Sygn. akt: KIO 2238/22

KIO 2255/22

WYROK

z dnia 13 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2022 r. przez wykonawców:

1) ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2238/22),

2) Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2255/22),

w postępowaniu prowadzonym przez Najwyższą Izbę Kontroli w Warszawie,

przy udziale wykonawców:

1) Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2238/22,

2) ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2255/22,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 2238/22

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 500 zł

00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

II. Sygn. akt KIO 2255/22

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3 600 zł 00 gr

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Najwyższa Izba Kontroli - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Dostawa macierzy. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 maja 2022 r. pod nr 2022/S 102-282592.

Sygn. akt KIO 2238/22

W dniu 29 sierpnia 2022 r. wykonawca ADT Group Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z wymaganiem określonym w tabeli

w pkt 7 OPZ, wiersz nr 5 (Procesor),

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z wymaganiem określonym w tabeli

w pkt 7 OPZ, wiersz nr 7 (Obsługa dysków),

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z wymaganiem określonym w tabeli

w pkt 7 OPZ, wiersz nr 9 (Interfejsy),

4) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz przez wybór oferty wykonawcy Comtegra S.A. oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w tym wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że w punkcie 7 OPZ poz. 5 Zamawiający określił następujące wymaganie:

Lp.	. Nazwa: wymagania	Wartości: minimalne wymagane przez Zamawiającego
5	Procesor	Macierz musi być wyposażona w procesory Intel (co najmniej rodziny Cascade Lake) lub AMD (z generacją Epyc) z obsługą protokołu NVMe lub równoważny procesor klasy x86 z obsługą protokołu NVMe

Odwołujący wskazał, że oferta zdaniem Zamawiającego zaoferowane rozwiązanie nie spełnia powyższego wymagania, gdyż macierz NetApp AFF A250 wyposażona w procesor starszej generacji niż Cascade Lake, tj. Skylake-D. Wskazał, że na stronie producenta procesorów Intel znajduje się informacja, że dla procesorów w architekturze Skylake data premiery to III kwartał 2015 r., zaś dla procesorów w architekturze Cascade Lake data premiery to II kwartał 2019 r.

Odwołujący podniósł, że macierz NetApp AFF A250 spełnia wymogi określone w OPZ, zaś odrzucenie jego oferty nastąpiło z pominięciem okoliczności, że w treści wymogu Zamawiający dopuścił zaoferowanie procesorów Intel, tak samo lub bardziej zaawansowanych technologicznie niż procesor o architekturze Cascade Lake (posłużenie się zwrotem „co najmniej rodziny Cascade Lake") oraz z pominięciem okoliczności, że niektóre procesory Intel o architekturze Skylake (w tym w zaoferowanej macierzy) stoją na wyższym poziomie technologicznym niż niektóre procesory Intel o architekturze Cascade Lake.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w ramach dokumentów zamówienia nie sprecyzował, co rozumie pod pojęciem „rodziny" w przypadku procesorów Intel. Zamawiający wymogu ograniczył się jedynie do wskazania, że macierz musi być wyposażona „w procesory Intel (co najmniej rodziny Cascade Lake)". Jednak Zamawiający nie określił chociażby katalogu procesorów, które w jego rozumieniu stanowią procesory Intel zaliczające się co najmniej do rodziny Cascade Lake ani nie sprecyzował minimalnych parametrów procesorów, które w jego rozumieniu stanowią procesory Intel zaliczające się co najmniej do rodziny Cascade Lake.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający pominął jednocześnie okoliczność, że w treści przedmiotowego wymogu posłużył się zwrotem „co najmniej rodziny Cascade Lake", co wskazuje, że dopuścił zaoferowanie procesorów Intel tak samo lub bardziej zaawansowanych technologicznie niż procesory o architekturze Cascade Lake.

Odwołujący stwierdził, że jeśli przez pojęcie „rodziny" rozumieć przynależność procesora do jakiegoś poziomu zaawansowania technologicznego, to:

- procesory Intel o architekturze Cascade Lake oraz Skylake, a w tym procesor objęty zaoferowaną macierzą, są procesorami opartymi o ten sam proces technologiczny 14nm

(tj. proces zaawansowania technologicznego obejmujący miniaturyzację elementów składowych procesora [tranzystorów] w celu zmaksymalizowania gęstości upakowania tych elementów w procesorze, co przekłada się na zmniejszenie poboru energii przez procesor oraz zwiększenie wydajności procesora),

- niektóre procesory o architekturze Skylake, a w tym procesor objęty zaoferowaną macierzą, stoją na wyższym poziomie technologicznym niż niektóre procesory o architekturze Cascade Lake.

Odwołujący podniósł, że dokonując zestawienia parametrów procesora Intel o architekturze Skylake z parametrami procesora Intel o architekturze Cascade Lake należy zwrócić uwagę na tożsame, a nawet lepsze parametry procesora Intel o architekturze Skylake:

a) Parametry procesora Intel o architekturze Skylake tożsame do parametrów procesora Intel o architekturze Cascade Lake:

- procesory Cascade Lake oraz Skylake produkowane są w tym samym procesie technologicznym 14 nm;

- procesory Cascade Lake oraz Skylake są wymaganymi w opisie przedmiotu zamówienia procesorami klasy x86;

- procesory Cascade Lake oraz Skylake obsługują technologię Intel@ Volume Management Device (VMD), czyli zgodnie z OPZ obsługują protokół NVMe;

b) Parametry procesora Intel o architekturze Skylake przewyższające procesor Intel o architekturze Cascade Lake:

- procesory Skylake posiadają 12 rdzeni obliczeniowych, każdy taktowany zegarem 2,1GHz (25,2GHz sumarycznie), podczas gdy procesory Cascade Lake, takie jak Intel@ Xeon@ W-2225 posiadają tylko 4 rdzenie obliczeniowe taktowane zegarem 4,1GHz (16,4GHz sumarycznie), co przekłada się na lepszą wydajność procesora Skylake w stosunku do procesora Cascade Lake;

- procesory Skylake, a w tym procesor objęty zaoferowaną macierzą NetApp AFF A250, obsługują jednocześnie 24 wątki (ang. Thread), podczas gdy procesory Cascade Lake, takie jak Intel@ Xeon@ W-2225 obsługują jednocześnie 8 wątków, co oznacza że procesor Skylake obsługuje trzy razy więcej zadań niż procesor Cascade Lake;

- procesory Skylake posiadają 12MB pamięci cache, podczas gdy procesory Cascade Lake, takie jak Intel@ Xeon@ W-2225 posiadają 8,25MB pamięci cache, co przekłada się na lepszą wydajność procesora Skylake w stosunku do procesora Cascade.

Odwołujący wskazał, że treść powyższego zestawienia znajduje potwierdzenie w dokumentacji producenta macierzy NetApp oraz w dokumentacji procesora Cascade Lake

dostępnej m.in. na stronie internetowej
. Ponadto Odwołujący załączył do odwołania fragmenty

dokumentacji technicznej (załącznik nr 5 - procesor Intel o architekturze Cascade Lake, załącznik nr 6 - procesor Intel o architekturze Skylake).

