorzystuje rozwiązanie wirtualizacji przestrzeni macierzy. Algorytmem A=B+C potencjalnie można by dokonać weryfikacji oferty Odwołującego się, który zaproponował klasyczne rozwiązanie macierzy z fizycznymi dyskami zapasowymi. Natomiast dla rozwiązania równoważnego prawidłowy algorytm winien brzmieć: A=B=C. Takie też rozwiązania zaproponowali wykonawca SSI oraz wykonawca C., a w stosunku do których Odwołujący kieruje swoje zarzuty.
Po trzecie, w ocenie Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ zdanie:

„Ilość *zainstalowanych dysków SSD (wpisać ilość) szt. w tym ilość dysków (wpisać ilość) szt. udostępniających użytkownikowi powierzchnię użytkową oraz ilość dysków (wpisać ilość) szt. wykorzystywanych na dyski parzystości i dyski hot spare. Wielkość każdego z dysków (wpisać wielkość) GB."* zostało tak sformułowane, aby prawidłowe były oba algorytmy. Wymagania nie zostały bowiem zapisane wzorem matematycznym, ale zdaniem z którego wynika, że przy określonej technologii, wiele lub wszystkie zaoferowane dyski macierzy spełniają wszystkie trzy funkcje, a zatem prawdziwe będzie zdanie, że wszystkie trzy zbiory A, B i C zawierają się w sobie, a z konsekwencją są tym samym zbiorem spełniającym wszystkie funkcje.
Zamawiający wskazał, że argumentacja Odwołującego w swojej istocie wymierzona przeciwko ofertom wykonawcy SSI i wykonawcy C., tak naprawdę zmierza do zakwestionowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W świetle zarzutów odwołania, które kwestionuje zaoferowane rozwiązanie równoważne tylko z tego powodu, że rzekomo nie sumuje się ono do przedstawionego algorytmu wyprowadzonego z kolumny „parametry" załącznika nr 1 do SIWZ, kwestionowana jest w istocie możliwość zaoferowania macierzy z wirtualizacją przestrzeni. Nie jest tajemnicą dla osób rozeznanych w takiej technologii, że nie jest możliwe określenie z góry, które dyski i w jakim zakresie będą wykorzystywane dla parzystości, a które dla hot spare. Zatem takie czytanie przez Odwołującego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wymaga zastosowania dla takiego rozwiązania algorytmu podziału dysków A=B+C de facto

kwestionuje w możliwość takiej metody całości zastosowania przez wykonawcę składającego ofertę. Tymczasem stoi to w sprzeczności z treścią specyfikacji oraz celami Zamawiającego.
Za niesłuszny uznał Zamawiający również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W odwołaniu nie zostało w żaden sposób wskazane w jakim zakresie oferty złożone w Postępowaniu przez wykonawcę SSI lub wykonawcę C. miałyby nosić znamiona nieważności. Należy wskazać, że sankcja nieważności jest najdalej idącą konsekwencją prawną związaną z ingerencją w dany stosunek prawny i ustawodawca wymaga, aby była to nieważność wynikająca wprost z przepisu prawa. W tym przypadku (art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) chodzi o przepisy odrębne. Oznacza to, że ustalenie, iż dana oferta jest nieważna dokonywane jest głównie z uwzględnieniem przepisów Kodeksu cywilnego. W grę zatem mogą wchodzić takie sytuacje jak: niezachowanie wymaganej formy dla oferty (art. 73 § 1 KC), niewykazanie umocowania do złożenia oferty (art. 104 KC w zw. z art. 26 ust. 3a ustawy Pzp), bezprawność czynności (art. 58 § 1 KC), umowa o świadczenie niemożliwe (art. 387 § 1 KC).

