

Sygn. akt: KIO 3176/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu, w którym Zamawiającym jest Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka komandytowa siedzibą w Warszawie, Kenbit spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Integrale IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego wykonawcę ADT Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka komandytowa siedzibą w Warszawie, Kenbit spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Integrale IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy ADT Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Computex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka komandytowa siedzibą w Warszawie, Kenbit spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Integrale IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę w wysokości 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wykonawcę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3176/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp”) postępowanie pn. Dostawa podstawowego sprzętu informatyki dla RON – Nr sprawy 2616.5.2024.EB, w podziale na 70 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2024 r. pod numerem S 46/2024 135411-2024.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Dnia 2 września 2024 r. ADT GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwany dalej:

„Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu w części nr 1: Półki dyskowe (dalej „postępowanie”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Computex Sp. z o.o. Sp. k., ul. Konopna 9, 04-707 Warszawa, Kenbit Sp. z o.o., ul. Żytnia 15 lok. 22, 01-014 Warszawa; Integrale IT Sp. z o.o., ul. Winogrody 18A, 61-663 Poznań (dalej jako „Konsorcjum” lub „konsorcjum Computex”) w części nr 1 zamówienia, mimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim Konsorcjum zaoferowało w postępowaniu półki dyskowe wyposażone w kontrolery obsługujące poziom RAID 0, 1, 5, 6, 10, MSA-DP+, podczas gdy

Zamawiający wymagał zaoferowania półek dyskowych wyposażonych w kontrolery obsługujące poziom RAID 0, 1, 5, 6, 10, 50 i 60;

II. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 ze zm.) (dalej „uznk”) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Computex w części nr 1 zamówienia, mimo że złożenie przez Konsorcjum oferty, w której Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd wskazując w pkt. 3 Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu, że przedmiotem jego oferty są półki dyskowe wyposażone w kontrolery obsługujące wymagany przez Zamawiającego poziom RAID 0, 1, 5, 6, 10, 50 i 60, podczas gdy w rzeczywistości

Konsorcjum zaoferowało półki dyskowe wyposażone w kontrolery obsługujące poziom RAID 0, 1, 5, 6, 10,

MSA-DP+, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 1 zamówienia;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu w części nr 1 zamówienia, w tym odrzucenia oferty konsorcjum Computex.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wadliwie, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą w części nr 1 postępowania ofertę złożoną konsorcjum Computex, podczas gdy zaoferowane przez Konsorcjum rozwiązanie w zakresie funkcjonalności zadeklarowanej w pkt. 3 Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu jako spełniona, jest w rzeczywistości niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia w tej pozycji, bowiem poziom RAID kontrolerów macierzy zaoferowanych przez Konsorcjum jest inny niż wymagany. Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert uznałby, że oferta Konsorcjum złożona w części 1 nie odpowiada wymogom opisu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający powinien również uznać,

że złożenie przez Konsorcjum oferty, w której Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd co do obsługiwanych poziomów RAID w kontrolerach oferowanych macierzy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wówczas to Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem złożona przez niego oferta pozostałaby jedyną nieodrzuconą ofertą w postępowaniu. W szczególności treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, jak również Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego Odwołujący utracił możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania zysku ekonomicznego oraz potwierdzeń prawidłowego wykonania zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący w odniesieniu do pierwszego z zarzutów wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymaga dostawy 30 sztuk (w ramach zamówienia podstawowego) oraz do 21 sztuk (w ramach opcji) półek dyskowych SBR(af). W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (s. 102 SWZ) pkt. 1.1. wiersz drugi Zamawiający określił wymagania w zakresie kontrolerów półek dyskowych. Jednym z wymagań było, aby zaoferowane półki dyskowe wyposażone były w kontrolery obsługujące RAID 0, 1, 5, 6, 10, 50, 60.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału XI ust. 1 pkt 1) SWZ wymagane było złożenie z ofertą Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu (załącznik nr 6 do SWZ) (dalej „STOS” lub Specyfikacja Techniczna), w której następowała identyfikacja oferowanego rozwiązania oraz wskazanie oferowanych parametrów/funkcjonalności. Zgodnie z wzorem Specyfikacji Technicznej, Zamawiający wymagał podania w trzeciej kolumnie pełnego opisu parametru wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo w przypadku gdy Zamawiający ściśle określił wartość wymaganego parametru, należało wpisać dokładne parametry dla poszczególnych pozycji oferowanego sprzętu.

