

WYROK
z dnia 18 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 grudnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023 r. przez: **T-SYSTEMS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ; siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Narodowy Fundusz Zdrowia Dolnośląski Oddział Wojewódzki z siedzibą we Wrocławiu, ul. Joannitów 6** przy udziale **Perceptron Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królewska 65A/1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 3636/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża T-SYSTEMS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12 i :

2.1. Zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T-Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12 tytułem wpisu uiszczonego od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t. j. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) 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:.....

Sygn. akt KIO 3636/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę urządzenia do przechowywania danych - Część I Dostawa deduplikatora i biblioteki taśmowej; Znak sprawy: NFZ01-WAG.251.13.2023 zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 193-602833

W dniu 24 listopada 2023 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej

w dniu 4 grudnia 2023 r. odwołanie wniósł T-Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez prezesa zarządu, zgodnie z podpisem z KRS. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy przez nieodrzućenie oferty wykonawcy Perceptron pomimo, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2.art. 223 ust. 1 ustawy przez nieuprawnione w toku badania i oceny ofert dopuszczenie do negocjacji dotyczących złożonej oferty, a w konsekwencji złamanie zasady niezmienności treści oferty;

3.art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy w związku z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez nieodrzućenie oferty wykonawcy Perceptron pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Poprzez naruszenie wyżej wskazanych przepisów został w tym postępowaniu naruszony, przez zamawiającego, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Oferta odwołującego jest ważna i jako taka powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Uwzględnienie tego odwołania i odrzućenie oferty wykonawcy Perceptron spowoduje, że oferta odwołującego stanie się ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym idzie odwołujący uważa, że ma interes we wniesieniu odwołania.

Wniósł o:

1) merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie;

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

4) nakazanie zamawiającemu odrzućenia oferty złożonej przez wykonawcę Perceptron;

5)zasądzenie od zamawiającego - na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w odpowiedzi na szczegółową specyfikację wymagań minimalnych zawartą w Załączniku nr 1 do SWZ (tabela nr 1 dla deduplikatora; tabela nr 2 dla biblioteki taśmowej) wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia uzupełnionego Załącznika nr 2 do SWZ „Oferowane parametry (załączyć należy do OFERTY)". wykonawcy zobowiązani byli wskazać „Producent / Model / Kod producenta:" oraz w odpowiedzi na „Szczegółowy opis wymagań" wypełnić kolumnę czwartą „Oferta".

Zamawiający w SWZ w Rozdziale VIII pkt 1.5 wyspecyfikował dokumenty składane wraz z ofertą, cyt.:

„1.5 Inne oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę (w zakresie wymaganym wynikającym z SWZ) w tym oświadczenia do formularza ofertowego, przedmiotowe środki dowodowe, kalkulacje cenowe, oferowane parametry, w zakresie w jakim dotyczą postępowania."

Z nazwy oraz konstrukcji przedkładanego przez wykonawców Załącznika nr 2 do SWZ „Oferowane parametry (załączyć należy do OFERTY)", a także z informacji zawartej w Rozdziale VIII pkt 1.5 według odwołującego wprost wynikało, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zobowiązani byli skonkretyzować parametry oferowanych przez siebie urządzeń.

Mając na uwadze fakt, że oferowane w przedmiotowym postępowaniu urządzenia mogą mieć różną konfigurację i że podanie informacji „Producent / Model / Kod producenta:" nie definiuje wprost parametrów tej konfiguracji, to dla profesjonalnych uczestników rynku zamówień publicznych w branży informatycznej, w tym dla wykonawcy Perceptron według odwołującego, oczywiste było, że należy wskazać konkretne parametry, potwierdzające spełnienie warunków zamówienia. Dla wykonawców zapisy SWZ w tym zakresie były jednoznaczne i nie było wniosków o wyjaśnienie treści SWZ (interpretacji wymogu „oferowane parametry"). W ocenie odwołującego dla wykonawcy Perceptron oczywiste było, że należy parametry wskazane przez zamawiającego jako minimalne doprecyzować, a świadczy o tym jego oferta, która nie ma spójności w tym zakresie, ponieważ przy niektórych elementach konfiguracji urządzeń objętych przedmiotem zamówienia wykonawca Perceptron doprecyzował spełnienie warunków zamówienia, przykładowo dla biblioteki taśmowej:

4Sloty na taimy na parametr zamawiającego; Oferowana biblioteka musi być wyposażona w co najmniej 80 slotów na taśmy magnetyczne oraz miejsce w obudowie na instalacje w przyszłości min. 12 szt. napędów i 900 slotów. Musi zapewniać możliwość rozbudowy w ramach oferowanego modelu biblioteki do minimum 100 szt. napędów taśmowych i 9000 slotów na taśmy – zaoferował:

Oferowana biblioteka będzie wyposażona w 100 slotów na taśmy magnetyczne oraz miejsce w obudowie na instalacje w przyszłości min. 12 szt. napędów i 900 slotów. Biblioteka zapewnia możliwość rozbudowy w ramach oferowanego modelu biblioteki do minimum 100 szt. napędów taśmowych i 9000 slotów na taśmy.

9Mail slot na parametr zamawiającego: Oferowana biblioteka musi posiadać co najmniej 50 tzw. „mail slot" do wkładania/wyjmowania taśm. – zaoferował:

Oferowana biblioteka posiada 72 tzw. „mail slot" do wkładania/wyjmowania taśm.

Jednak w odpowiedzi na warunek zamówienia określony przez zamawiającego w Załączniku nr 1 do SWZ, w pozycji 1, wiersz 2 tabeli (wiersz 3 w tabeli oferowane parametry):

„Biblioteka taśmowa musi być wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB -parametry podane bez kompresji danych."

w załączniku 2 do SWZ „Oferowane parametry" zapisał:

„Biblioteka taśmowa będzie wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB - parametry podane bez kompresji danych."

Tym samym zdaniem odwołującego wykonawca Perceptron przepisał tylko warunek minimalny i nie określił liczby dostarczanych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia napędów LTO Ultrium-9 FC.

W ocenie odwołującego przepisanie warunku minimalnego nie jest ofertą.

Wykonawca Perceptron kopiując warunek „minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC" potwierdził, że dostarczy w ramach realizacji zamówienia 1 sztukę napędu. Możliwe, że dostarczy inną liczbę większą niż „1". Ale w takim kształcie oświadczenie wykonawcy Perceptron wprowadza stan niepewności. To od woli wykonawcy Perceptron zależeć będzie ile napędów dostarczy. Gdyby jednak poprzestał na swoim oświadczeniu: „Biblioteka taśmowa będzie wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB - parametry podane bez kompresji danych." to dostarczając 1 sztukę napędu potwierdza warunek minimalny i spełnia warunek zamówienia, ale tylko w tym zakresie.

Stanu niepewności nie można było w żaden sposób usunąć na podstawie treści złożonej przez wykonawcę Perceptron oferty.

Stąd też zamawiający wykraczając poza czynności objęte procedurą postępowania samodzielnie podjął działania w celu ustalenia tego parametru i potwierdzenia spełnienia warunków zamówienia. W wezwaniu do wyjaśnień treści oferty

wskazał, że analizował w tym zakresie instrukcję użytkownika Biblioteki Taśmowej Quantum Scalar i6000 producenta.