11

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 oraz art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.
W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, iż dokonał wezwania wykonawców do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nie miał on wątpliwości co do zgodności treści tych ofert z treścią SIWZ, jednakże uznał, że muszą one zostać wyjaśnione w zakresie wyliczenia liczby dysków przeznaczonych do poszczególnych celów (pkt. 5.30 i 6.30 załącznika nr 1 do SIWZ) w taki sposób, aby Zamawiający upewnił się czy dobrze zrozumiał treść oferty. Zamawiający wskazał, że w niezbyt precyzyjny sposób z punktu widzenia postanowień art. 87 ustawy Pzp użył sformułowania „oczywista omyłka" oraz sformułował samo wezwania. W istocie Zamawiający, co wynika chociażby z treści wezwania, oczekiwał złożenia wyjaśnień co do treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W przekonaniu Zamawiającego oferty zawierały niejasne wyliczenie liczby dysków, które mogłoby być potraktowane jako oczywista omyłka rachunkowa, niezgodność treści z ofertą lub też prawidłowo złożona oferta. Zarówno ustawa jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza, aby potencjalne poprawienie oferty czy to w wyniku stwierdzenia oczywistej omyłki czy też innej omyłki poprzedzone było wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.
W wyniku przedstawionych przez wykonawcę SSI oraz wykonawcę C. wyjaśnień Zamawiający nie dokonał poprawienia żadnej z przedstawionych mu ofert. Wyjaśnienia przedstawione przez wykonawców okazały się wystarczające dla usunięcia wątpliwości Zamawiającego co do istnienia/nieistnienia omyłki i uznania ofert za prawidłowo złożone biorąc pod uwagę, że oferty od samego początku spełniały wymagania wskazane w Załączniku nr 1 do SIWZ.
Zamawiający nie dokonał zmiany w którejkolwiek z ofert przedstawionych przez Wykonawców.
Zarzut naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – zarzut wycofany
Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp
Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział możliwość wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej (patrz pkt V.5 SIWZ).
Zgodnie z art. 81 ust. 1 Prawo bankowe gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

12

Zamawiający w specyfikacji zastrzegł przy tym, że gwarancja ma zawierać zobowiązanie bezwarunkowej i nieodwołalnej zapłaty wymaganej kwoty gwarancji (patrz pkt V.5 SIWZ).
Dodatkowo Zamawiający zastrzegł, że w dokumencie gwarancji nie jest dopuszczalne uzależnienie dokonania zapłaty od spełnienia przez beneficjenta dodatkowych warunków lub przedłożenia dodatkowych

dokumentów z wyjątkiem dokumentów potwierdzających
umocowanie do działania w imieniu PFRON (patrz. V.5 zdanie ostatnie SIWZ).
Wskazał, iż zarówno doktryna jak i praktyka dopuszcza, aby w treści gwarancji znalazły się postanowienia wskazujące na określone czynności, jakie konieczne są do przeprowadzenia procedury związanej z uruchomieniem gwarancji. Zamawiający wskazał przy tym, że nie chodzi tutaj o warunki lub dodatkowe dokumenty, lecz o czynności natury technicznej związane z potwierdzeniem tożsamości osób składających podpisy pod dokumentem.
Powołał się na poglądy wyrażane w orzecznictwie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2013 r.; sygn. II CSK 670/12 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2014 r.; sygn. KIO 601/14, z dnia 7 marca 2017 r.; sygn. 364/17).
Stwierdził, iż przedstawiona przez wykonawcę C. gwarancja bankowa zawiera bezwarunkowe zobowiązanie się banku-gwaranta do spełnienia świadczenia i wprowadzenie formalności polegającej na potwierdzeniu tożsamości osób podpisujących dokument nie stoi w sprzeczności z samą istotą gwarancji. Wprowadzony w treści gwarancji wymóg poświadczenia podpisu beneficjenta na wezwaniu do zapłaty w żadnym względzie nie stoi postanowieniami SIWZ (mającym do tego charakter instrukcyjny). Wskazał, że zawarty w treści złożonej gwarancji ubezpieczeniowej wymóg odnosił się tylko i wyłącznie do poświadczenia podpisów zawartych na wezwaniu do zapłaty przez notariusza lub przez bank prowadzący rachunek beneficjenta. Gwarancja wadialna nie wprowadzała natomiast żadnych innych wymogów czy też formalności np. polegających na przedstawieniu żądania za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek zamawiającego. Czynności takiej SIWZ nie zakazała w sposób wyraźny.
Zamawiający podkreślił, że gwarancja jest bezwarunkowa, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a gwarant nie może badać podstaw.
tj. zasadności takiego żądania i jest zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie zamawiającego. iż zaistniały okoliczności uzasadniające taką wypłatę (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2011 r. KIO 1110/11, wyrok z dnia 24 września 2010 r. KIO/UZP 1940/10, wyrok z 11 lutego 2009r. (KIO/UZP 1867/09), wyrok KIO z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1545/10, wyrok Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z 10 września 2009 r., sygn. akt II Ca 404/09).