W części nr 1 zamówienia oferty złożyło czterech wykonawców:

1. konsorcjum Computex (cena brutto oferty: 14 387 125,50 zł),
2. Oxygen Information Technology sp. z o.o., ul. Domaniewska 37/37, 02-672 Warszawa (cena brutto oferty: 4 497 741,00 zł),

3. Infomex sp. o. o., ul. Wesola 19B 34-300 Żywiec (cena brutto oferty: 12 546 000,00 zł) oraz

4. Odwołujący (cena brutto oferty: 14 511 540,00 zł).

Konsorcjum Computex zaoferowało macierz HPE MSA 1060 (R0Q87B). W pkt. 3 Specyfikacji Technicznej, stanowiącej przedmiotowy środek dowodowy złożony z ofertą - Konsorcjum wpisało, że zaoferowane przez nie półki dyskowe posiadają dwa kontrolery macierzy SAS 12 Gb obsługujące RAID 0, 1, 5, 6, 10, 50 i 60 (dokładnie tak, jak wymagał Zamawiający):

W dniu 22 maja 2024 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że oferowana przez Konsorcjum macierz HPE MSA 1060 (R0Q87B) nie obsługuje RAID 0,1,5,6,10,50 i 60 i wskazał w tym zakresie dowody w postaci fragmentu dokumentacji producenta wraz ze wskazaniem źródła dostępu do dokumentacji.

Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu na etapie wyjaśnień SWZ Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego do RAID 50 i 60 w postaci rozwiązania ADAPT w wyjaśnieniach treści SWZ z 16 kwietnia 2024 r.

Pytanie 1: Dotyczy część 1: Zamawiający wymaga by kontrolery półki dyskowej SBR(af) obsługiwały poziomy RAID 0, 1, 5, 6, 10, 50, 60. Czy Zamawiający dopuści jako równoważny kontroler, który zamiast poziomów RAID 50 i 60 będzie oferował alternatywne i znacznie bardziej zaawansowane rozwiązanie ADAPT, które charakteryzuje się wyższym stopniem bezpieczeństwa jak i wydajnością? RAID 50 i 60 jest nadmiarowym i starszym podejściem, które nie jest już używane i nie będzie już dostarczane przez większość kluczowych dostawców tego typu rozwiązań.

Odpowiedź: Zamawiający dopuści jako równoważny kontroler, który zamiast poziomów RAID 50 i 60 będzie oferował rozwiązanie ADAPT.

Powyższe oznacza, że Zamawiający dopuścił jako równoważny wyłącznie jeden konkretnie zdefiniowany poziom RAID — ADAPT. Żaden inny poziom nie został dopuszczony jako równoważny do wymaganego. Jednocześnie należy podkreślić, że konsorcjum Computex w żadnym miejscu swojej oferty nie poinformowało, że oferuje rozwiązanie równoważne do oczekiwanego, lecz deklarowało wyłącznie zaoferowanie rozwiązania podstawowego. W dniu 23 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr 1 zamówienia tj. oferty konsorcjum Computex.

Przechodząc do uzasadnienia poszczególnych zarzutów Odwołujący wskazał w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, że zgodnie z wymaganiami określonymi na str. 102 SWZ Zamawiający wymagał zaoferowania półek dyskowych wyposażonych w kontrolery obsługujące RAID 0, 1, 5, 6, 10, 50, 60. Poziomy RAID (Redundant Array of Independent Disks) to różne konfiguracje półki dyskowej, które łączą wiele fizycznych dysków twardych w jeden logiczny dysk w celu zwiększenia jego wydajności, niezawodności oraz pojemności. Każdy poziom RAID oferuje inny balans między tymi cechami. Konfiguracje RAID 50 oraz RAID 60 — są zupełnie innymi konfiguracjami niż RAID MSADP+ (która występuje w zaoferowanych kontrolerach przez Computex). W złożonej ofercie w 5

pkt. 3 Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu, w której wykonawcy mieli obowiązek podania parametrów oferowanego produktu - konsorcjum Computex wpisało, że oferuje rozwiązanie - macierz HPE MSA 1060 (R0Q87B) - które obsługuje dokładnie te poziomy, których wymagał Zamawiający, czyli RAID 0, 1, 5, 6, 10, 50, 60.