W związku z tym Odwołujący stwierdził, że nie może być mowy o niezgodności treści jego oferty z warunkami zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie m.in. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie wezwał go na podstawie m.in. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. W szczególności Zamawiający zaniechał wyjaśnienia, jakie dokładnie parametry ma procesor Intel o architekturze Skylake objęty zaoferowaną przez Odwołującego macierzą NetApp AFF A250. Zamawiający nie wyjaśnił również rozbieżności między treścią oferty, gdzie Odwołujący w ramach dokumentacji technicznej załączonej do oferty potwierdził, że zaoferowana macierz NetApp AFF A250 wyposażona jest w procesor Intel (co najmniej z rodziny Cascade Lake), a dokumentacją techniczną, na podstawie której Zamawiający uznał, że zaoferowana macierz NetApp AFF A250 wyposażona jest w procesor Intel o architekturze Skylake. Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień, uzyskałby potwierdzenie, że zaoferowany procesor Intel o Skylake jest procesorem technologicznie tożsamym lub w niektórych przewyższającym procesory o architekturze Cascade Lake. Odwołujący podniósł, że odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia powinno być poprzedzone wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, a zamawiający może dokonać odrzucenia oferty bez wezwania do wyjaśnień jedynie w sytuacji, gdy niezgodność oferty z określonymi wymaganiami nie budzi żadnych wątpliwości. W związku z tym Zamawiający powinien wezwań Odwołującego do złożenia wyjaśnień, a zaniechanie tego wezwania doprowadziło do przedwczesnego odrzucenia oferty.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że w ramach wymogu określonego w pkt 7 OPZ, wiersz nr 5 (Procesor) Zamawiający wskazał na możliwość zaoferowania procesora równoważnego klasy x86 z obsługą protokołu NVMe. Zamawiający — postawił więc niezależne, rozłączne wymagania:

- „co najmniej rodziny Cascade Lake" lub AMD (z generacją Epyc) z obsługą protokołu

NVMe lub

- równoważny procesor klasy x86 z obsługą protokołu NVMe.

Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby uznać, że objęty macierzą NetApp AFF A250 zaoferowaną przez Odwołującego procesor o architekturze Skylake „nie jest co najmniej rodziny Cascade Lake", to należy uwzględnić, że spełnia on wymagania „Równoważnego procesora klasy x86 z obsługą protokołu NVMe". Odwołujący wskazał, że powyższego wynika ze strony internetowej producenta

() oraz z dokumentacji technicznej stanowiącej
załącznik nr 6 do odwołania.

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że w pkt 7 OPZ, wiersz nr 7 (Obsługa dysków) Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

Lp.	Nazwa wymagania/parametru:	Wartości minimalne wymagane przez Zamawiającego
7	Obsługa dysków	Macierz musi obsługiwać wyłącznie dyski SSD NVMe. Nie dopuszcza się macierzy hybrydowych (tj. obsługujących dyski SSD i HDD).

Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z tym wymaganiem, gdyż zaoferowana macierz NetApp AFF A250 jest macierzą hybrydową (tj. macierzą obsługującą dyski SSO i HDD). W uzasadnieniu do czynności odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że z dokumentacji producenta oferowanej macierzy wynika, iż jest ona macierzą, która umożliwia jednoczesną obsługę dysków SSD i HDD. Wskazał, że do macierzy możliwe jest podłączenie półki dyskowej M.IN. DS224C, która obsługuje dyski HDD. Podał, że w załączniku nr 2 do informacji o wyniku postępowania wskazano 2 półki dyskowe: NS224 - która obsługuje dyski NVME, DS224C - która nie obsługuje dysków NVME tylko dyski oznaczone jako „2.5" SFF". Dalej Zamawiający wskazał, że w załączniku nr 3 do informacji o wyniku postępowania znajduje się informacja, że półka DS224C obsługuje m.in. dyski „900GB, 1.2TB and 1.8TB at 10K RPM" ,które są klasycznymi dyskami talerzowymi HDD, a nie dyskami SSD NVME.

Zdaniem Odwołującego powyższa ocena została dokonana w oparciu o wadliwą analizę treści oferty oraz wadliwa analizę dokumentacji technicznej macierzy NetApp AFF

A250.

Odwołujący podniósł, że zaoferowana macierz w rzeczywistości nie obsługuje klasycznych dysków talerzowych HDD. Obsługa tego typu dysków jest w macierzy NetApp AFF A250 zablokowana na poziomie oprogramowania. Wynika to z dokumentacji

producenta, w której to znajduje się lista obsługiwanych dysków i półek dyskowych - w kolumnie „Typ" mowa "jest wyłącznie o dyskach NVMe SSD albo SSD. Na potwierdzenie tego Odwołujący w załączył do odwołania fragmenty dokumentacji technicznej producenta macierzy NetApp AFF A250 wraz z tłumaczeniem na język polski (załącznik nr 7).

Odwołujący stwierdził, że zablokowanie obsługi klasycznych dysków talerzowych HDD na poziomie oprogramowania oznacza, że nawet w przypadku podłączenia do macierzy wyposażonej w klasyczny dysk talerzowy HDD, macierz nie obsłuży takiego dysku.

Ponadto Odwołujący podniósł, że obsługa półek DS224C możliwa jest tylko na potrzeby ułatwienia migracji danych dla użytkowników posiadających przed datą zakupu macierzy AFF A250 starsze półki dyskowe DS224C wyposażone w dyski SSD. Dla nowych zakupów macierz obsługuje tylko półki NS224.

Odwołujący podniósł, że przed odrzuceniem oferty Zamawiający nie wezwał Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający nie wyjaśnił rozbieżności między treścią oferty, gdzie Odwołujący w ramach

dokumentacji technicznej załączonej do oferty potwierdził, że zaoferowana macierz obsługuje wyłącznie dyski SSD NVMe, a treścią powołanej przez siebie dokumentacji technicznej, na podstawie której uznał, że zaoferowana macierz NetApp AFF A250 jest macierzą, która umożliwia jednoczesną obsługę dysków SSD i HDD. Odwołujący podtrzymał w tym zakresie argumentację przedstawioną w ramach zarzutu nr 1.

Zarzut nr 3

Odwołujący wskazał, że w punkcie 7 OPZ, wiersz nr 9 (Interfejsy) Zamawiający określił następujące wymaganie:

Lp.	Nazwa wymagania/parametru:	Wartości minimalne wymagane przez Zamawiającego
9	Interfejsy	Macierz musi posiadać co najmniej: 8 portów FC 16/32 Gb/s albo 8 portów FC 16Gb/s i 8 portów FC 32 Gb/s (z możliwością rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s) 2 porty Ethernet 1 Gb/s do zarządzania 4 porty Ethernet IOGb/s SFP+ do obsług: iscsł, NFS. Jeśli porty w macierzy wymagają instalacji odpowiednich wkładek do realizacji w/w połączeń, zamawiający wymaga ich dostarczenia.

Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż zaoferowana macierz NetApp AFF A250 nie posiada możliwości rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s. W uzasadnieniu do czynności odrzucenia oferty

Zamawiający wskazał, że z dokumentacji producenta oferowanej macierzy wynika, że macierz AFF A250 posiada możliwość rozbudowy jedynie do 16 portów FC o szybkości 32Gb/s. Podał, że w załączniku nr 1 do informacji o wyniku postępowania, na stronie 6 w kolumnie „AFF A250" znajduje się wartość „16".