Wobec braku potwierdzenia liczby napędów i wobec niemożności oceny przez zamawiającego czy zaoferowana biblioteka spełnia warunek w zakresie partycjonowania - aby biblioteka mogła zaoferować partycjonowanie musi mieć przynajmniej 2 napędy i 2 magazyny taśm - w dniu 10.11.2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę Perceptron do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający wskazując na warunek, który określił w Załączniku nr 1 do SWZ, w pozycji 1, wiersz 2 tabeli (wiersz 3 w tabeli oferowane parametry), a także na warunek:

„ W Załączniku nr 1 do SWZ, pozycja 2, wiersz 9 tabeli (wiersz 10 w tabeli oferowane parametry) zamawiający wymaga:

„Oferowana biblioteka musi posiadać możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.”

powołał się na informacje z instrukcji użytkownika Biblioteki Taśmowej Scalar i6000 producenta i w wezwaniu zasugerował jakie rozwiązanie spełnia w jego ocenie warunki zamówienia, cyt.:

„W instrukcji użytkownika Biblioteki Taśmowej Scalar i6000 producent zapisał że standardowa partycja musi składać się przynajmniej z jednego napędu i jednego magazynu taśm, oraz że napędy ani magazyny nie mogą być współdzielone przez różne partycje, z czego wynika że aby biblioteka mogła zaoferować partycjonowanie musi mieć przynajmniej 2 napędy i 2 magazyny taśm.”

Po takiej uwadze zadał pytanie, cyt.:

„Zamawiający wzywa do podania konkretnej liczby napędów LTO Ultrium-9 FC oferowanych przez Wykonawcę, oraz podania informacji jak w oferowanej konfiguracji sprzętowej biblioteki będzie zapewniona możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.”

Wykonawca Perceptron pismem z dnia 14.11.2023 roku udzielił wyjaśnień, cyt.:

„Odnosząc się do wymagania dla biblioteki taśmowej: „Biblioteka taśmowa musi być wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB - parametry podane bez kompresji danych” oraz treści wezwania wskazuję, że oferta z dnia 29 października 2023 roku obejmuje bibliotekę taśmową Quantum Scalar i6000 zawierającą dwa napędy taśmowe IBM LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB.”

Dodatkowo do wyjaśnień załączył oświadczenie Quantum Corporation potwierdzające powyższe.

Z treści wyjaśnień i treści ww. oświadczenia wynika, ale dopiero na etapie oceny ofert, ile napędów zamierza zaoferować wykonawca Perceptron i że liczba ta, aby spełniała warunki zamówienia wynosi 2”

W ocenie odwołującego wykonawca Perceptron wykreował w ten sposób nową treść oferty, wskazując, że w ramach realizacji zamówienia dostarczy więcej niż jeden napęd. Oferta z pierwotną treścią „minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC” nie spełnia warunków zamówienia i jako taka powinna być odrzucona.

Zamawiający na podstawie treści oferty wykonawcy Perceptron samodzielnie nie mógł rozstrzygnąć ile napędów zostało zaoferowanych. Nie mógł poprawić tego jako innej omyłki.

W ocenie odwołującego zamawiający wezwaniem, z sugerowaną poprawną liczbą napędów, dopuścił się do niedopuszczalnych w tym trybie udzielania zamówienia publicznego negocjacji z wykonawcą Perceptron.

Wykonawca Perceptron udzielając wyjaśnień po upływie terminu składania ofert wskazał zgodną z sugestią zamawiającego liczbę napędów i tym samym dopiero na tym etapie skonkretyzował treść swojej oferty, uzupełniając jej treść.

W ocenie odwołującego jest to klasyczny przykład negocjowania oferty po jej złożeniu, zakazany art. 223 ust. 1 ustawy, naruszający obowiązek równego traktowania wykonawców i przejrzystości prowadzenia postępowania przetargowego.

Nie jest możliwe dokonywanie zmian w treści oferty w rozumieniu art. 68 KC, gdyż zgodnie z tym przepisem "przyjęcie oferty dokonane z zastrzeżeniem zmiany lub uzupełnienia jej treści poczytuje się za nową ofertę". [zob. P. Granecki, I. Granecka Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021]

Za wyrokiem KIO 2064/20 z 16.10.2020 r.: "Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 PrZamPubl2004 [uw. aut. - obecnie art. 223 ust. 1] powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego - czyli prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Uprawnienie zamawiającego żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2 PrZamPubl2004 [uw. aut. - obecnie art. 223 ust. 2]. Istotnym i znamionym jest również fakt, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty)".

Niedozwolone są wyjaśnienia prowadzące do zmiany parametrów czy innych wartości zawartych w ofercie, chyba że możliwe byłoby przyjęcie innego parametru na podstawie informacji znajdujących się w samej ofercie. Ewentualne poprawienie takiej wartości może zostać dokonane na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy jako inna omyłka, ale tylko przy spełnieniu warunków wskazanych w tym przepisie.

W ocenie odwołującego odpowiedzi na wezwanie nie można uznać za podstawę do poprawy innej omyłki w treści oferty wykonawcy Perceptron. Zgodnie z przyjętym stanowiskiem doktryny, żeby mówić o omyłce w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy, należy ustalić czy zamawiający mógł samodzielnie stwierdzić, jaka była rzeczywista wola wykonawcy Perceptron, aby móc następnie doprowadzić do zgodności oświadczenia złożonego w ofercie z zamiarem, jaki od początku towarzyszył złożeniu oferty.

Zamawiający nie miał i nie mógł mieć wiedzy o rzeczywistej liczbie napędów LTO Ultrium-9 FC. W rezultacie pytania zamawiającego, wykonawca Perceptron zmienił treść swojej oferty wskazując liczbę tych napędów, która to dopiero pozwoliła zamawiającemu dokonać oceny w zakresie warunku „Oferowana biblioteka musi posiadać możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.”

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie był uprawniony do dokonywania jakichkolwiek zmian w ofercie wykonawcy Perceptron, gdyż stanowi to naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy. Jednocześnie oferta wykonawcy Perceptron powinna podlegać odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Wpisanie przez wykonawcę Perceptron „minimum 1 szt. napędu” nie określa ile napędów zostało przez niego zaoferowanych i skalkulowanych. Odwołujący dodatkowo podkreślił, że liczba napędów znacząco wpływa na kalkulację ceny oferty. W tym celu Odwołujący zwrócił się do dystrybutorów o wskazanie ceny za taki napęd. Otrzymał od dystrybutora AB S.A. ul. Europejska 4, 55-040 Magnice wycenę, która potwierdza, że napęd do biblioteki taśmowej Quantum Scalar i6000 napęd LTO -9-FC, P/N: LSC6K-ATDJ-L9BD wynosi 46 489,00 USD netto.

Przyjmując średni kurs NBP dla USD obowiązujący na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu tj. 02.11.2023 r. godz.9.00, to 1 USD = 4,1684 PLN

(Tabela nr 211/A/NBP/2023 z dnia 2023-10-31; <https://nbp.pl/archiwum-kursow/tabela-nr-211-a-nbp-2023-z-dnia-2023-10-31/>). Zatem cena jednego napędu według cennika wynosi 46.489 USD = 193 784,75 PLN netto. Cena ta powiększona o należny podatek VAT wynosi 238 355,24 PLN brutto.