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Zamawiający podniósł, że treść dokumentu wadialnego nie powinna być oceniana pod kątem ewentualnej niezgodności z treścią SIWZ, na co zwróciła przed nowelizacją ustawy PZP Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 maja 2011 r.; sygn. KIO 881/11, w którym stwierdziła, że wadium (czy raczej dokument potwierdzający/stanowiący wadium w formie innej niż pieniężna) nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy w przeciwieństwie do wszelkich doprecyzowujących to oświadczenie dokumentów i informacji, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania, będącego przedmiotem zamówienia.
Na rozprawie przed Izbą Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. Dodał, iż informację o tym, że złożono ofertę z rozwiązaniem równoważnym należy również wywieść ze wskazanego typu urządzenia (producent, model). W związku z tym Zamawiający był w stanie sprawdzić, na podstawie informacji ze stron internetowych, spełnienie - przez produkty oferowane przez wykonawcę SSI oraz wykonawcę C. – wymagań postawionych w SIWZ. Gdyby to nie było możliwe, zwróciłby się w tym zakresie o wyjaśnienia do wykonawców. Na pytanie Izby oświadczył, że wezwania do wyjaśnień z dnia 31 października 2017 r. zostały wystosowane w celu jednoznacznego potwierdzenia treści oferty. W odniesieniu do oferty wykonawcy C. podkreślił, że od początku zawierała ona rozwiązanie równoważne, nie zostało to zmienione w trakcie Postępowania, nie doszło do poprawienia omyłki, ani też do zmiany oferty. W odniesieniu do rozbieżności, pomiędzy treścią wyjaśnień wykonawcy SSI a treścią wyjaśnień wykonawcy C., Zamawiający stwierdził, że z jego wiedzy wynika, że tylko wykonawca SSI posiadał dodatkowe informacje od producenta, pozwalające mu na złożenie odpowiednich wyjaśnień. Zauważył, iż skoro jak twierdzi Odwołujący, wykonawca nie jest związany treścią formularza oferty, to oznacza to, że wykonawca może go również interpretować w taki sposób, w jaki uczynili to wykonawca SSI oraz wykonawca C., wpisując w treści kolumny 3 formularza stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ oferowane rozwiązanie równoważne.
III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. S. I. A. K..
Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy (dalej jako „wykonawca SSI" lub „Przystępujący") do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
Swoje stanowisko w sprawie Przystępujący przedstawił w toku rozprawy przed Izbą. Potwierdził, iż z nazwy macierzy można w sposób jednoznaczny wywnioskować, że przedmiot oferty dotyczy rozwiązania równoważnego. Jako dowody w sprawie złożył oświadczenie producenta z dnia 28 listopada 2017 r., z którego między innymi wynika, iż