Odwołujący podniósł, że macierz NetApp AFF A250 spełnia wymogi określone w OPZ, a odrzucenie oferty nastąpiło w oparciu o interpretację wymogów określonych w opisie przedmiotu zamówienia nieznajdującą uzasadnienia w ich treści.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający pominął, że macierz NetApp AFF A250 jest macierzą posiadającą 8 portów FC 16/32 Gb/s (tj. portów uniwersalnych działających z różnymi prędkościami), a nie macierzą posiadającą 8 portów FC 16Gb/s i 8 portów FC 32 Gb/s (tj. portów działających z jedną prędkością), co wynika z dokumentacji technicznej załączonej przez Odwołującego do oferty.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający pominął, że w przywołanej przez niego dokumentacji posłużono się pojęciem „autoranging", które oznacza, że porty zależności od potrzeby mogą pracować dostosowując swoją prędkość działania i pracować z wydajnością 32Gb, 16Gb lub 8Gb. Potwierdzeniem tego jest również dokumentacja producenta dostępna pod adresem: . W dokumentacji tej znajduje się informacja, że porty 32Gb mogą pracować z prędkościami jak wyżej (fragment dokumentacji technicznej producenta macierzy NetApp AFF A250 dostępny na stronie internetowej:https://docs.netapp.com/us-
). Na potwierdzenie
powyższego Odwołujący załączył do odwołania fragmenty dokumentacji technicznej producenta macierzy z tłumaczeniem na język polski (załącznik nr 8).

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że zaoferowana macierz nie posiada 8 portów FC 16Gb/s i 8 portów FC 32 Gb/s (tj. portów działających z jedną prędkością).
W konsekwencji - stosownie do treści postanowień OPZ - wymóg w zakresie zapewnienia możliwości rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s w ogóle nie dotyczył macierzy zaoferowanej przez Odwołującego. Wymóg ten dotyczył bowiem przypadku zaoferowania macierzy posiadającej 8 portów FC 16Gb/s i 8 portów FC 32 Gb/s (tj. portów działających z jedną prędkością). Skoro wymóg brzmi, że macierz musi posiadać co najmniej 8 portów FC 16/32 Gb/s albo 8 portów FC 16Gb/s i 8 portów FC 32 Gb/s (z możliwością rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s), to musi ona spełniać jedno z dwóch dopuszczalnych rozwiązań:

- posiadać 8 portów FC działających z prędkością 16 lub 32 Gb/s

- posiadać 8 portów działających z prędkością FC 16Gb/s i jednoczenie 8 portów FC działających z prędkością 32 Gb/s oraz zapewniać możliwość rozbudowy do 20 portów działających z prędkością FC 32Gb/s.

Zdaniem Odwołującego zwrot „z możliwością rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s)" jednoznacznie przypisano tylko do wariantu, w którym wykonawca oferuje macierz z 8 portami FC 16Gb/s i 8 portami FC 32 Gb/s. Wynika to z rozdzielenia w treści przedmiotowego postanowienia obydwu wariantów spójnikiem „albo", który stanowi alternatywę rozłączną względem członów zdania które znajdują się przed nim i po nim. Ponadto Zamawiający posłużył się sformułowaniem „z możliwością rozbudowy do 20 portów FC 32 Gb/s", a nie chociażby sformułowaniem „z możliwością rozbudowy do 20 portów FC 32 Gb/s lub do 20 portów FC 16/32 Gb/s". W ocenie Odwołującego takie skonstruowanie omawianego wymogu wskazuje jednoznacznie, że możliwość rozbudowy miała dotyczyć macierzy obejmującej 8 portów działających z prędkością FC 16Gb/s i jednocześnie posiadającej 8 portów EC działających z prędkością 32 Gb/s, ale już nie miała dotyczyć macierzy posiadającej 8 portów FC działających z prędkością 16 lub 32 Gb/s.

Odwołujący wskazał, że interpretacja przedmiotowego wymogu OPZ była przedmiotem wniosku o udzielenie wyjaśnień treści SWZ. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 16 z 3 czerwca 2022 r. potwierdził, że konieczność zapewnienia możliwości rozbudowy do 20 portów FC 32 Gb/s dotyczy wyłącznie przypadku zaoferowania macierzy posiadającej 8 portów FC 16Gb/s i 8 FC 32 Gb/s:

Pytanie nr 16

Dotyczy: Załącznik nr 1 do SWZ, rozdział 7 pkt 9 - Interfejsy

Proszę o doprecyzowanie, czy zmawiający wymaga w kwestii FC macierzy wyposażonej w:

a) 8 portów FC 32-Gbps obsadzonych SFP 16-Gbps oraz8 portów 32-Gbp ob9dzonych wkładkami 32- Gbps

b) 8 portów FC 16-GbF obsadzonych SFP 16-Gbp oraz 8 portów 32-Gbp obsadzonych wkładkami 32- GDF

Odpowiedź: Zamawiający wymaga 8 portów FC działających z prędkością 32Gb/s lub 16Gb/s (obecna infrastruktura Zamawiającego działa na FC 16Gb/s) lub 8 portów FC 16Gb/s i 8 portów FC 32Gb/s (w przyszłości Zmawiający planuje rozbudowę sieci SAN do prędkości 32Gb/s).

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że w zakresie interfejsów Zamawiający jednoznacznie przypisał wymóg „możliwości rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s" do wariantu, gdzie przedmiotem oferty wykonawcy macierz posiadająca 8 portów

FC 16Gb/s i 8 portów FC 32Gb/s, warianty traktował bowiem oddzielnie. Odwołujący zaoferował zatem macierz spełniającą jedno z akceptowalnych na gruncie OPZ rozwiązań. Tymczasem Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, uznał spełnienie przedmiotowego wymogu za niewystarczające i wskazał, że z dokumentacji producenta oferowanej macierzy NetApp AFF A250 wynika, że posiada ona możliwość rozbudowy do 16 portów FC o szybkości 32Gb/s. Tym samym Zamawiający, wbrew brzmieniu opisu OPZ oraz treści udzielonych wyjaśnień uznał, że macierz, która posiada 8 portów FC 16/32 Gb/s, dodatkowo powinna mieć możliwość rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że zaoferowana przez niego macierz w rzeczywistości ma możliwość rozbudowy do ponad 20 portów FC 32 Gb/s, a Zamawiający nieprawidłowo odczytał przedstawione w załączniku numer 1 do zawiadomienia o wyniku postępowania. Przywołana przez Zamawiającego wartość „16" dotyczy konfiguracji minimalnej dwu kontrolerowej macierzy (konfiguracja active-active dual controller). Jednakże zaoferowana macierz ma możliwość rozbudowy do nawet

24 kontrolerów. Na stronie 6 załącznika numer 1 do zawiadomienia o wyniku postępowania znajduje się potwierdzenie w postaci „Maximum scale-out" dla AFF A250, które wynosi 24 kontrolery". Szczegółowe zasady rozbudowy macierzy o dodatkowe kontrolery dostępne są w dokumentacji producenta. Odwołujący załączył do odwołania fragmenty dokumentacji technicznej producenta macierzy NetApp AFF A250 wraz z tłumaczeniem na język polski (załącznik nr 9 do odwołania). Wskazał, że w zaoferowanej Zamawiającemu konfiguracji maksymalna liczba kontrolerów wynosi 12, każdy kontroler posiadający możliwość instalacji 8 portów 16/32Gb FC. Oznacza to, że macierz NetApp AFF A250 ma możliwość rozbudowy do 96 portów, a więc znacznie więcej niż wymagane 20.