Odwołujący podniósł, że zaoferowane przez konsorcjum Computex rozwiązanie w rzeczywistości nie spełnia jednak przedmiotowego wymagania, bowiem faktycznie obsługuje ono poziomy 0, 1, 5, 6, 10, MSADP+ , co potwierdzają informacje podane w dokumentacji producenta (Hewlett Packard Enterprise), gdzie wskazano dla zaoferowanego rozwiązania:

RAID Levels supported: RAID 0*,1, 5, 6, 10, MSA-DP+

co oznacza: Obsługiwane poziomy RAID: RAID 0*,1, 5, 6, 10, MSA-DP+

Jako dowód w załączeniu do odwołania Odwołujący złożył wyciąg (s. 1, 2, 3, 32, 33) z dokumentacji macierzy HPE MSA 1060 (wersja 14, datowana na 4 grudnia 2023 — najnowsza w dniu złożenia ofert w postępowaniu).

Tym samym w ocenie Odwołującego zaoferowany przez konsorcjum Computex produkt nie obsługuje poziomów RAID 50, 60 wymaganych przez Zamawiającego.

Odwołujący dodał, że jedyną dopuszczoną przez Zamawiającego możliwością zaoferowania funkcjonalności równoważnej względem RAID 50 i 60, było zaoferowanie poziomu RAID ADAPT. Poziom ten został dopuszczony jako równoważny do RAID 50 i 60 w drodze wyjaśnień SWZ z 16 kwietnia 2024 r. we wskazanej uprzednio odpowiedzi na pytanie nr 1. Natomiast na etapie wyjaśnień SWZ nie zostały zgłoszone żadne pytania odnośnie RAID MSADP+ , ponadto RAID MSADP+ nie był dopuszczony w pierwotnie ogłoszonym SWZ, co oznacza, że RAID MSADP+ nie został w ogóle dopuszczony. Odwołujący podkreślił, że w żadnym miejscu oferty konsorcjum Computex nie znajduje się jakiegokolwiek twierdzenie o oferowaniu rozwiązania równoważnego do RAID 50 i 60. Oznacza to zdaniem Odwołującego, że obecne ewentualne twierdzenia konsorcjum Computex będą stanowiły niedozwoloną zmianę oferty. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że RAID MSA-DP+ jest zupełnie innym rozwiązaniem niż wymagane RAID 50, 60 podając jako przykładowe różnice:

a) RAID MSA-DP+ bazuje na schemacie protekcji RAID 6 w układzie 8+2, co oznacza, że efektywna pojemność

zaoferowanej półki dyskowej wynosi 80% sumarycznej pojemności zainstalowanych w nich dysków, podczas gdy w przypadku RAID 60 w układzie 22+2, efektywna pojemność zaoferowanej półki przekracza 91%, natomiast w przypadku RAID 50 w układzie 23+1 efektywna pojemność zaoferowanej półki przekracza 95%. Tym samym RAID MSA-DP+ cechuje się znacznie gorszą, niż RAID 50 czy 60, pojemnością efektywną.

b) Wydajność RAID MSA-DP+ oraz RAID 50 : Zgodnie z dokumentacją HPE MSA GEN6 VIRTUAL STORAGE (a00103247ENW, July 2021, Rev. 1) narzut wydajności (tzw. IO Penalty) dla HPE MSA wynosi 6, natomiast dla RAID 5 wynosi 4, przy czym dla RAID 0 wynosi 0. Oznacza to, że IO Penalty dla MSA-DP+ (narzut 6) jest o 50% większe niż dla RAID 50 (narzut 4), a więc wydajność MSA-DP+ jest gorsza niż RAID 50. W tych okolicznościach nie może być zdaniem Odwołującego mowy o

spełnieniu funkcjonalności półki dyskowej takiej jak wymagana w opisie przedmiotu zamówienia przez produkt zaoferowany przez konsorcjum Computex.

Jest to w ocenie Odwołującego podstawa do stwierdzenia niezgodności oferty z warunkami zamówienia, na poparcie czego Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.06.2023 r., KIO 1618/23, zgodnie z którym Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowany produkt nie posiada wymaganych w OPZ cech czy parametrów.