oferowane przez wykonawcę SSI macierze charakteryzują się wirtualizowaną przestrzenią oraz spełniają wymagania Zamawiającego postawione w treści SIWZ. Dodał, że nie miał on obowiązku dopytywania się Zamawiającego o sposób wypełnienia formularza. Podkreślił, iż sam producent zarówno brał udział we wspomnianym przez Zamawiającego dialogu technicznym, jak i wypełnił formularz i przekazał go zarówno Przystępującemu, jak i wykonawcy C. Powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, wydane, w jego ocenie w analogicznej sprawie (sygn. KIO 473/14). Ponadto, jako dowód w sprawie, złożył analizę własną, przedstawiającą w sposób graficzny informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach oraz dane potwierdzające spełnianie wymagań SIWZ, w zakresie pkt 5 i 6. Ponadto, jako dowody w sprawie, złożył również dokumentację producenta, w tym dokumentację dotyczącą oferowanej macierzy, na okoliczność, iż z nazw oferowanych macierzy można w sposób jednoznaczny wywnioskować, iż oferowane jest rozwiązanie równoważne. Przedstawiciel producenta, występujący w charakterze pełnomocnika Przystępującego, potwierdził, iż tylko wykonawca SSI zwrócił się do niego o dodatkowe informacje, potrzebne do złożenia wyjaśnień. W związku z tym, w ocenie Przystępującego, nie można go obciążać negatywnymi konsekwencjami błędnych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę C..
Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania oraz z dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania, przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie oraz złożonych przez Przystępującego w toku rozprawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.
Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, w ocenie którego zaistniała przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z tym, iż Odwołujący nie załączył oryginału pełnomocnictwa do odwołania. Obowiązek załączenia oryginału pełnomocnictwa Przystępujący wywodził z treści art. 187 ust. 3 ustawy Pzp. Wbrew jednak twierdzeniem Przystępującego przepis art. 187 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazuje wprost na obowiązek załączenia oryginału pełnomocnictwa do dokumentu odwołania. W ocenie składu orzekającego Izby należy przede wszystkim wziąć pod uwagę okoliczność, iż postępowanie odwoławcze stanowi postępowanie „wpadkowe" w stosunku do postępowania głównego, jakim jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Tym

samym, w przypadku gdy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego zostało już złożone pełnomocnictwo, to z oczywistych względów nie jest możliwe ponowne załączenie oryginału tego pełnomocnictwa do odwołania. W konsekwencji, gdy istnieje możliwość zweryfikowania, czy dane pełnomocnictwo znajduje się w aktach postępowania, za wystarczające należy uznać załączenie do odwołania kopii tego pełnomocnictwa
potwierdzonej za zgodność z oryginałem.
Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.
W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też

sporne.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
Zarzut naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 2) i 8) ustawy Pzp.
Izba ustaliła, iż stan faktyczny sprawy odnoszący się do tego zarzutu nie był pomiędzy stronami sporny. Istota sporu sprowadzała się przede wszystkim do oceny treści formularza (załącznik nr 1 do SIWZ) składającego się na oferty wykonawcy SSI oraz wykonawcy C. – w kontekście wymagań postawionych przez Zamawiającego w treści SIWZ.
Jak wynika z dokumentacji Postępowania zarówno dla macierzy blokowej typu A jak i typu B Zamawiający zawarł w treści SIWZ (pkt 5.30 oraz 6.30 Załącznika nr 1 do SIWZ, kolumna „Wymaganie") następujące postanowienie: „Należy *wyposażyć macierze w niezbędne dyski zapasowe (spare) zgodnie z zaleceniami producenta macierzy (nie mnie/ niż 1 sztuka na 30 dysków) lub w zapasową przestrzeń dyskową (spare) w wielkości zgodnie z zaleceniami producenta".* Z powyższego zapisu SIWZ wynika, iż Zamawiający dopuścił zarówno rozwiązanie podstawowe, jak i rozwiązanie równoważne (tj. macierze z wirtualizowaną przestrzenią dyskową) – okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.
Sposób wypełnienia przez wykonawcę ww. formularza (kolumna „Parametry/cechy oferowanego Sprzętu") w odniesieniu do trzech obszarów dyskowych, zarówno dla macierzy blokowej typu A jak i typu B, został przez Zamawiającego określony w następujący sposób: *„Ilość zainstalowanych dysków SSD/ SAS/ SAS/NL-SAS (wpisać ilość) szt. w tym ilość dysków (wpisać ilość) szt. udostępniających użytkownikowi powierzchnię użytkową oraz ilość dysków (wpisać ilość) szt. wykorzystanych na dyski parzystości i dyski hot spore. Wielkości każdego z dysków (wpisać wielkość) GB."*