Odwołujący podniósł, że przed odrzuceniem oferty Zamawiający nie wezwał Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnienia treści oferty. Odwołujący podtrzymał w tym zakresie argumentację przedstawioną w ramach zarzutu nr 1 i podniósł, że Zamawiający nie wyjaśnił chociażby rozbieżności miedzy treścią oferty, gdzie Odwołujący w ramach dokumentacji technicznej załączonej do oferty potwierdził, że zaoferowana macierz jest macierzą posiadającą 8 portów FC 16/32 Gb/s (a co za tym idzie, że nie dotyczy jej wymóg dotyczący zapewnienia możliwości rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s) a treścią powołanej przez siebie dokumentacji technicznej, na podstawie której uznał, że zaoferowana macierz nie posiada możliwości rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s.

Zarzut 4

Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do zarzutów nr 1-3. Podniósł, że jego oferta nie podlega odrzucenia i jest ofertą

najkorzystniejszą w postępowaniu, zatem wybór ofert wykonawcy Comtegra S.A. jako najkorzystniejszej stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 2255/22

W dniu 29 sierpnia 2022 r. wykonawca Comtegra S.A. wniósł odwołanie wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez ADT Group Sp. z o. o. z innych powodów niż wskazane w zawiadomieniu Zamawiającego z 18 sierpnia 2022 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt

5 ustawy Pzp.

Uzasadniając istnienie legitymacji do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał, że w zawiadomieniu o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty ADT jako niezgodnej z warunkami zamówienia Zamawiający wskazał na trzy uchybienia i niezgodności, w zakresie: pkt 1 wiersz 9 tabeli „Interfejsy", wiersz 7 tabeli „Obsługa dysków" oraz wiersz 5 tabeli „Procesor". Zdaniem Odwołującego, podane przez Zamawiającego trzy niezgodności oferty ADT z warunkami zamówienia nie są jedynymi. Oferta ADT powinna zostać odrzucona także z wielu innych powodów, opisanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Odwołujący stwierdził, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę, gdyż odrzucona oferta ADT zawiera niższą cenę niż oferta Odwołującego, dlatego w przypadku ewentualnego wniesienia odwołania przez wykonawcę ADT i przywrócenia tej oferty do postępowania, oferta ta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty ADT dodatkowo z powodów opisanych w uzasadnieniu odwołania może dojść do sytuacji, w której Odwołujący utraci szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, co stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zdaniem Odwołującego wniesienie niniejszego odwołania w chwili obecnej jest koniecznie, z uwagi na zawite ustawowe terminy oraz zasadę koncentracji środków ochrony prawnej. Ponadto Odwołujący podniósł, że nie jest wykluczone wniesienie przez wykonawcę ADT odwołania kwestionującego czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Także z tego względu Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania.

Odwołujący podniósł niezgodność oferty Odwołującego z SWZ w następującym

zakresie:

a) wiersz 7 tabeli „Obsługa dysków”, wiersz 10 tabeli „Możliwość rozbudowy dysków” - zaoferowana macierz NetApp AFF 250 nie spełnia wymagań OPZ, ponieważ zgodnie

z dokumentacją producenta może wykorzystywać zarówno dyski SSD NVMe, jak i dyski SSD SAS;

b) wiersz 9 tabeli „Interfejsy” - zaoferowana macierz nie spełnia wymagania OPZ, ponieważ zgodnie z dokumentacją producenta nie posiada możliwości rozbudowy do 20

portów FC 32Gb/s;

c) wiersz 5 tabeli „Procesor” - zaoferowana macierz nie spełnia wymagania OPZ, ponieważ zgodnie z dokumentacją producenta jest wyposażona w procesor Intel Skylake, będący poprzednikiem rodziny Cascade Lake;

d) wiersz 25 tabeli „Wydajność” - zaoferowana przez ADT macierz NetApp AFF A250 nie spełnia ww. wymagania OPZ oraz punktu 16 załącznika nr 1 do SWZ, ponieważ nie zapewnia wymaganych 200 000 IOPS (czyli liczby operacji wejścia/wyjścia na sekundę) pracując w reżimie warunków brzegowych opisanych przez Zamawiającego bez względu na konfigurację dyskową oferowanej macierzy;

e) wiersz 3 tabeli „Kontroler i jego funkcjonalności” - zaoferowana macierz wykorzystuje natywnie mechanizm ALUA, przez co nie spełnia wymagania OPZ;

f) wiersz 10 tabeli „Możliwość rozbudowy dysków” - zaoferowana macierz nie spełnia wymagania OPZ, ponieważ zgodnie z dokumentacją producenta do macierzy tej można podłączyć maksymalnie jedną półkę dyskową NVMe;

Odwołujący, na wypadek ewentualnego twierdzenia wykonawcy ADT, jakoby tzw. klaster macierzy AFF 250 spełniał opisane przez Zamawiającego wymagania, podniósł następujące niezgodności takiego rozwiązania z OPZ :

g) wiersz 7 tabeli „Obsługa dysków” - zaoferowana macierz nie spełnia cytowanych wymagań OPZ, ponieważ zgodnie z dokumentacją producenta może wykorzystywać ona zarówno dyski SSD NVMe, jak i dyski SSD SAS;

h) wiersz 5 tabeli „Procesor” - zaoferowana przez ADT macierz NetApp AFF A250 nie spełnia ww. wymagania OPZ, ponieważ zgodnie z dokumentacją producenta jest wyposażona w procesor Intel Skylake, będący poprzednikiem rodziny Cascade Lake;

i) wiersz 25 tabeli „Wydajność” - nie zapewniono spełniania wymagania za pomocą klastrowania macierzy, gdyż zaoferowano jedną macierz, a wymagania OPZ zabraniają klastrowania oraz federacji macierzy;

j) wiersz 25 tabeli „Wydajność” - za oferowana macierz nie spełnia wymagania z uwzględnieniem konieczności wykorzystania protokołu FCP (ponieważ: Przełączniki FC, Vmware i RDM) oraz zapełnienia fizycznej przestrzeni macierzy w 90%;

k) wiersz 3 tabeli „Kontroler i jego funkcjonalności” - zaoferowana przez ADT macierz AFF A250 (bez względu na ilość zaoferowanych kontrolerów) pracuje w reżimie niedopuszczonego postanowieniami OPZ rozwiązania ALUA;

l) wiersz 10 tabeli „Możliwość rozbudowy dysków” - zaoferowana przez ADT macierz NetApp AFF 250 nie spełnia przedmiotowego wymagania OPZ, ponieważ zgodnie z dokumentacją producenta do macierzy tej można podłączyć maksymalnie jedną półkę dyskową NVMe.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania oferty ADT, w tym odrzucenia tej oferty dodatkowo z powodów opisanych w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 2238/22

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Comtegra S.A. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający zamieścił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do SWZ (OPZ). W tabeli w punkcie 7 tego dokumentu zostały określone wymagania techniczne dla oferowanej macierzy dyskowej, w tym:

Lp.	Nazwa wymagania/ parametru	Wartości minimalne wymagane przez Zamawiającego
5	Procesor	Macierz musi być wyposażona w procesory Intel (co najmniej rodziny Cascade Lake) lub AMD (z generacją Epyc) z obsługą protokołu NVMe lub równoważny procesor klasy x86 z obsługą protokołu NVMe
7	Obsługa dysków	Macierz musi obsługiwać wyłącznie dyski SSD NVMe. Nie dopuszcza się macierzy hybrydowych (tj. obsługujących dyski SSD i HDD).
9	Interfejsy	Macierz musi posiadać co najmniej: - 8 portów FC 16/32 Gb/s albo 8 portów FC 16Gb/s i 8 portów FC 32 Gb/s (z możliwością rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s) - 2 porty Ethernet 1 Gb/s do zarządzania - 4 porty Ethernet 10Gb/s do obsług: iSCSI, NFS. Jeśli porty w macierzy wymagają instalacji odpowiednich wkładek do realizacji w/w połączeń, zamawiający wymaga ich dostarczenia.