Mając na względzie powyższe w ocenie Odwołującego produkt nie spełnia wymogu dotyczącego poziomu RAID kontrolerów macierzy, skoro inny niż wymagany poziom RAID wskazuje sam producent w oficjalnej dokumentacji technicznej produktu. Należy wskazać za orzecznictwem, że ściśle egzekwowanie określonych w SWZ wymagań stanowi jedną z podstawowych gwarancji realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2023 r., KIO 720/23 Odwołujący (...) nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienia, ani nie zaskarżył treści dokumentów zamówienia, zatem stały się one dla niego wiążące. Ustalona treść dokumentów zamówienia była także wiążąca dla Zamawiającego. Jak wskazuje się w orzecznictwie odstąpienie od literalnej treści wymagania na etapie oceny ofert stanowiłoby naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 PrzemPubl wyrażającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. W wyroku z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 22/21 Sąd Okręgowy w Warszawie potwierdził, iż treść SWZ jest wiążąca dla wszystkie uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ściśle jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Sąd podkreślił, iż zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert).

W tych okolicznościach oferta konsorcjum Computex podlega zdaniem Odwołującego odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż zaoferowany produkt - wbrew deklaracji złożonej przez Konsorcjum w pkt. 3 Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu - nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia.

W zakresie drugiego z zarzutów tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. 2022, poz. 1233 ze zm.)

(dalej „uznk”) Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Computex podało w ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie obsługi RAID 50, 60, podczas gdy zaoferowany przez Konsorcjum produkt nie obsługuje takich poziomów. Należy podkreślić, że nie można traktować opisanej okoliczności jako „niedopatrzania” czy „omyłki” wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum. W Specyfikacji Technicznej wymaganej 7

do złożenia z ofertą wykonawcy wpisywali parametry oferowanego sprzętu. Tymczasem w dokumentacji producenta macierzy HPE MSA 1060 jednoznacznie wskazuje się, że obsługuje ona poziom RAID 0, 1, 5, 6, 10, MSA-DP+. Żaden z konsorcjantów na etapie wyjaśnień SWZ nie zwracał się do Zamawiającego o dopuszczenie poziomu RAID MSA-DP+ jako równoważnego względem RAID 50 i 60. W takiej sytuacji Konsorcjum — tak jak pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu — jest związane treścią wymagań SWZ, na poparcie czego Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2021 r., KIO 2266/21.

Odwołujący zaznaczył, że w ofercie Konsorcjum nie ma również żadnej wzmianki o tym, że obsługiwany poziom RAID w zaoferowanej macierzy HPE MSA 1060 (R0Q87B) jest inny niż wymagany. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W tym miejscu Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym okoliczność wprowadzenia zamawiającego w błąd traktowana jest jako działanie niezgodne z dobrymi obyczajami — a co za tym idzie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2024 r., KIO 353/24, wyrok z dnia 1 grudnia 2022 r., KIO 3025/22 oraz wyrok z dnia 17 września 2020 r., KIO 2048/20).

Składając oświadczenia nierzetelne i nieprawdziwe, które mają potwierdzić zgodność treści oferty z warunkami zamówienia, wykonawca zdaniem Odwołującego działa na szkodę innych wykonawców oraz Zamawiającego i działa sprzecznie z prawem oraz z dobrymi obyczajami. Odwołujący podkreślił, iż okoliczność braku stosowania przez Zamawiającego w przedmiotowym fakultatywniej podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp (jak również podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp), nie powinna powodować sankcjonowania działania wykonawcy, który świadomie względnie wskutek daleko posuniętego braku ostrożności podaje w ofercie informacje wprowadzające w błąd

Zamawiającego co do zgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami SWZ. Oferta wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje powinna być eliminowana z postępowania, czemu służy — przy braku wskazania w SWZ fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd — właśnie podstawa odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r., KIO 5/22. W przywołanym wyroku Izba zdefiniowała również pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji jako działanie obejmujące przekazywanie — celowo lub niedbale — Zamawiającemu informacji niezgodnych z rzeczywistością, którego celem jest uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie w sposób nieuczciwy konkurencji.

Odwołujący dodał, iż zgodnie z utrwalonym stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie, niedopuszczalne jest — w przypadku podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w postępowaniu — stosowanie względem wykonawcy instytucji uzupełnienia dokumentów, co zdaniem Odwołującego odnosi się również do procedury uzupełnień z art. 107 Pzp, celem zastąpienia informacji nieprawdziwych na prawdziwe (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2024 r., KIO 1336/24, KIO 1340/24, KIO 1343/24 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2021 r., KIO 879/21).