W załączeniu do odwołania odwołujący przedłożył korespondencję mailową z AB S.A. potwierdzającą, że cena jednego napędu stanowi ponad 13% ceny ofertowej wykonawcy Perceptron. Zatem liczba zaoferowanych napędów wpływała znacząco na cenę i dawała przewagę konkurencyjną.

Zaoferowanie biblioteki „wyposażonej w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC”, pozwala przypuszczać, że wykonawca Perceptron pozostawił sobie możliwość ustalenia liczby napędów dopiero po upływie terminu otwarcia ofert, w zależności od ofert złożonych przez jego konkurentów lub dopiero w trakcie realizacji zamówienia. W ocenie odwołującego „minimum 1 sztuka” daje wykonawcy Perceptron możliwości optymalizowania kosztów realizacji zamówienia.

Tak jak odwołujący wskazywał to od woli wykonawcy Perceptron zależeć będzie ile napędów rzeczywiście dostarczy, a może wobec treści swojej oferty poprzestać na jednej sztuce napędu.

Takie zachowanie w ocenie odwołującego jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, zagraża lub narusza interes innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jest w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji - utrudnianiem dostępu do realizacji przedmiotowego zamówienia. Sąd Apelacyjny w Katowicach (wyrok z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 371/07) wskazał, że „(...) dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z nimi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo”.

W ocenie odwołującego zachowanie wykonawcy Perceptron wychodzi poza normy uczciwości kupieckiej.

Wskazując na powyższe odwołujący uznał, że oferta odwołującego w przypadku prawidłowo przeprowadzonego postępowania powinna zostać wybrana do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a dokonane wadliwie przez zamawiającego rozstrzygnięcie postępowania powinno zostać wyeliminowane z obrotu prawnego.

W dniu 4 grudnia 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 5 grudnia 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Perceptron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królewska 65A. Wskazał, że ma interes w przystąpieniu, gdyż złożył ofertę i została ona wybrana. Uwzględnienie odwołania może utrudnić wybór jego oferty i

uniemożliwić uzyskanie zamówienia, a z kolei oddalenie odwołania będzie skutkowało udzieleniem mu zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 13 grudnia 2023 r. zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów w całości. Kierując do wykonawcy PERCEPTON wnioski o wyjaśnienie, zamawiający w żaden sposób nie kreował treści złożonej oferty, tylko zgodnie z uprawnieniem wynikającym z art. 223 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny oferty zażądał wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Nie prowadził żadnych negocjacji dotyczących treści złożonej oferty ani nie dokonywał żadnych zmian. Oferta złożona w postępowaniu nie uległa zmianie. Procedura wyjaśnień treści oferty opisana w art. 223 ust. 1 ustawy może nastąpić w ramach etapu oceny ofert, a zatem od chwili ich otwarcia do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej. Konieczność uzyskania wyjaśnień od wykonawcy co do treści złożonej oferty spowodowana była próbą ustalenia czy oferta wykonawcy jest zgodna ze warunkami zamówienia. Niezgodność bowiem z warunkami zamówienia skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Czasem jednak uprawnienie zamawiającego przeradza się w obowiązek. Jeżeli wymagają tego okoliczności sprawy, zamawiający działając zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest nie tylko uprawniony, lecz zobowiązany do żądania przedstawienia wyjaśnień powziętych wątpliwości dotyczących treści oferty.

Powołał wyroki KIO z dnia 3 października 2017 r. (KIO 1926/17), wyrok z dnia 27 listopada 2017 r. (KIO 2383/17) i wyrok (KIO 1214/14).

Zamawiający nie sugerował w żaden sposób jakie rozwiązanie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Sprzęt informatyczny specjalistyczny jest sprzętem dedykowanym pod konkretne potrzeby zamawiającego i nie zawsze te parametry są spójne z tymi podanymi na oficjalnych stronach producenta.

Przykładowo w odniesieniu do przedmiotowej biblioteki link na stronie producenta

(<https://cdn.allbound.com/iq-ab/2021/11/Scalar-Tape-DS00559A.pdf>): odsyła nas do dokumentu:

„SCALAR TAPE LIBRARIES DATASHEET”, który z założenia powinien zawierać pełną specyfikację techniczną oferowanej biblioteki. Niestety wśród wielu wymienionych tam parametrów technicznych, nie podano wymaganego przez zamawiającego w OPZ, parametru: MTBF, dla którego miał być spełniony warunek: „...Dla oferowanej biblioteki parametr MTBF wynosi co najmniej 250 000 godzin...”. Stąd zamawiający zwrócił się do wykonawcy z prośbą o potwierdzenie spełnienia tego wymogu (Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 07.11.2023 r.).

Wykonawca wyjaśnił, że zaoferowana biblioteka taśmowa spełnia warunki postawione przez zamawiającego.

W ocenie zamawiającego wykonawca potwierdził spełnienie warunku minimalnego. Wykonawca, wyjaśnił że użyte w ofercie sformułowanie: „... Biblioteka taśmowa będzie wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC...”, oznaczać będzie dostarczenie 2 szt. przedmiotowych napędów. Tym samym zgodnie z zamieszczoną przez producenta Biblioteki w Internecie informacją dotyczącą jej partycjonowania wg zamawiającego, Wykonawca spełnił określony w OPZ wymóg, dotyczący partycjonowania.

Powołał wyrok z 23.7.2013 r. (KIO 1633/13, Legalis) oraz publikację Urzędu Zamówień Publicznych – Prawo Zamówień Publicznych - komentarz: wydanie II pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza

Regulacja art. 223 ust. 1 ustawy została ukształtowana jako prawo zamawiającego do żądania od wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Przy ocenie charakteru powyższej czynności nie można jednak pominąć obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, w postaci rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle tego obowiązku zaistnienie wątpliwości co do treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów lub oświadczeń, prowadzących do niezgodności oferty z warunkami zamówienia może powodować konieczność uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i umożliwienia rozwiania wątpliwości zamawiającego. W takiej sytuacji uzyskanie wyjaśnienia może warunkować zastosowanie względem oferty wykonawcy innych czynności, w szczególności jej odrzucenia.

Zamawiający, korzystając z regulacji art. 223 ust. 1 ustawy, wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli - czyli treść oferty oraz przedmiotowe środki dowodowe lub inne składane dokumenty lub oświadczenia.

Niezłożenie wyjaśnień przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie jest obwarowane bezpośrednią sankcją w postaci odrzucenia oferty wykonawcy. Jednak w sytuacji gdy wykonawca nie udzieli wyjaśnień, które rozwieją wątpliwości zamawiającego, może to skutkować podjęciem niekorzystnej dla wykonawcy decyzji, w szczególności o odrzuceniu jego oferty ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia. Nieudzielenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty nie zwalnia bowiem zamawiającego z obowiązku dokonania określonej czynności i powoduje, że zamawiający podejmuje decyzję na podstawie wiedzy, jaką dysponuje bez wyjaśnień wykonawcy. W związku z tym przekazanie odpowiedzi na wezwanie zamawiającego pozwala zapobiec tego rodzaju niekorzystnym konsekwencjom.

W dniu 14 grudnia 2023 r. przystępujący złożył pisemne stanowisko i podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Wszystkie stawiane przez odwołującego zarzuty (od pierwszego po trzeci) są w całości bezpodstawne. Nieuzasadnione i chybione są tym samym wnioski zawarte w odwołaniu.

Ad. 1.

Brak podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty Perceptron z warunkami zamówienia, a zarazem brak podstaw do odrzucenia oferty Perceptron.

Szczegółowy opis zamówienia (wymagań minimalnych) znajduje się w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ). W odniesieniu do Część I zamówienia – Dostawa deduplikatora i biblioteki taśmowej dla pozycji 1. Dostawa deduplikatora Zamawiający wyspecyfikował minimalne wymagania, które musi spełnić oferowany sprzęt w 31 różnych punktach (Tabela 1. OPZ), a dla pozycji

2. Dostawa biblioteki taśmowej Zamawiający wyspecyfikował minimalne wymagania, które musi spełnić oferowany sprzęt w 15 różnych punktach (Tabela 2. OPZ).

W odniesieniu do Części I Pozycji 2 OPZ - Dostawa biblioteki taśmowej specyfikacja wymagań minimalnych obejmuje m. in.:

3

2 Napędy LTO Biblioteka taśmowa musi być wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej

taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych.

9 Partycje logiczne Oferowana biblioteka musi posiadać możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.

W złożonej w dniu 29 października 2023 roku ofercie Perceptron zaoferował zamawiającemu w ramach Pozycji 2 (Dostawa biblioteki taśmowej) Bibliotekę taśmową produkowaną przez firmę Quantum, Model: Quantum Scalar i6000, o kodzie producenta: LSC6K-BL00-001C w ukończeniu zgodnym ze „Szczegółowym opisem wymagań” (załącznik Nr 2 do SWZ).

W ramach załącznika nr 2 do SWZ – Oferowane parametry Perceptron jednoznacznie i wprost potwierdził w zakresie każdego z wymaganych przez Zamawiającego parametrów (punktów tabeli 2 OPZ), że oferowane urządzenie spełnia te wymagania. Perceptron przy wypełnianiu Załącznika nr 2 do SWZ - Oferowane parametry posłużył się sformułowaniami (wymaganiami) stosowanymi przez samego zamawiającego, to jest, potwierdził, że oferowany sprzęt spełnia dany parametr co najmniej w zakresie wymaganym przez zamawiającego. I tak przykładowo w Tabeli 2, opisującej oferowaną bibliotekę taśmową w ramach Lp. 4 znajdują się sformułowania: „min. 12 sztuk napędów i 900 slotów”, czy „minimum 100 sztuk napędów taśmowych i 9000 slotów na taśmy”, w ramach Lp. 11 znajduje się sformułowanie „co najmniej 250 000 godzin”, w ramach Lp. 12 znajduje się sformułowanie „co najmniej 1 000 000 pełnych cykli „załaduj/wyładuj””, w ramach Lp. 13 znajduje się sformułowanie „2 szt. Kabli FC LC-LC min. 20m”.

Również w odniesieniu do oferowanego przez Perceptron deduplikatora w Tabeli 1 załącznika nr 2 do SWZ – Oferowane parametry Perceptron posłużył się sformułowaniami (wymaganiami) stosowanymi przez samego zamawiającego, to jest, potwierdził, że oferowany sprzęt spełnia dany parametr co najmniej w zakresie wymaganym przez zamawiającego. I tak przykładowo w Tabeli 1 w ramach Lp. 4 znajduje się sformułowanie „minimum 55 TB przestrzeni użytkowej dla danych”, w ramach Lp. 5 znajduje się sformułowanie „posiada co najmniej 1 dysk hot-spare na każde 12 dysków dla danych”, w ramach Lp. 5 znajduje się sformułowanie „posiada co najmniej 1 dysk hot-spare na każde 12 dysków dla danych”, w ramach Lp. 8 znajduje się sformułowanie „do co najmniej 200 TB”. Podobny sposób opisu dotyczy szeregu innych parametrów.

Ten sposób opisu parametrów charakteryzujących oferowane urządzenia był i jest stosowany przez przystępującego jak i wielu innych wykonawców w wielu postępowaniach i w żadnym z nich nie wywoływał problemów interpretacyjnych. W tym postępowaniu zamawiający w żadnym zapisie SWZ nie postawił wymogu, by w „załączniku nr 2 do SWZ – oferowane parametry” wykonawcy zobowiązani byli do szczegółowego określenia każdego z wymaganych parametrów. Co więcej w treści Załącznika nr 1 do SWZ – Opisie Przedmiotu Zamówienia zamawiający wprost wskazuje, że opisywane parametry są parametrami minimalnymi, a tym samym zamawiający akceptuje (uważa za spełniające te wymagania) także parametry przekraczające te minimalne wielkości.

Zamawiający w żadnym sformułowaniu zawartym w SWZ nie zażądał przy tym by owe parametry były precyzyjnie wskazane załączniku nr 2 do SWZ. W przypadku sprzętu IT precyzyjne (jednostkowe) określenie niektórych parametrów bywa czasem utrudnione, gdyż producenci przy charakterystyce urządzeń podają niektóre z cech w przedziałach.

Co jednak najistotniejsze, wszystkie wskazane przez Perceptron w załączniku nr 2 do SWZ parametry zgodne były z wymaganiami zamawiającego. Sam wynik postępowania jednoznacznie wskazuje, że zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do zgodności oferty z wymaganiami SWZ. Raz jeszcze przystępujący podkreślił, że zamawiający w dokumentacji przetargowej nie wymagał wskazania przez wykonawców precyzyjnego dookreślenia wszystkich cech

charakteryzujących oferowane urządzenia, a jedynie potwierdzenie przez wykonawcę w odniesieniu do każdego z parametrów, czy dane urządzenie spełnia stawiane przez zamawiającego wymagania (wymagania minimalne) czy też ich nie spełnia.

Z treści odwołania wynika, że również odwołujący do takiego sposobu opisu parametrów charakteryzujących oferowane urządzenia nie ma co do zasady zastrzeżeń, gdyż nie kwestionuje w odwołaniu żadnego z przywołanych powyżej fragmentów załącznika nr 2 do SWZ – Oferowane parametry przedłożonego przez Perceptron.

W odniesieniu do Lp. 3 oraz Lp. 10 Tabeli 2 załącznika nr 2 do SWZ – Oferowane parametry Perceptron podał następujące informacje:

3 Napędy LTO Biblioteka taśmowa musi być wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych.

Biblioteka taśmowa będzie wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych.

10 Partycje logiczne

Oferowana biblioteka musi posiadać możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.

Oferowana biblioteka posiada możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.

Informacje te w pełni korespondują z wymaganiami zamawiającego i w żadnym zakresie nie pozostają w sprzeczności z dokumentacją przetargową.

Z podanych przez Perceptron danych jasno i jednoznacznie wynika, że oferowane urządzenie spełnia wymagania SWZ. Przystępujący przypomniał, że z dokumentacji przetargowej, z żadnego jej zapisu, nie wynika, by wykonawca zobowiązany był w złożonej ofercie wskazać szczegółową specyfikację urządzenia, w tym w szczególności zamawiający nie żądał, by wykonawca wskazał w ofercie liczbę napędów LTO Ultrium-9 FC, w jakie wyposażona jest oferowana biblioteka.

Zamawiający wymagał jedynie by oferowana biblioteka wyposażona była w co najmniej jedną sztukę napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych, a Perceptron potwierdził w ofercie, że oferowane przez niego urządzenie ten warunek spełnia.

Konfiguracja oferowanej przez Perceptron w dniu 29 października 2023 roku biblioteki taśmowej Quantum Scalar i6000 zawiera dwa napędy taśmowe IBM LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB. Potwierdza to także oświadczenie producenta tego urządzenia przedłożone wraz z pismem Perceptron z dnia 14 listopada 2023 roku.

Oferowana przez Perceptron w dniu 29 października 2023 roku biblioteka taśmowa Quantum Scalar i6000 posiada także możliwość podziału biblioteki na dwie partycje logiczne. Podział biblioteki na partycje logiczne odbywa się dzięki zastosowaniu dwóch napędów taśmowych IBM LTO Ultrium-9 FC oraz specjalnej licencji umożliwiającej przeprowadzenie takiego podziału. Okoliczność tę potwierdza także oświadczenie producenta tego urządzenia przedłożone wraz z pismem Perceptron z dnia 14 listopada 2023 roku. Zamawiający nie wymagał żadnej minimalnej ilości partycji logicznych, na które biblioteka winna się dzielić, stąd też możliwość podziału na dwie partycje logiczne, jakie posiada oferowane urządzenie, spełnia wymagania zamawiającego.

Powyższe jednoznacznie przesądza, że oferowana przez Perceptron w dniu 29 października 2023 roku biblioteka taśmowa Quantum Scalar i6000 zgodna jest z warunkami zamówienia.

We wniesionym w dniu 4 grudnia 2023 roku odwołaniu T-Systems Polska Sp. z o.o. zarzuca, iż oferta Perceptron Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia i w związku z tym winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy. Odwołujący nie wskazał przy tym nawet w treści odwołania na czym owa niezgodność oferty z SWZ miałyby polegać. Z treści uzasadnienia odwołania można jedynie domyślać się, że rzekomo istniejąca niezgodność oferowanego przez Perceptron urządzenia – biblioteki taśmowej dotyczy Napędów LTO i/lub Partycji logicznych (Lp. 3 i/lub Lp. 10 Tabeli 2 załącznika nr 2 do SWZ – Oferowane parametry).

Odwołujący stoi na stanowisku, że w Tabelach stanowiących załącznik nr 2 do SWZ należało wskazać konkretne parametry. Odwołujący nie wskazuje jednak żadnej podstawy takiej interpretacji zapisów SWZ ani też fragmentu SWZ, z którego wynikałaby konieczność wskazania takich konkretnych parametrów. Odwołujący jest przy tym wysoce niekonsekwentny, gdyż w odniesieniu do szeregu innych parametrów opisanych w ofercie Perceptron (których przykłady przywołano powyżej) w analogiczny sposób (to jest przez posłużenie się sformułowaniami stosowanymi przez samego zamawiającego) odwołujący nie zgłasza żadnych zastrzeżeń. Co więcej, również w przygotowanym przez siebie załączniku nr 2 do SWZ w zakresie dostawy deduplikatora (Lp. 32 Tabeli 1 załącznika nr 2 do SWZ – Oferowane parametry w ofercie T-Systems Polska Sp. z o.o.) odwołujący nie „sprecyzował” czasu reakcji od zgłoszenia ale posłużył się stosowanym przez zamawiającego sformułowaniem „czasem reakcji nie dłuższym niż 4 godziny od zgłoszenia”. Perceptron uważa takie sformułowanie za w pełni prawidłowe, niemniej przywołuje je wyłącznie dla ukazania oczywistej

irracjonalności stosowanej przez odwołującego interpretacji dokumentacji przetargowej.

Reasumując, wbrew głośnym twierdzeniom odwołującego, z dokumentacji SWZ nie wynika w żadnym razie, by wykonawcy w załączniku nr 2 do SWZ zobowiązani byli do skonkretyzowania wszystkich parametrów oferowanych przez siebie urządzeń. Załącznik ten ma bowiem służyć wyłącznie ustaleniu przez zamawiającego czy oferowane urządzenie dany parametr spełnia czy też go nie spełnia.

Jak wskazano to już powyżej, oferowane przez Perceptron urządzenia spełniają wszystkie parametry wymagane przez zamawiającego, a zatem oferta Perceptron zgodna jest z warunkami zamówienia. Brak jest tym samym jakichkolwiek przesłanek do odrzucenia oferty Perceptron.

Ad. 2.

Brak podstaw do stwierdzenia nieuprawnionego w toku badania i oceny ofert dopuszczenia do negocjacji dotyczących złożonej oferty, a w konsekwencji złamania zasady niezmienności treści oferty.

Analiza dokumentacji postępowania jasno wskazuje, że nie ma mowy o jakimkolwiek „stanie niepewności” co do zakresu oferty Perceptron. W treści załącznika nr 2 do SWZ (w Lp. 10 Tabeli 2 załącznika nr 2 do SWZ – Oferowane parametry) wyraźnie wskazano, że „Oferowana biblioteka posiada możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.” Oczywistym jest zatem, że oferowane urządzenie zostało tak skonfigurowane, aby zapewniało możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne. W sytuacji tak kategorycznego stwierdzenia co do parametru urządzenia, zupełnie niezrozumiałe są sugestie odwołującego o „stanie niepewności”.

W treści załącznika nr 2 do SWZ (Lp. 3 Tabeli 2 załącznika nr 2 do SWZ – Oferowane parametry) Perceptron oświadczył, że biblioteka taśmowa będzie wyposażona w minimum jedną sztukę napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych. Warunek ten oferowane przez Perceptron urządzenie spełnia. W połączeniu z oświadczeniem umieszczonym w Lp. 10 Tabeli 2 załącznika nr 2 do SWZ – Oferowane parametry, z którego wprost wynika, że oferowana biblioteka posiada możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne oczywistym jest, że konfiguracja urządzenia przewiduje co najmniej dwa napędy LTO Ultrium-9 FC. W sytuacji gdy dla zamawiającego istotne jest otrzymanie biblioteki wyposażonej w co najmniej jeden napęd LTO Ultrium-9 FC, otrzymanie biblioteki wyposażonej w więcej niż jeden taki napęd nie może być postrzegane negatywnie.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności zupełnie nieuprawnione i wadliwe są twierdzenia odwołującego, jakoby informacja o liczbie napędów wynikała z rzekomych sugestii zamawiającego.

Zupełnie bezpodstawne są również sugestie o rzekomym negocjowaniu oferty przez Perceptron z zamawiającym. Odwołujący nie wskazuje nawet na czym miałyby te negocjacje polegać ani czego dotyczyć, a tym bardziej nie przedstawia w tej materii żadnych dowodów. W żadnym razie nie sposób uznać udzielenia przez Perceptron wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy za prowadzenie negocjacji.

Całkowicie nieuprawnione i fałszywe są twierdzenia odwołującego jakoby oferta Perceptron była kiedykolwiek zmieniana. Złożona przez Perceptron w dniu 29 października 2023 roku oferta nie była nigdy zmieniana. Odwołujący stawiając bezpodstawny zarzut zmiany przez Perceptron oferty nie wskazuje nawet z jakiej treści na jaką treść została zmieniona ta oferta. Przystępujący wskazał, że wyposażenie urządzenia w określony napęd stanowiło o spełnianiu przez urządzenie warunków zamówienia, bądź nie (w przypadku braku takiego napędu).

Zupełnie irrelevantna jest przy tym okoliczność wpływu ilości napędów zainstalowanych w urządzeniu na kalkulację cenową całego urządzenia, zwłaszcza, że oferta Perceptron została skonfigurowana oraz skalkulowana w sposób spełniający wszystkie wymagane przez zamawiającego parametry, w tym w szczególności co do Napędów LTO oraz Partycji logicznych (Lp. 3 oraz Lp. 10 Tabeli 2 załącznika nr 2 do SWZ – Oferowane parametry). Jeszcze bardziej zaskakujące i nieprofesjonalne jest przedkładanie wraz z odwołaniem uzyskanej przez odwołującego oferty „na napędy” jako samodzielny element zakupowy, w sytuacji gdy odwołujący sam oferuje tego rodzaju napędy w ramach biblioteki taśmowej, stąd doskonale zdaje sobie sprawę, że cena tego rodzaju elementu kupowanego w ramach całego zespołu – urządzenia (całej biblioteki) jest drastycznie różna niż przedkładane oferty przygotowywane na zamówienie odwołującego i to „ceny z cennika” – bez przeprowadzenia jakichkolwiek negocjacji.

Stawiany przez odwołującego zarzut jest tym samym całkowicie nieuzasadniony i bezpodstawny.

Ad. 3.

Brak podstaw do stwierdzenia, że oferta Perceptron została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Jak już wskazano powyżej oferta Perceptron jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia. Nie doszło do żadnych negocjacji oferty. Nie doszło też do zmiany treści oferty Perceptron. W celu rozwiania wątpliwości zamawiającego w zakresie spełnienia warunku posiadania możliwości podziału biblioteki na partycje logiczne, Perceptron wyjaśnił, że z uwagi na wyposażenie biblioteki w dwa napędy LTO Ultrium-9 FC oraz specjalną licencję oferowana biblioteka posiada możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne. Wyjaśnienia złożone były w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego,

wystosowane zgodnie z przepisami ustawy. Nie sposób dopatrzeć się w działaniach Perceptron jakichkolwiek elementów charakteryzujących czyny nieuczciwej konkurencji. Zarzuty odwołującego opierają się wyłącznie na bezzasadnych i gołostownych domysłach odwołującego, a nie dowodach. O bezzasadności przedmiotowego zarzutu świadczy również okoliczność, że odwołujący nie był nawet w stanie wskazać konkretnej normy prawnej, którą to rzekomo działania Perceptron miały naruszać i odwołał się wyłącznie do normy ogólnej – art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W tych okolicznościach wszystkie zarzuty odwołującego odnoszące się do oferty Perceptron oraz samego przystępującego są całkowicie pozbawione podstaw. Odwołanie winno zostać zatem oddalone w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, tj. SWZ wraz z załącznikami, oferty przystępującego wezwania do wyjaśnień z dnia 10 listopada 2023, udzielonych w dniu 14 listopada 2023 r. wyjaśnień, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

II opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa:

1.1 Część I Dostawa deduplikatora i biblioteki taśmowej

Przedmiotem zamówienia jest dostawa nowej, nieużywanej, sprawnej technicznie, wolnej od wad fizycznych i prawnych 1 sztuki deduplikatora i 1 sztuki biblioteki taśmowej FC wraz z wszelkimi wymaganymi cechami opisanymi w Załączniku Nr 1 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” do niniejszej Specyfikacji Warunków Zamówienia.

III Przedmiotowe środki dowodowe składane wraz z ofertą

Nie dotyczy

XIII Opis sposobu przygotowania oferty

9. Formularz ofertowy podpisuje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Rekomendowanym wariantem podpisu jest typ wewnętrzny. Podpis formularza ofertowego wariantem podpisu w typie zewnętrznym również jest możliwy, tylko w tym przypadku, powstały oddzielny plik podpisu dla tego formularza należy załączyć w polu „Załączniki i inne dokumenty przedstawione w ofercie przez Wykonawcę”.

8 Wykaz poszczególnych dokumentów i oświadczeń składanych wraz z ofertą, ich forma, sposób sporządzania i przekazywania zostały określone przez zamawiającego w rozdz. VIII SWZ.

9 Opatrzenie podpisem zaufanym dopuszczalne jest w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne.

10 Opatrzenie podpisem osobistym dopuszczalne jest w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne.

Pozostałe dokumenty wchodzące w skład oferty lub składane wraz z ofertą (obowiązkowo załącznik nr 2 – oferowane parametry), przedmiotowe środki dowodowe, które są zgodne z ustawą Pzp lub rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie wymagań dla dokumentów elektronicznych opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, mogą być, zgodnie z wyborem wykonawcy/wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia/podmiotu udostępniającego zasoby, opatrzone podpisem typu zewnętrznego lub wewnętrznego. W zależności od rodzaju podpisu i jego typu (zewnętrzny, wewnętrzny) w polu „Załączniki i inne dokumenty przedstawione w ofercie przez Wykonawcę” dodaje się uprzednio podpisane dokumenty wraz z wygenerowanym plikiem podpisu (typ zewnętrzny) lub dokument z wszytym podpisem (typ wewnętrzny).

W przypadku przekazywania dokumentu elektronicznego w formacie poddającym dane kompresji, opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dokumenty kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, jest równoznaczne z opatrzeniem wszystkich dokumentów zawartych w tym pliku odpowiednio kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Załącznik Nr 1 do SWZ

Opis Przedmiotu Zamówienia

Przedmiotem zamówienia jest zakup wraz z dostawą dla Dolnośląskiego, Opolskiego i Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia fabrycznie nowych, nieużywanych, sprawnych technicznie, wolnych od wad fizycznych i prawnych 1 szt. biblioteki taśmowej FC, 2 szt. macierzy dyskowych i 1 szt. deduplikatora, wraz z wszelkimi wymaganymi cechami opisanymi poniżej:

Pozycja 2. Dostawa biblioteki taśmowej

1. Ilość: 1 szt.

2. Wymagane parametry.

Tabela 2. Specyfikacja wymagań minimalnych.

2 Napędy LTO Biblioteka taśmowa musi być wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co

najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych.

9 Partycje logiczne Oferowana biblioteka musi posiadać możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.

Oferta Percepton

Załącznik Nr 2 do SWZ

Oferowane parametry (załączyć należy do OFERTY)

2 Pozycja 2. Dostawa biblioteki taśmowej.

Lp. Element konfiguracji Szczegółowy opis wymagań Oferta

1 Producent / Model / Kod producenta: Quantum/Quantum Scalar i6000/LSC6K-BL00-001C

Producent / Model / Kod producenta: Quantum/ Quantum Scalar i6000/ LSC6K-BL00-001C w

ukompletowaniu zgodnym ze „Szczegółowym opisem wymagań” (załącznik Nr 2 do SWZ)

3 Napędy LTO Wymóg: Biblioteka taśmowa musi być wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych. Oświadczenie wykonawcy: Biblioteka taśmowa będzie wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych.

10 Partycje logiczne

Oferowana biblioteka musi posiadać możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.

Oferowana biblioteka posiada możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.

W dniu 10 listopada 2023 r. zamawiający po zapoznaniu się z treścią oferty wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Dotyczy Załącznika nr 1 do SWZ, pozycja 1, wiersz 2 tabeli (wiersz 3 w tabeli oferowane parametry) zamawiający wymaga:

„Biblioteka taśmowa musi być wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych.”

Wykonawca w załączniku 2 do SWZ „Oferowane parametry” zapisał:

„Biblioteka taśmowa będzie wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych.”

W Załączniku nr 1 do SWZ, pozycja 2, wiersz 9 tabeli (wiersz 10 w tabeli oferowane parametry) Zamawiający wymaga:

„Oferowana biblioteka musi posiadać możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.”

Wykonawca w załączniku nr 2 do SWZ „Oferowane parametry” Część I pozycja 2 wiersz 10 zapisał:

„Oferowana biblioteka posiada możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.”

W instrukcji użytkownika Biblioteki Taśmowej Scalar i6000 producent zapisał że standardowa partycja musi składać się przynajmniej z jednego napędu i jednego magazynu taśm, oraz że napędy ani magazyny nie mogą być współdzielone przez różne partycje, z czego wynika że aby biblioteka mogła zaoferować partycjonowanie musi mieć przynajmniej 2 napędy i 2 magazyny taśm.

Zamawiający wzywa do podania konkretnej liczby napędów LTO Ultrium-9 FC oferowanych przez Wykonawcę, oraz podania informacji jak w oferowanej konfiguracji sprzętowej biblioteki będzie zapewniona możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.

Dotyczy Załącznika nr 1 do SWZ, pozycja 2, wiersz 4 tabeli (wiersz 5 w tabeli oferowane parametry) Zamawiający wymaga:

„Biblioteka taśmowa musi być wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych.”

Wykonawca w załączniku 2 do SWZ „Oferowane parametry” zapisał:

„Biblioteka taśmowa będzie wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych.”

Zamawiający nie znalazł w dostępnej na stronie www producenta dokumentacji potwierdzenia wyposażenia napędu taśmy w mechanizm dostosowujący automatycznie prędkość przesuwu taśmy magnetycznej do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu w zakresie co najmniej 5—400 MB/s, dlatego wzywa wykonawcę do potwierdzenie spełnienia tego wymogu przez urządzenie Quantum Scalar i6000.

W dniu 14 listopada 2023 r. przystępujący wyjaśnił: Odnosząc się do wymagania dla biblioteki taśmowej: „Biblioteka taśmowa musi być wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych” oraz treści wezwania wskazuję, że oferta z dnia 29 października 2023 roku obejmuje bibliotekę taśmową Quantum Scalar i6000 zawierającą dwa napędy taśmowe IBM LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB.

Odnosząc się do wymagania dla biblioteki taśmowej: „Oferowana biblioteka musi posiadać możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne” oraz treści wezwania wskazuję, że oferowana biblioteka taśmowa Quantum Scalar i6000 posiada możliwość podziału biblioteki na dwie partycje logiczne. Podział biblioteki na partycje logiczne odbywa się dzięki zastosowaniu dwóch napędów taśmowych IBM LTO Ultrium-9 FC oraz specjalnej licencji umożliwiającej przeprowadzenie takiego podziału.

Zamawiający nie wymagał żadnej minimalnej ilości partycji logicznych, na które biblioteka winna się dzielić, stąd też możliwość podziału na dwie partycje logiczne, jakie posiada oferowane urządzenie, spełnia wymagania Zamawiającego.

Odnosząc się do wymagania dla biblioteki taśmowej: „Biblioteka taśmowa musi być wyposażona w minimum 1 szt. napędu LTO Ultrium-9 FC o wydajności co najmniej 400MB/s oraz pojemności pojedynczej taśmy co najmniej 18TB – parametry podane bez kompresji danych” oraz treści wezwania odnoszącego się do wyposażenia napędu taśmy w mechanizm dostosowujący automatycznie prędkość przesuwu taśmy magnetycznej do wartości strumienia danych wskazuję, że oferowane w ramach biblioteki taśmowej Quantum Scalar i6000 napędy LTO Ultrium-9 FC są dla wszystkich bibliotek taśmowych na rynku produkowane wyłącznie przez firmę IBM i wszystkie one są wyposażone w mechanizm dostosowujący automatycznie prędkość przesuwu taśmy magnetycznej do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu w zakresie wartości do 408 MB/s.

W załączeniu przesyłam również oświadczenie producenta biblioteki taśmowej, potwierdzające wszystkie wyżej wymienione dane, w tym konfigurację sprzętu przyjętą w ofercie.

Oświadczenie producenta z 13 listopada 2023 r.

W imieniu Quantum Corporation, z siedzibą na Rue du Débarcadère, Suite 53, 54, 47, 49, 92700 Colombes, Francja, i w związku ze złożoną przez naszego autoryzowanego partnera firmę Perceptron Sp. z o.o. przy ul. Królewskiej 65A/1 w Krakowie ofertą w procedurze zakupowej prowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania „Urządzenia do przechowywania danych – Część I Dostawa deduplikatora i biblioteki taśmowej” znak sprawy: NFZ01-WAG.251.13.2023, na prośbę naszego partnera informujemy, że:

Konfiguracja zaoferowanej przez Perceptron w niniejszym postępowaniu biblioteki taśmowej Quantum i6000 zawiera dwa napędy taśmowe IBM LTO Ultrium-9 FC oraz licencję umożliwiającą podział biblioteki na partycje logiczne, w związku z tym w oferowanej w tym postępowaniu konfiguracji sprzętowej biblioteki Quantum Scalar i6000 będzie zapewniona możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne.

Dodatkowo informujemy, że obecnie napędy LTO Ultrium-9 FC dla wszystkich bibliotek taśmowych na rynku są produkowane wyłącznie przez firmę IBM. Napędy LTO Ultrium-9 FC zamontowane w oferowanej bibliotece taśmowej Quantum Scalar i6000 są wyposażone w mechanizm dostosowujący automatycznie prędkość przesuwu taśmy magnetycznej do wartości strumienia danych przekazywanego do napędu w zakresie wartości do 408 MB/s, a pojemność pojedynczej taśmy wynosi co najmniej 18 TB.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła Perceptron w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia okoliczności, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy przez nieodrzućenie oferty wykonawcy Perceptron pomimo, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wymagania zamawiającego kształtują obowiązki wykonawcy. Rację zatem należy przyznać zamawiającemu i przystępującemu, że zamawiający nie określił żadnych wymagań dotyczących sposobu wypełnienia załącznika nr 2 – oferowane parametry. Nie jest to przedmiotowy środek dowodowy, bo takich dowodów zamawiający nie wymagał, jednocześnie w kilku miejscach zamawiający mimo braku przedmiotowych środków dowodowych do nie się odwołuje jak w rozdziale dotyczącym podmiotowych środków dowodowych w punkcie poświęconym innym dowodom i dokumentom, czy określając wymagania formalne składanych dokumentów, tam również pojawiają się przedmiotowe środki dowodowe, to oznacza, że SWZ nie był tworzony na potrzeby tego postępowania, ale stosowany w szeregu postępowań i dostosowywany jedynie w części do konkretnego postępowania. Zamawiający poza sporządzeniem osobnej rubryki pod nazwą oferta w załączniku nr 2 i wskazaniem, że złożenie tego dokumentu jest obowiązkowe żadnych innych wymagań związanych z jego wypełnieniem nie postawił. Miały w nim zostać podane informacje wymagane przez zamawiającego, natomiast dobór sposobu ich podania nie został przez zamawiającego narzucony. Tym samym na obecnym etapie postępowania nie można w ocenie Izby skutecznie zarzucić przystępującemu, że wypełniając załącznik nr 2 przez potwierdzenie spełniania wymagań minimalnych, naruszył on postanowienia SWZ. Przystępujący skorzystał ze swobody wypełnienia formularza, jaka stworzył mu zamawiający. Rzeczywiście brak określenia wymagań zamawiającego co do sposobu wypełnienia formularza w załączniku nr 2 w tej konkretnej sprawie doprowadził do sytuacji, w której zamawiający nie uzyskał w treści oferty informacji o konkretnej

liczbie napędów. Jednak informacja, którą uzyskał spełniała minimalne wymagania zamawiającego, tym samym nie można było stwierdzić, że przystępujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia. To, że zamawiający powziął wątpliwość, co do potrzebnej dla zapewnienia partycjonowania ilości napędów, nie było wynikiem niezgodności oferty przystępującego z warunkami zamówienia, ale z brakiem ścisłego określenia tych warunków, co do sposobu wypełnienia formularza, tym samym nie może być w ocenie Izby uznane za podstawę do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w odniesieniu do oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy przez nieuprawnione w toku badania i oceny ofert dopuszczenie do negocjacji dotyczących złożonej oferty, a w konsekwencji złamanie zasady niezmienności treści oferty Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Sam odwołujący wskazywał, że istniały wątpliwości, co do ilości zaoferowanych napędów w ofercie przystępującego, których to wątpliwości nie można było usunąć inaczej jak w drodze udzielenia wyjaśnień. Odwołujący zatem nie kwestionuje samego skierowania wezwania, ale sposób jego zadania, w ocenie odwołującego sugerujący poprawną odpowiedź. Jednocześnie odwołujący sam uważa, że ilość napędów była zależna od spełnienia wymagania dotyczącego partycjonowania. Zatem zamawiający nie mógł poprzestać na wezwaniu do wyjaśnienia pozycji 3 załącznika 2 bez wskazania, że chodzi mu w rzeczywistości nie tyle o ilość napędów, ale jak przystępujący zamierza osiągnąć potwierdzony przez niego wymóg nr 10 załącznika 2 czyli podział na partycje logiczne. W ocenie Izby zatem gdyby każdą z pozycji 3 i 10 rozpatrywać oddzielnie to obie nie budziły wątpliwości co do potwierdzenia ich spełnienia. Natomiast dopiero w zastawieniu ich obu łącznie mogło się okazać, że minimalnie oferowany jeden napęd nie zapewni partycjonowania. Tym samym w ocenie Izby zamawiający powinien wskazać na te dwa wymagania łącznie i wyjaśnić skąd się biorą jego wątpliwości. W ocenie Izby tak skierowane wezwanie mimo, że wskazywało pośrednio na ilość napędów w ocenie zamawiającego poprawną, nie stanowiło niedozwolonych negocjacji. Skonkretyzowanie wyjaśnień pozwoliło jak słusznie zauważył zamawiający, aby przystępujący udzielił konkretnej odpowiedzi. Co więcej ta konkretna odpowiedź nie tworzyła zdaniem Izby nowej treści w ofercie, gdyż w pojęciu posiada minimum 1 napęd mieściło się posiadanie jednego, dwóch, trzech itd. Napędów. Tym samym potwierdzenie, że będą to dwa napędy nie wytwarzało nowej treści SWZ, ale precyzowało pierwotną treść. Izba zauważyła, że przystępujący w wyjaśnieniach nie poprzestał wyłącznie na podaniu ilości oferowanych napędów, ale również wyjaśnił jak osiągnie partycjonowanie, oraz wskazał na element, o który nie pytał zamawiający, a który także oferuje jako niezbędny dla partycjonowania – to jest na licencję. Zatem nie była to odpowiedź sugerowana przez zamawiającego, ale odniesienie się do wezwania zamawiającego zobowiązującego do podania informacji jak w oferowanej konfiguracji sprzętowej biblioteki będzie zapewniona możliwość podziału biblioteki na partycje logiczne. W ocenie Izby zatem nie doszło do niedozwolonych negocjacji treści oferty, a jedynie wyjaśnienia niejednoznacznej treści oferty. Z tego względu zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy w związku z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez nieodrżucenie oferty wykonawcy Perceptron pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie został w ocenie Izby udowodniony. Odwołujący nie wskazał, ani na źródło prawa, z którym zachowanie przystępującego byłoby sprzeczne, ani nie wskazał na istnienie obyczaju podawania konfigurowanych parametrów z określoną dokładnością w zakresie sprzętu IT, z którym działanie przystępującego byłoby sprzeczne i stanowiło przejaw naruszenia uczciwości kupieckiej. Odwołujący wskazywał na obawę, że na etapie realizacji umowy przystępujący zaoferowałby urządzenie z jednym napędem, jako element zagrożenia dla klienta czyli zamawiającego. Jednak w ocenie Izby nie dostrzegł, że zamawiający zamierza dokonać odbioru pod względem ilościowym i jakościowym, zatem przed odbiorem zamawiający przeprowadza zbadanie przedmiotu zamówienia pod kątem wymaganych funkcjonalności i w przypadku gdyby przystępujący dostarczył urządzenie z jednym napędem, a zamawiający dokonał testu podziału na partycje logiczne, to odmówiłby podpisania protokołu odbioru. Tym samym zamawiający zabezpieczył się przed dostrzeganym przez odwołującego niebezpieczeństwem, z tego względu nie można było uznać, że potwierdzenie wyłącznie spełnienia wymogu minimalnego zagrażało interesowi zamawiającego. Co więcej zamawiający usunął to zagrożenie w trakcie badania ofert usuwając niejednoznaczność oferty przystępującego i precyzując oświadczenie przystępującego, że w jego przypadku minimum 1 oznacza konkretnie 2. W tej sytuacji Izba nie dopatryła się zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie przystępującego. Z tego względu zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczanego wpisu odwołującego. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie wydatków pełnomocnika na podstawie norm przepisanych, gdyż zgodnie z par. 5 ust. 2 cyt. Rozporządzenia Izba zalicza do kosztów postępowania uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie

rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy. Pełnomocnik zamawiającego do zamknięcia rozprawy takiego rachunku lub spisu kosztów nie złożył, stąd Izba nie mogła ustalić zasadności kosztu jak i określić jego wysokości, kwota wynikająca z rozporządzenia par. 5 ust. 2 lit. b jest wartością maksymalną, a wobec braku rachunku lub spisu kosztów nie ma pewności, że zamawiający w takiej właśnie wysokości te koszty poniósł.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....