Zgodnie z punktem V.1 SWZ (Przedmiotowe środków dowodowe) Zamawiający wymagał przedstawienia wraz z ofertą dokumentacji technicznej oferowanych macierzy, potwierdzającej, że spełniają one parametry techniczne określone w punkcie II. 3 wzoru oferty (załącznik nr 8 do SWZ).

Odwołujący zaoferował macierz producenta NetApp model AFF A250, pojemność RAW: 350 TB, pojemność efektywna: 800 TB.

W tabeli „Parametry techniczne oferowanej macierzy” Odwołujący potwierdził

spełnianie m.in. spornych wymagań, wskazując, że ich potwierdzenie znajduje się na str. 1 dokumentacji technicznej oferowanego sprzętu.

W załączonej do oferty dokumentacji technicznej znajdują się następujące informacje:

Lp.	Nazwa parametru	Wartości oferowane
5	Procesor	Macierz wyposażona w procesory Intel (co najmniej rodziny Cascade Lake) z obsługą protokołu NVMe
7	Obsługa dysków	Macierz obsługuje wyłącznie dyski SSD NVMe
9	Interfejsy	Macierz posiada: - 8 portów FC 16/32 Gb/s - 2 porty Ethernet 1 Gb/s do zarządzania - 4 porty Ethernet 10Gb/s SFP+ do obsług: iSCSI, NFS. Wraz z niezbędnymi wkładkami.

W dniu 18 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy Comtegra S.A. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego:

Wykonawca zaoferował macierz produkowaną przez NetApp, model AFF A250. Po przeprowadzonej ocenie macierzy, Zamawiający stwierdza, że nie spełnia ona wszystkich wymagań (parametrów) określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (dalej OPZ), stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ.

Macierz nie spełnia następujących parametrów:

1. Wiersz 9 tabeli „Interfejsy”

Wymaganie Zamawiającego: „Macierz musi posiadać co najmniej: - 8 portów FC 16/32 Gb/s albo 8 portów FC 16Gb/s i 8 portów FC 32 Gb/s (z możliwością rozbudowy do 20 portów FC

32Gb/s)

Z dokumentacji producenta oferowanej macierzy wynika, że oferowana macierz posiada możliwość rozbudowy do 16 portów FC o szybkości 32Gb/s. W załączniku nr 1, na stronie 6 “Table 1) AFF technical specifications” wiersz “FC target ports (32Gb autoranging)”, w kolumnie „AFF A250” znajduje się wartość „16”.

2. Wiersz 7 tabeli „Obsługa dysków”

Wymaganie Zamawiającego: „Macierz musi obsługiwać wyłącznie dyski SSD NVMe. Nie dopuszcza się macierzy hybrydowych (tj. obsługujących dyski SSD i HDD).”

Z dokumentacji producenta oferowanej macierzy wynika, że oferowana macierz jest macierzą, która umożliwia jednoczesną obsługę dysków SSD i HDD. Do macierzy możliwe jest podłączenie półki dyskowej DS224C, która obsługuje dyski HDD.

W załączniku nr 2, w tabeli w wierszu „Shelves and media” wskazane są 2 półki dyskowe:

- NS224 - która obsługuje dyski NVME
- DS224C - która nie obsługuje dysków NVME tylko dyski oznaczone jako „2.5" SFF”

W załączniku nr 3, w tabeli w wierszu „Performance disk drives” w kolumnie o nazwie „DS224C” znajduje się informacja, że półka DS224C obsługuje m.in. dyski „900GB, 1.2TB and 1.8TB at 10K RPM” które są klasycznymi dyskami talerzowymi HDD, a nie dyskami SSD NVME.

3. Wiersz 5 tabeli „Procesor”

Wymaganie Zamawiającego: „Macierz musi być wyposażona w procesory Intel (co najmniej rodziny Cascade Lake) [.]”.

Z informacji zawartych w załącznikach 4 i 5 wynika, że oferowana macierz wyposażona jest w procesor starszej generacji niż Cascade Lake tj. Skylake-D. Wskazane jest tam, że

macierz Netapp AFF A250 wyposażona jest w „2x64-bit 12-core Skylake-D CPUs and 128GB RAM”.

Z informacji zawartych w załącznikach 6, 7 i 8 wynika, że procesory w architekturze Cascade Lake są następcami procesorów Skylake: „Cascade Lake (CSL/CLX) is Intel's successor to Skylake” (załącznik nr 6). Ponadto na stronie producenta procesorów, firmy Intel, znajduje się informacja, że dla procesorów w architekturze „Skylake” data premiery to trzeci kwartał 2015 r. Natomiast dla procesorów w architekturze „Cascade Lake” data premiery to 2 kwartał 2019 r. (załączniki nr 7 i 8).

Zamawiający załączył do informacji o odrzuceniu oferty następujące dokumenty:

- Załącznik nr 1: Wydruk pliku “DATASHEET NetApp AFF A-Series” dostępnego pod adresem

- Załącznik nr 2: Wydruk ze strony

a250/

- Załącznik nr 3: Wydruk ze strony

- Załącznik nr 4:

- Załącznik nr 5: Wydruk ze strony:https://www.alef.com/adriatic/new-netapp-nvme-all-

flash-a250-system.c261.html

- Załącznik nr 6: Wydruk ze strony:

- Załącznik nr 7: Wydruk ze strony:

z filtrem wyszukiwania „Skylake”

- Załącznik nr 8: Wydruk ze strony:

z filtrem wyszukiwania „Cascade”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Sygn. akt KIO 2238/22
KIO 2255/22

Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył przytoczonych wyżej przepisów ustawy odrzucając ofertę Odwołującego i dokonując wyboru oferty Przystępującego.

Zarzut nr 1

Zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo ustalił, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagania dotyczącego procesora, w jaki jest wyposażona oferowana macierz (pkt 7 OPZ, poz. 5 tabeli). Zamawiający wymagał wyposażenia macierzy w procesor „co najmniej rodziny Cascade Lake". Okolicznością bezsporną jest to, że rodzina procesorów opartych o architekturę Cascade Lake została udostępniona przez producenta Intel w 2019 r., podczas gdy procesory o architekturze Skylake zostały wprowadzone na rynek w 2015 r. Podstawą oceny zgodności zaoferowanej przez Odwołującego macierzy jest wykładania sformułowania „co najmniej rodziny Cascade Lake". Zamawiający twierdził, że dotyczy to chronologii powstania danej rodziny procesorów i definiuje minimalny wymagany poziom technologiczny procesorów, w jakie musi być wyposażona zaoferowana macierz, a nie odnosi się do równoważności parametrów procesorów. Odwołujący natomiast stał na stanowisku, że w przedmiotowym wymaganiu chodziło o zaoferowanie procesorów Intel tak samo lub bardziej zaawansowanych technologicznie niż procesor o architekturze Cascade Lake oraz że procesor o architekturze Skylake, w który wyposażona jest zaoferowana macierz, stoi na wyższym poziomie technologicznym niż niektóre procesory architekturze Cascade Lake.

W ocenie Izby prawidłowe jest stanowisko Zamawiającego. Nie powinno budzić wątpliwości, że określenie „rodzina procesorów" należy odnosić do kolejnych generacji procesorów, sukcesywnie ulepszanych i udostępnianych w miarę postępu technologicznego. Skala takiego postępu w dziedzinie IT w okresie kilkuletnim jest, zdaniem Izby, okolicznością niewymagającą dowodu. Tym samym wymaganie określone w pkt 7 OPZ poz. 5 tabeli należy rozumieć w ten sposób, że w przypadku macierzy wyposażonej w procesor Intel Zamawiający oczekiwał procesora z rodziny Cascade Lake lub z kolejnych generacji. Powyższe znajduje potwierdzenie w powołanej przez Przystępującego informacji o kodowaniu nazw i generacji z oficjalnej strony producenta:

Izba podziela stanowisko Przystępującego, że opisana tam nomenklatura

wyraża strategię firmy Intel związaną z pozycjonowaniem rodzin i rozwojem procesorów oraz ugruntowuje hierarchię rozwoju i zaawansowania pomiędzy rodzinami (od najwcześniejszej, najmniej zaawansowanej do najbardziej): 1. generacja „Skylake", 2. generacja „Cascade Lake", 3. generacja „Ice Lake". Ponadto, jak wynika z powołanego przez Przystępującego dowodu: Products formerly Cascade Lake PL - zestawienie procesorów rodziny Cascade Lake
, producent udostępnia precyzyjne zestawienie procesorów
należących do rodziny Cascade Lake. Nie powinno zatem budzić wątpliwości profesjonalnych wykonawców, że jeżeli oferowana jest macierz z procesorem Intel, to powinien być to któryś z procesorów należących do rodziny Cascade Lake albo do kolejnej generacji. Tak zdaniem Izby należy rozumieć określenie „co najmniej z rodziny Cascade Lake".

Odwołujący natomiast zaoferował macierz należącą do rodziny poprzedniej w stosunku do wymaganej przez Zamawiającego i próbował wykazać, że ma ona co najmniej tak samo dobre parametry. Taka interpretacja wymagania i sposób, w jaki Odwołujący próbował wykazać jego spełnianie, są nieuprawnione. Po pierwsze, interpretacja pojęcia „rodzina procesorów" nie powinna budzić wątpliwości profesjonalnych podmiotów, nawet w sytuacji niezamieszczenia w SWZ definicji tego pojęcia (a jeżeli wykonawca miał jakiekolwiek wątpliwości w tym zakresie, mógł na odpowiednim etapie postępowania zwrócić się do Zamawiającego o ich wyjaśnienie). Po drugie, niezasadne jest - jak to zrobił Odwołujący - porównywanie wybranych parametrów procesorów z rodzin Cascade Lake i Skylake, Zamawiający bowiem odwołując się do rodziny procesorów określił wymaganie dotyczące ich poziomu technologicznego, uzyskiwanego w kolejnych generacjach procesorów. Chodzi tu zatem o całościową ocenę procesorów, z uwzględnieniem postępu technologicznego, dokonywanych przez producenta optymalizacji w stosunku do wcześniejszych produktów, wprowadzania dodatkowych funkcjonalności oraz eliminacji błędów. Fakt dokonywania takich ulepszeń wykazuje powołane przez Przystępującego dowód w postaci materiału szkoleniowego dla partnerów firmy Intel
, w którym
wskazano rozwiązania wprowadzone w procesorach z rodziny Cascade Lake (wprowadzenie technologii VNNI, wprowadzenie technologii Intel Optane DC - persystentnej pamięci,

wprowadzenie technologii Intel Speed Select, wprowadzenie większego/szybszego taktowania pamięci RAM). Przystępujący wskazał również na kwestie związane z wykrytymi podatnościami bezpieczeństwa, które zostały usunięte w procesorach późniejszych niż Skylake (Intel Security Guidance PL - lista procesorów z wykrytymi podatnościami CVE-2017-5715, CVE-2017-5754

technology/software-security-guidance/processors-affected-consolidated-product-cpu-

model.html).

W konsekwencji nieuprawnione jest wybiórcze porównywanie parametrów, zwłaszcza między procesorami o różnym przeznaczeniu, w celu wykazania wyższości procesora starczej architekturze nad procesorem o architekturze nowszej. W związku z tym przedstawiona przez Odwołującego dokumentacja techniczna producenta, mająca potwierdzać przyjęte do porównania parametry, nie może prowadzić do uznania, że oferta Odwołującego jest zgodna z OPZ. Ponadto zauważenia wymaga, że wskazany przez Odwołującego procesor z rodziny Cascade Lake (Xeon W-2225) jest przeznaczony do stacji roboczych, podczas gdy przyjęty do porównania procesor z rodziny Skylake D-2164IT jest przeznaczony do serwerów (okoliczność niezakwestionowana przez Odwołującego). Oznacza to, że Odwołujący próbował wykazać wyższy poziom technologiczny oferowanego procesora przez porównanie do procesora o innym, mniej wymagającym przeznaczeniu.

Wskazać również należy, że jeżeli zdaniem Odwołującego niezasadne jest założenie, że kolejne rodziny procesorów prezentują ze swej natury wyższy poziom technologiczny, to powinien on zaskarżyć wymagania OPZ na odpowiednim etapie postępowania. Nie jest natomiast uprawnione na etapie badania ofert dokonywanie interpretacji zaprzeczającej takiemu założeniu.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym skoro Zamawiający wskazał na możliwość zaoferowania procesora równoważnego klasy x86 z obsługą protokołu NVMe, to nawet gdyby uznać, że objęty macierzą NetApp AFF A250 zaoferowaną przez Odwołującego procesor o architekturze Skylake nie jest „co najmniej rodziny Cascade Lake", to należy uwzględnić, że spełnia on wymagania „równoważnego procesora klasy x86 z obsługą protokołu NVMe". Powyższa teza opiera się na nieprawidłowej interpretacji postanowień OPZ. Nie ulega wątpliwości, że możliwość zaoferowania procesora równoważnego dotyczy procesorów innych producentów niż Intel i AMD. Zamawiający był zobowiązany przepisem art. 99 ust. 5 ustawy Pzp do dopuszczenia takiej równoważności, posłużył się bowiem w OPZ nazwami producentów procesorów (Intel i AMD). Zatem zgodnie z OPZ rozwiązania równoważne zostały dopuszczone w związku z posłużeniem się przez Zamawiającego nazwami producentów i odnoszą się do procesorów pochodzących od innych producentów niż wskazani w OPZ.

Następnie Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. W tym zakresie wskazać należy, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w kontekście zgodności oferty z warunkami zamówienia ma zastosowanie w przypadku, gdy zamawiający nie jest w stanie

jednoznacznie ustalić, czy oferta podlega odrzuceniu, czy też że jest zgodna z określonymi przez zamawiającego wymaganiami. Skierowanie wezwania do wyjaśnień jest więc narzędziem służącym rozwianiu wątpliwości zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający, będąc zobowiązany do prawidłowego i rzetelnego zbadania ofert, nie powinien pomijać tej procedury i podejmować decyzji o odrzuceniu lub nieodrzuceniu oferty, o ile ma jakiekolwiek wątpliwości co do jej zgodności z warunkami zamówienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający zobowiązany jest poprzedzić każde odrzucenie oferty z powodu niezgodności z warunkami zamówienia wezwaniem do wyjaśnienia jej treści. O ile Zamawiający potrafi jednoznacznie stwierdzić istnienie takiej niezgodności, wzywanie do wyjaśnień jest niecelowe i zbędne, a zaniechanie tego nie może świadczyć o wadliwości czynności odrzucenia.

Skoro w rozpoznawanej sprawie Zamawiający miał dostateczne informacje pozwalające stwierdzić niespełnianie wymagań OPZ, to nie było podstaw wzywać Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, nawet jeśli Odwołujący w swoim subiektywnym przekonaniu przedstawiłby wyjaśnienia, które jego zdaniem powinny przesądzić o prawidłowości oferty. Zamawiający dysponował precyzyjnymi informacjami na temat procesora, w który wyposażony jest zaoferowana macierz oraz miał dostęp do dokumentacji

technicznej producenta, co pozwoliło porównać cechy procesora z wymaganiami OPZ i wyprowadzić z tego wniosek o niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Jak pokazało przeprowadzone postępowanie odwoławcze, wniosek ten był uzasadniony.

Zarzut nr 2

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ustalił, że oferta Odwołującego nie odpowiada wymaganiu określonemu w poz. 7 tabeli w punkcie 7 OPZ. Zamawiający wymagał macierzy, która obsługuje wyłącznie dyski SSD NVMe. Odwołujący podnosił natomiast, że zaoferowana macierz nie obsługuje dysków talerzowych HDD, gdyż obsługa tego typu dysków jest zablokowana na poziomie oprogramowania.

Jak zasadnie wskazał Zamawiający, zgodnie z dokumentacją producenta do macierzy NetApp AFF A250 możliwe jest podłączenie półek:

a) NS224 obsługującej wyłącznie dyski SSD NVMe,

b) DS224C, która nie obsługuje dysków SSD NVMe tylko zwykłe dyski SSD i HDD.

Ponadto, w załączniku nr 8 w tabeli w wierszu „Performance disk drives" w kolumnie o nazwie „DS224C" znajduje się informacja, że półka DS224C obsługuje m.in. dyski „900GB, 1.2TB and 1.8TB at 10K RPM', które są klasycznymi dyskami talerzowymi HDD, a nie dyskami SSD NVMe.

W ocenie Izby wymaganie z poz. 7 tabeli w punkcie 7 OPZ należy rozumieć w ten sposób, że macierz jest przeznaczona i przystosowana wyłącznie do obsługi dysków SSD NVMe i nawet potencjalnie nie obsługuje innych dysków, nie zaś że możliwe jest wyłączenie możliwości obsługi innych dysków. Odwołujący nie wykazał, że wyłączenie możliwości obsługi innych dysków na poziomie oprogramowania jest tożsame pod względem technicznym z fabrycznym brakiem możliwości obsługi takich dysków. Izba wzięła pod uwagę argumentację Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którą wyłączenie obsługi innych dysków na poziomie oprogramowania jest wynikiem określonej komendy w systemie operacyjnym macierzy, powodującej wyłączenie półki, do której te inne dyski mogą być włożone i że jest to proces odwracalny, a dodatkowo komenda dotycząca wyłączenia obsługi innych dysków nie wyładowuje sterowników, które nadal wpływają na wydajność macierzy.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że niezależnie od kwestii obsługi dysków HDD, zaoferowana macierz obsługuje również zwykłe dyski SSD (nie NVMe), co przesądza o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, wskazać należy, że okoliczność ta nie została wskazana jako podstawa faktyczna odrzucenia oferty. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający stwierdził, że powodem odrzucenia jest to, że oferowana macierz jest macierzą, która umożliwia jednoczesną obsługę dysków SSD i HDD. Kwestia obsługi dysków SSD innych niż NVMe została podniesiona dopiero w postępowaniu odwoławczym, nie może więc przesądzać o prawidłowości odrzucenia ofert. Niezależnie jednak od tego, ofertę Przystępującego należało uznać za niezgodną z wymaganiem dotyczącym obsługi dysków z powodów dotyczących dysków HDD.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, Izba w pełni podtrzymuje stanowisko w tym zakresie przedstawione w uzasadnieniu dotyczącym zarzutu nr 1.

Zarzut nr 3

Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uznał, że zaoferowana przez Odwołującego macierz nie spełnia wymagań w zakresie interfejsów (poz. 9 punktu 7 OPZ).

Zamawiający wymagał, aby macierz posiadała co najmniej 8 portów FC 16/32 Gb/s albo 8 portów FC 16Gb/s i 8 portów FC 32 Gb/s (z możliwością rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s). Odwołujący podniósł, że wymóg rozbudowy do 20 portów FC 32Gb/s nie odnosi się do oferowanej przez niego macierzy, gdyż dotyczy on tylko macierzy obejmującej 8 portów działających z prędkością FC 16Gb/s i jednocześnie posiadającej 8 portów FC działających z prędkością 32 Gb/s, nie zaś macierzy posiadającej 8 portów FC działających z prędkością 16 lub 32 Gb/s.

Zdaniem Izby stanowisko Odwołującego nie ma oparcia w brzmieniu OPZ i prowadzi do nieracjonalnych wniosków. Odwołujący niezasadnie twierdzi, że ujęty w nawiasie wymóg

dotyczący rozbudowy do 20 portów dotyczy tylko drugiego z wariantów wskazanych przez Zamawiającego, nie odnosi się natomiast do wariantu pierwszego. W ocenie Izby brak jest podstaw do takiej interpretacji, Zamawiający opisał bowiem dwa możliwe rozwiązania dotyczące portów, dodając w nawiasie wymóg dotyczący możliwości ich rozbudowy, nie wskazując, że dotyczy to wyłącznie rozwiązania drugiego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego za wskazanie takie nie można uznać posłużenia się nawiasem, co - jak podnosił Odwołujący - miało ograniczyć wymaganie dotyczące rozbudowy tylko do opcji drugiej. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że o prawidłowości jego interpretacji przesądza posłużenie się przez Zamawiającego spójnikiem „albo", który stanowi alternatywę rozłączną względem członów zdania, które znajdują się przed nim i po nim. Po pierwsze, w ocenie Izby ujęcie wymogu dotyczącego możliwości rozbudowy portów w nawiasie można odczytywać jako oddzielenie go od drugiego z członów alternatywy rozłącznej i odniesienie do obu członów. Po drugie, wnioskom Odwołującego co do skutków posłużenia się spójnikiem „albo" przeczy udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 16 z czerwca 2022 r. Odpowiedź ta nie tylko nie potwierdza tezy Odwołującego, ale wręcz czyni nieaktualną jego argumentację, Zamawiający bowiem wskazał w niej, że wymaga 8 portów FC działających z prędkością 32Gb/s lub 16Gb/s lub 8 portów FC 16Gb/s i 8 portów FC 32Gb/s. Zamawiający posłużył się więc alternatywą łączną (spójnik „lub"), co zgodnie z prezentowanym przez Odwołującego stanowiskiem powinno powodować odniesienie wymagania w nawiasie do obu członów alternatywy. Nie ma przy tym żadnego znaczenia podniesiona przez Odwołującego okoliczność, że Zamawiający nie dokonał w tym zakresie formalnej zmiany OPZ. Podkreślić należy, że udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi są wiążące i jako wyjaśniające sposób rozumienia postanowień OPZ musiały być uwzględnione przy sporządzeniu oferty.

Ponadto, prezentowana przez Odwołującego wykładnia przedmiotowego wymagania prowadzi do nieracjonalnych wniosków. Brak jest jakichkolwiek logicznie uzasadnionych podstaw do twierdzenia, że Zamawiający planowałby rozbudowę liczby portów tylko dla macierzy z 8 portami FC 16Gb/s i 8 portami FC 32 Gb/s (portów jednej prędkości), ale już dla macierzy z 8 portami FC 16/32 Gb/s (portów uniwersalnych) nie określiłby takiego wymogu. Skoro Zamawiający zakłada rozbudowę liczby portów, to nie wiadomo z jakich powodów rozbudowa ta miałaby dotyczyć tylko jednego z wariantów. W ocenie Izby wiarygodna i przekonująca jest argumentacja Zamawiającego, że przewidział on w pkt 7 OPZ wiersz nr 9 (Interfejsy) możliwość alternatywnego spełnienia wymogu liczby i rodzaju portów w celu dopuszczenia większej liczby producentów macierzy, a nie w celu ograniczenia rozbudowy liczby portów do danego wariantu oraz że przewidywana w OPZ możliwość rozbudowy liczby portów w macierzy wynika z planowanej w kolejnych latach rozbudowy środowiska informatycznego Zamawiającego o nowe serwery i przełączniki FC i zapewniania możliwości ich podłączenia do posiadanej macierzy.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, poparta dokumentacją techniczną producenta, że oferowana przez niego macierz ma możliwość rozbudowy do większej liczby portów niż wymaga Zamawiający, gdyż w zaoferowanej Zamawiającemu konfiguracji maksymalna liczba kontrolerów wynosi 12, z których każdy posiada możliwość instalacji 8 portów 16/32Gb FC. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że rozbudowa macierzy o dodatkowe porty poprzez wyposażenie jej w dodatkowe karty rozszerzeń montowane wewnątrz kontrolerów, pozwoli na rozbudowę do wymaganych przez Odwołującego 20 portów, biorąc pod uwagę konieczność spełnienia również innych wymagań OPZ. Przystępujący natomiast przedstawił dowody (wyciąg z danych technicznych producenta macierzy zaoferowanej przez Odwołującego, slajd 32 prezentacji szkoleniowej), z których wynika, że do zaoferowanej macierzy można zainstalować 4 karty rozszerzeń do obsługi portów. Jak jednak podniósł Przystępujący, zainstalowanie 4 kart rozszerzeń spowodowałoby niespełnianie wymagania z poz. 10 tabeli. Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający nie przewidział w OPZ możliwości rozbudowy portów poprzez dołączenie dodatkowych macierzy - w poz. 10 tabeli wyłączył możliwość klastrowania oraz federacji kilku macierzy poprzez zewnętrzne połączenia. Wobec powyższego należy stwierdzić, że zaoferowana przez Odwołującego macierz nie spełnia wymagań OPZ dotyczących interfejsów.

W odniesieniu do rozbudowy interfejsów w pełni aktualne pozostaje stanowisko Izby dotyczące kwestii naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawione w uzasadnieniu dotyczącym zarzutu nr 1.

Zarzut nr 4

W związku ze stwierdzeniem, że odrzucenie oferty Odwołującego było prawidłowe, niezasadny jest zarzut dotyczący wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania w sprawie KIO 2255/22 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Sygn. akt KIO 2255/22

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca ADT Group Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie odwoławcze nie podlegało umorzeniu, Przystępujący wniósł bowiem sprzeciw wobec tego uwzględnienia.

Odwołanie podlegało oddaleniu z uwagi na fakt, że Odwołujący nie ma legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w dniu 18 sierpnia 2018 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a oferta Przystępującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wykonawca, którego oferta została wybrana, nie może skutecznie wnieść odwołania. Zgodnie bowiem z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku, gdy oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, nie jest on w stanie wykazać przesłanki szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku czysto hipotetycznych przyszłych czynności Zamawiającego, które nie zostały wykonane i nie wiadomo czy w ogóle nastąpią, a jeśli tak - będą one nowymi czynnościami, od których będzie przysługiwać prawo wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 515 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno zaistniałą, jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wniesienia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej Zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomiką postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego

interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Przesłanka szkody, o której mowa w tym przepisie, ma bowiem na celu niedopuszczenie do wnoszenia odwołań, które w sytuacji istniejącej w dacie ich wniesienia nie mają realnego przełożenia na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, jakoby o istnieniu legitymacji do wniesienia odwołania przesądzała okoliczność, że odrzucona oferta ADT zawiera niższą cenę niż oferta Odwołującego, dlatego w przypadku ewentualnego wniesienia odwołania przez wykonawcę ADT i przywrócenia tej oferty do postępowania, oferta ta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Podkreślenia wymaga, że środkiem ochrony prawnej służącym wykonawcy Comtegra S.A. w związku z wniesieniem odwołania przez wykonawcę

ADT, jest przystąpienie do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem tego wykonawcy, z czego Odwołujący skorzystał. Powyższe nie uzasadnia w żadnej mierze wnoszenia odwołania „na wszelki wypadek", z powołaniem się na niewynikającą z przepisów ustawy Pzp zasadę koncentracji środków ochrony prawnej. Gdyby w wyniku rozpoznania odwołania wykonawcy ADT doszło do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, Zamawiający dokonałby w postępowaniu nowych czynności, od których Odwołującemu przysługiwałoby odwołanie, a przesłanka szkody byłaby wówczas spełniona. To samo dotyczy sytuacji, gdyby odwołanie wykonawcy ADT kwestionowało czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Powyższy pogląd jest ugruntowany orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m.in.

wyroki KIO sygn. akt: KIO 498/21, KIO 1374/19, KIO 737/16, KIO 739/16, KIO 183/16, KIO 245/15, KIO 305/15, KIO 2777/13, KIO 2295/12, KIO 2297/12, KIO 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, KIO 2396/12, KIO 2416/12, KIO 1256/20 i KIO 1260/20). Jak wskazała Izba w wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 498/21: Wystąpienie szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp, nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu złożył odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. (...) Zdaniem Izby, dopiero w sytuacji gdyby w wyniku ewentualnej, powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferta

odwołującego (...) utraciła status najkorzystniejszej, odwołującemu (...) przysługiwać będzie legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż będzie mógł powoływać się na grożącą mu realnie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Skład orzekający w przedmiotowej sprawie w pełni podziela pogląd wyrażony w ww. wyroku.

Wobec stwierdzenia, że Odwołujący nie miał legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej, odwołanie podlegało oddaleniu bez merytorycznego rozpoznania.

O kosztach postępowania w sprawie KIO 2255/22 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 2

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący: .....