W ocenie składu orzekającego Izby, jakkolwiek wskazany powyżej sposób wypełnienia kolumny „Parametry/cechy oferowanego Sprzętu" ewidentnie bardziej odpowiadał rozwiązaniu podstawowemu, a nie rozwiązaniu równoważnemu (macierze z wirtualizowaną przestrzenią), to jednak zauważenia wymaga, iż dla dokonania oceny treści oferty wykonawcy znaczenie powinien mieć przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia
dokonany w zakresie ww. wymogu przez Zamawiającego. Skoro bowiem Zamawiający wprost dopuścił w treści SIWZ także możliwość zaoferowania macierzy z wirtualizacją przestrzeni dyskowej, to okoliczność ta musi zatem w sposób oczywisty wpływać na sposób interpretacji odpowiedniego fragmentu formularza ofertowego, tj. jako odnoszącego się również do rozwiązania równoważnego.
Przyjmując argumentację prezentowaną przez Odwołującego należałoby dojść do wniosku, iż Zamawiający z jednej strony dopuścił rozwiązanie równoważne w stosunku do rozwiązania podstawowego, a następnie uniemożliwił wykonawcom złożenie oferty na taki przedmiot zamówienia poprzez brak możliwości uwzględnienia go w treści formularza oferty.
Należy przy tym stwierdzić, iż nawet gdyby poczynić założenie, iż Zamawiający w istocie przy sporządzaniu SIWZ omyłkowo nie uwzględnił w treści formularza rozwiązania równoważnego, to po upływie terminu składania ofert obowiązany jest on dokonywać interpretacji treści ofert wykonawców w sposób uwzględniający jednoznaczne postanowienia SIWZ przewidujące możliwość zaoferowania macierzy z wirtualizacją przestrzeni dyskowej. Trzeba przy tym przypomnieć, iż zgodnie z utrwaloną w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zasadą wątpliwości co do treści SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawców.
Należy zatem stwierdzić, iż zaoferowanie rozwiązania równoważnego w zakresie macierzy blokowej typu A oraz typu B zarówno przez wykonawcę SSI jak oraz wykonawcę C. wynika ze złożonych przez nich ofert, w tym z podanej nazwy i typu oferowanych macierzy. Okoliczność ta została ustalona na podstawie stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, a także dowodów złożonych przez Przystępującego (oświadczenie oraz dokumentacja producenta), a ponadto twierdzeniu temu nie zaprzeczył Odwołujący.
Jednocześnie sposób wypełnienia przez ww. wykonawców kolummy „Parametry/cechy oferowanego Sprzętu" nie odpowiada rozwiązaniu podstawowemu, a zatem wskazuje na drugą z możliwości, tj. rozwiązanie równoważne
Skoro zatem ww. wykonawcy zaoferowali rozwiązanie równoważne i co innego nie wynikało z treści złożonych przez nich ofert, to nie można uznać za zasadny zarzut postawiony przez Odwołującego, iż w tym zakresie wystąpiła niezgodność treści oferty ww. wykonawców

z treścią SIWZ, czy też nie doszło do określenia przedmiotu świadczenia. Przy czym, w odniesieniu do oferty wykonawcy SSI zarzut ten jest oczywiście bezzasadny

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 oraz art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.
Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie potwierdził się, albowiem jak wynika z akt Postepowania Zamawiający nie dokonał poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy C..
W ocenie składu orzekającego Izby nie doszło również do naruszenia art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zmianę oferty, a przynajmniej nie było możliwe stwierdzenie tego na obecnym etapie Postępowania, bez dodatkowych wyjaśnień wykonawcy C..
W istocie treść złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień (pismo z dnia 3 listopada 2017 r.) należy uznać za niezrozumiałą, w szczególności wobec treści wyjaśnień złożonych przez drugiego z wykonawców oferującego ten sam produkt.
Niemniej jednak należy wziąć pod uwagę, iż po pierwsze, przedmiot świadczenia wynikał z całokształtu oferty złożonej przez wykonawcę C., tj. w szczególności z nazwy i typu oferowanych macierzy. Pierwotny sposób wypełnienia kolumny „Parametry/cechy oferowanego Sprzętu" temu przedmiotowi świadczenia odpowiadał. W następnie złożenia wyjaśnień nie doszło jednak do zmiany przedmiotu świadczenia, albowiem oferta tego wykonawcy w dalszym ciągu dotyczyła tego samego produktu i nie uległo to zmianie w związku z treścią złożonych wyjaśnień (wykonawca nie podał innej nazwy oferowanych macierzy). Wyjaśnienia te – w świetle informacji wynikających ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego – należy uznać za błędne, jednakże sama ich treść nie świadczy jeszcze o tym, iż doszło do zmiany oferty ww. wykonawcy w zakresie wskazanej nazwy i typu oferowanych macierzy.
Po drugie, należy wskazać, iż wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień zarówno wykonawcy SSI jak i wykonawcy C. było wezwaniem nadmiarowym i zbędnym dla Postępowania, o ile prawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, iż określony przez niego sposób wypełnienia kolumny „Parametry/cechy oferowanego Sprzętu" dotyczył zarówno rozwiązania podstawowego, jak i rozwiązania równoważnego. Podkreślenia wymaga, iż jakkolwiek żądanie wyjaśnień stanowi uprawnienie zamawiającego, to jednak możliwość skorzystania z instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie powinna być przez zamawiającego nadużywana. Wykonawcy, którzy wypełniają formularz ofertowy zgodnie z treścią postanowień SIWZ, mają prawo zakładać, iż nie będą wzywani do złożenia w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień.
Mając powyższe na uwadze, ww. zarzut podlegał oddaleniu.

Na marginesie jedynie należy dodać, iż ewentualne uwzględnienie tego zarzutu nie mogłoby skutkować uwzględnieniem odwołania wobec oddalenia zarzutu dotyczącego wykonawcy SSI, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu. Z tego samego powodu, Izba nie uznała za możliwe i celowe nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy C. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.
Zarzut naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – zarzut wycofany
Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp
W odniesieniu do ww. zarzutu, skład orzekający podziela wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, iż gwarancja jest bezwarunkowa, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a gwarant nie może badać podstaw, tj. zasadności takiego żądania i jest zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie zamawiającego Jak przykładowo wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 marca 2017 r. (KIO 364/17) „wymóg poświadczenia podpisu na żądaniu zapłaty nie jest warunkiem w rozumieniu art. 89 KC, gdyż w świetle tegoż przepisu warunek to zdarzenie przyszłe i niepewne, zaś forma pisemna z podpisami notarialne poświadczonymi to szczególna forma czynności prawnej art. 73 § 2 KC, art. 75 KC, czy art. 79 KC. W ocenie Izby trudno jest przyjąć za zdarzenie niepewne wykonanie czynności poświadczenia własnoręcznego podpisu przez notariusza, czy bank skoro obowiązek dokonywania przez te podmioty takich czynności wynika z przepisów ustawy."
Jednakże wymaga zauważenia, iż w Postępowaniu Zamawiający nie tylko wymagał, aby

gwarancja była bezwarunkowa, ale również został postawiony w treści SIWZ wymóg, aby dokonanie zapłaty nie było uzależnione od „przedłożenia dodatkowych dokumentów z wyjątkiem dokumentu potwierdzającego umocowanie do działania w imieniu PFRON. (pkt IX.5 SIWZ)"
W ocenie Izby poświadczenie podpisów osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w imieniu Zamawiającego stanowi sposób przedstawienia przez beneficjenta żądania zapłaty, którego celem jest potwierdzenie umocowania do działania w imieniu beneficjenta, a zatem w stanie faktycznym niniejszej sprawie należy je zaliczyć do „dokumentów potwierdzających umocowanie do działania w imieniu Zamawiającego".
W związku z powyższym Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: …...……