W niniejszym postępowaniu w ocenie Odwołującego, wobec podania przez konsorcjum Computex w Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu nieprawdziwej, niezgodnej ze stanem faktycznym informacji o zaoferowaniu rozwiązania obsługującego poziom RAID 50 i 60 - złożona przez Konsorcjum Specyfikacja Techniczna - nie podlega już uzupełnieniu.

W tych okolicznościach oferta konsorcjum Computex podlega zdaniem Odwołującego również odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uzkw w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy składaniu oświadczeń, że oferta konsorcjum Computex jest zgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi zaoferowania półek dyskowych wyposażonych w kontrolery obsługujące poziom RAID 0, 1, 5, 6, 10, 50 i 60.

W dniu 11 września 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty odwołania złożonego przez Odwołującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Computex sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, Kenbit sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Integrale IT sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu. W dniu 13 września 2024 r. wykonawcy zgłaszający przystąpienie złożyli pismo procesowe razem z załącznikami, w którym działając na podstawie art. 523 ust 1 Pzp, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania, wnieśli o oddalenie odwołania oraz odnieśli się do zarzutów odwołania.

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

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Computex sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, Kenbit sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Integrale IT sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej jako: „Uczestnik”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Uczestnik działając na podstawie art. 523 ust 1 Pzp, w piśmie z dnia 13 września 2024 r., a następnie ustnie do protokołu w trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników w dniu

16 września 2024 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
- art. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;
- art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków

zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznanego odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia, które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanemu przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20).

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny zaistniały w rozpoznawanej sprawie w pierwszej kolejności uznać należy, że na uwzględnienie nie zasługiwał podniesiony w odwołaniu zarzut, iż zaoferowane rozwiązanie nie obsługuje poziomów RAID 50 i 60 wymaganych przez Zamawiającego

w dokumentach zamówienia. Wymóg w tym zakresie został opisany w pkt 1.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ. Zgodnie z jego brzmieniem półki dyskowe SBR(af) powinny posiadać min. dwa kontrolery macierzy SAS 12 Gb obsługujące RAID 0, 1, 5, 6, 10, 50 i 60. Uczestnik zaoferował produkt HPE MSA 1060 (R0Q87B) wskazując w dołączonej do oferty Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu parametry identyczne jak w ww. wymogu. Podstawą na której opierał Odwołujący sformułowany zarzut była treść dokumentacji technicznej producenta oferowanego rozwiązania tj. firmy Hewlett Packard Enterprise. W treści tej dokumentacji jako obsługiwane poziomy RAID wymienione zostały RAID 0*, 1, 5, 6, 10 oraz MSA-DP+. W ocenie Izby treść przedstawionych dowodów nie potwierdzała podnoszonych przez Odwołującego twierdzeń, w szczególności brak wyspecyfikowania w dokumentacji technicznej określonej funkcjonalności nie jest sam w sobie równoznaczny z brakiem możliwości realizacji takiej funkcjonalności przez zaoferowane urządzenie. Izba uznała w tym zakresie za wiarygodne dowody przedstawione przez Uczestnika w postaci oświadczenia producenta urządzenia z dnia 3 i 16 września 2024 r. W oświadczeniach tych producent w sposób jednoznaczny potwierdził, że półka dyskowa SBR(af) – HPE MSA 1060 (R0Q87B) zaoferowana przez Uczestnika w przedmiotowym postępowaniu spełnia wymagania Zamawiającego określone

w postępowaniu, w szczególności zapewnia natywną obsługę RAID 0, 1, 5, 6, 10, 50 i 60.

Ponadto producent wyjaśnił przyczyny braku wskazania kwestionowanych poziomów w dokumentacji technicznej, wskazując że Mechanizm dystrybucji danych pomiędzy wieloma grupami RAID jest obecnie standardem w nowoczesnych macierzach dyskowych. Z tego względu większość producentów macierzy dyskowych (w tym HPE) rezygnuje z literalnego specyfikowania wsparcia dla RAID-50 i RAID-60 w dokumentacjach produktowych, gdyż jest ono immanentną cechą nowoczesnych macierzy dyskowych. Wiarygodności ww. oświadczeń nie podważają dowody przedłożone przez Odwołującego w szczególności korespondencja prowadzona z oficjalnym dystrybutorem z dnia 13 września 2024 r. oraz korespondencja z przedstawicielem (doradcą) producenta. W ocenie Izby oświadczenie złożone przez p. M. K., wbrew twierdzeniom Odwołującego nie ma charakteru oświadczenia prywatnego osoby, lecz jak wynika wprost z jego treści składane jest w imieniu Hewlett Packard Enterprise Polska sp. z o.o. jako przedstawiciela producenta w Polsce przez osobę pełniącą funkcję członka zarządu, upoważnioną do składania oświadczeń w imieniu tego podmiotu. W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy należy informację dotyczącą oferowanego produktu

przedstawianej przez upoważnionego prawnie przedstawiciela producenta nadać większą moc aniżeli podmiotowi, który jest jego dystrybutorem czy też osobie zatrudnionej przez producenta w charakterze doradcy.

Niezasadne są twierdzenia Odwołującego, że w przypadku gdyby produkt oferowana przez Uczestnika faktycznie obsługiwał poziomy RAID 50 i RAID, bądź gdyby w oferowanym produkcie możliwe było uzyskanie poziomu RAID 50 z połączenia RAID 5 i RAID 0 oraz uzyskanie poziomu RAID 60

z połączenia RAID 6 i RAID 0, to informacja to informacja ta znalazłaby się w dokumentacji producenta. Przedmiotowe twierdzenia nie odnoszą się do funkcjonalności produktu, lecz treści i sposobu sformułowania jego opisu sporządzonego przez producenta. Nadto wskazać należy, że w treści oświadczeń przedstawiciela producenta, czyli de facto autora ww. dokumentacji, zostały wyjaśnione przyczyny dla których treść dokumentacji technicznej została sformułowana w konkretny sposób oraz dlaczego zawiera określone informacje i z jakich przyczyn niektóre informacje pomija. O zasadności argumentacji Odwołującego nie może świadczyć również fakt, że inni producenci w odmienny sposób formułują dokumentację techniczną dotyczącą ich produktów. Należy bowiem wskazać, że każdy z tych podmiotów, w tym również producent HPE, posiada w tym zakresie pełną autonomię i może konstruować dokumentację techniczną stosownie do przyjętej we własnym zakresie metodologii, polityki sprzedażowej, marketingowej czy innych uwarunkowań istotnych z punktu widzenia prowadzonej przez siebie działalności. Tym samym w ocenie Izby, przedstawiona przez Odwołującego argumentacja ta nie może zatem świadczyć o jednoznacznej niezgodności oferowanego przez Uczestnika produktu z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w dokumentach postępowania.

Jak zaś wskazano powyżej jedynie niezgodność oferty z warunkami zamówienia która jest oczywista i niewątpliwa może prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W ocenie składu orzekającego przedstawiona przez w odwołaniu argumentacja nie mogła zatem przesądzić o jednoznacznym stwierdzeniu niezgodności oferty w tym zakresie z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego w SWZ. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania 12

okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski, nie przedstawił także dowodów na potwierdzenie okoliczności uzasadniających zarzuty odwołania.

Izba postanowiła nadto nie uwzględniać wniosku Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, gdyż zakres opinii o którą wnioskował Odwołujący nie odnosił się do treści postawionych przez Odwołującego zarzutów, lecz oceny twierdzeń przedstawionych przez Uczestnika w odpowiedzi na odwołanie i obejmowałyby kwestie które nie były objęte zakresem zarzutu postawionego w odwołaniu.

W konsekwencji, oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 ze zm.) (dalej „uznk”) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, który w ocenie składu orzekającego miał charakter wynikowy w stosunku do pierwszego z zarzutów. Wobec wskazanego powyżej braku potwierdzenia zasadności zarzutu dotyczącego niezgodności oferowanego produktu z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia upada także zarzut odnośnie nieprawdziwości informacji w zakresie obsługi przez zaoferowany przez Uczestnika produkt poziomów RAID 50 i 60.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądając od Odwołującego na rzecz Uczestnika postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, ustalone na podstawie przedstawionych i złożonych do akt sprawy faktur.

Przewodniczący: