

Sygn. akt: KIO 2812/13

**WYROK**

**z dnia 20 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zbojnogórska 36A, 04-802 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Okrzei 1A, 03-715 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2812/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty wykonawcy AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

**2.kosztami postępowania obciąża Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zbojnogórska 36A, 04-802 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Okrzei 1A, 03-715 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa** na rzecz **AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zbojnogórska 36A, 04-802 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Okrzei 1A, 03-715 Warszawa)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę 2 szt. macierzy dyskowych klasy enterprises w centralnych serwerowniach ARiMR wraz z 3 letnią usługą serwisową sprzętu i usługą opieki serwisowej oprogramowania”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 września 2013 r., nr 2013/S 187-322355.

W dniu 27 listopada 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in., iż zgodnie ze złożoną ofertą oraz wyjaśnieniami odwołującego złożonymi w dniu 25 listopada 2013 r. wykonawca ten zaoferował jednostkę pamięci masowej HP 3PAR 7400 4 Node Storage Base. Zaproponowane rozwiązanie jest niezgodne z zapisami SIWZ, gdyż rozwiązanie to jest rozwiązaniem, które według matrycy współpracy producenta posiadanego przez zamawiającego rozwiązani firmy EMC, jest urządzeniem niekompatybilnym z istniejącym rozwiązaniem jakie posiada zamawiający, tj. macierzy dyskowych VMAX20K. Rozwiązanie to nie spełnia także wymagania przedstawionego w rozdziale I pkt 2, ppkt 3) SIWZ, tj. spełnienia wymagań nie mniejszych niż wynikające z tabeli w rozdziale I, pkt 2, ppkt 2) SIWZ poprzez pogorszenie wydajności obecnego rozwiązania oraz braku możliwości montażu urządzenia HP 3PAR 7400 4 Node Storage Base w macierzy dyskowej VMAX20K bez naruszenia warunków gwarancyjnych producenta macierzy VMAX20K.

W dniu 6 grudnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 6 grudnia 2013 r.) od:

1. czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu oceny ofert
2. czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego
3. czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ADT Grup Sp. z o.o.
4. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego
5. zaniechaniu wskazania uzasadnienia poprzez podanie przyczyn faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego

zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3, art.

87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu:
  - 1) unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez ADT Grup Sp. z o.o.
  - 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
  - 3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu
  - 4) uznania, że oferta odwołującego spełnia wymogi SIWZ
  - 5) dokonania ponownego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in., iż: zamawiający w niniejszym postępowaniu dopuścił rozwiązania równoważne (Rozdział I SIWZ pkt 2 ppkt 3). Poza dopuszczeniem rozwiązania równoważnego, zamawiający w SIWZ nie określił kryteriów lub wytycznych dotyczących zaoferowanego równoważnego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący korzystając z uprawnienia do zaoferowania równoważnego przedmiotu zaoferował urządzenie HP 3PAR StoreServ 7400 4-N Storage Base.

Zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, nie podał precyzyjnego wskazania podstaw, dla której zaoferowane przez odwołującego rozwiązanie jest rozwiązaniem niekompatybilnym. Nadto wskazał, iż nie sposób uznać, iż pismo z dnia 27 listopada 2013 r. stanowi uzasadnienie faktyczne i prawne wskazujące na przyczyny odrzucenia. Tym samym zamawiający naruszył art. 92 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak precyzyjnego wskazania podstawy, dla której zaoferowane przez odwołującego rozwiązanie jest rozwiązaniem niekompatybilnym. Zamawiający w piśmie tym nie wskazał także na podstawie jakiego dokumentu dokonał oceny zaoferowanego przez odwołującego rozwiązania i na jakiej podstawie wywnioskował, iż zaoferowane rozwiązanie jest niekompatybilne i narusza warunki gwarancji posiadanego urządzenia. Zamawiający nie przedłożył wykonawcy żadnego dokumentu producenta wskazującego na brak kompatybilności zaoferowanego rozwiązania. Jeżeli istnieje lista produktów kompatybilnych to zamawiający winien ją zgodnie z art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp opisać lub udostępnić wykonawcom. Niedopuszczalna jest zmiana opisu przedmiotu zamówienia poprzez dookreślenie dodatkowych dokumentów, na podstawie których dokonywana jest ocena ofert na tym etapie postępowania.

Nadto dodał, iż oferując rozwiązanie równoważne nie naruszył w żadnym zakresie warunków gwarancji rozwiązania EMC posiadanego przez zamawiającego. Zaoferował bowiem rozwiązanie równoważne wraz z kompletem licencji, w skład którego wchodzi również licencje producenta EMC zapewniające pełną kompatybilność zaoferowanego

rozwiązania z urządzeniami posiadanymi przez zamawiającego oraz brak utraty gwarancji posiadanych przez zamawiającego urządzeń. Zaoferowany przez wykonawcę komplet licencji w pełni zaspokaja potrzeby zamawiającego oraz zapobiega naruszeniu warunków gwarancji EMC. Wykorzystanie zaoferowanych przez wykonawcę licencji EMC gwarantuje także, że rozbudowana o 110TB względem stanu pierwotnego dla każdej macierzy pojemność będzie widoczna i możliwa do wykorzystania i zarządzania dla administratora zasobów macierzy. Reasumując podniósł, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie spełnia warunki równoważności i jest kompatybilne z posiadanym przez zamawiającego rozwiązaniem EMC.

Odnośnie braku spełnienia wymogu określonego w rozdziale I pkt 2 ppkt 2 SIWZ podał m.in., iż żadne z postanowień SIWZ nie stanowi warunku określającego wydajność urządzenia posiadanego przez zamawiającego. Zamawiający nie określił warunku w zakresie wydajności urządzenia, nie został również określony warunek o braku zmniejszenia wydajności posiadanego przez zamawiającego rozwiązania w przypadku zaoferowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych do określonych w wykazie SIWZ. Odwołujący, oferując rozwiązanie równoważne zwiększa wydajność rozbudowanego w ten sposób rozwiązania posiadanego przez zamawiającego. Rozbudowa macierzy dyskowej o nowe dyski twarde prowadzi nie tylko do rozbudowy pojemności rozwiązania, ale także do poprawy jego wydajności, gdyż każdy dodatkowy nowy dysk dodaje swoją wydajność w odczycie i zapisie danych do wydajności rozbudowanego rozwiązania. Wobec czego nie sposób na etapie oceny ofert dookreślać kryteria lub sposób weryfikacji równoważnie zaoferowanego rozwiązania przez jakiegokolwiek wykonawcę.

W dniu 9 grudnia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (wykonawca ADT Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawca ADT”, otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 10 grudnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ADT przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 18 grudnia 2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzuty dotyczące nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) potwierdziły się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale I SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 2, ppkt 1) podał, iż przedmiotem zamówienia jest rozbudowa pojemności dwóch sztuk obecnie użytkowanych macierzy dyskowych EMC VMAX 20K o 110 TiB każda, w zakresie obejmującym dostarczenie, zainstalowanie macierzy dyskowych wraz z Oprogramowaniem a także świadczenie usługi serwisowej i opieki serwisowej na okres 36 miesięcy od dnia podpisania przez Zamawiającego bez zastrzeżeń Protokołu Odbioru Końcowego (...). Jednocześnie w ppkt 2) podał wykaz niezbędnych elementów wymaganych do rozbudowy macierzy, w ppkt 3) dodając, iż „zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne pod warunkiem spełnienia wymagań nie mniejszych niż wynikające z powyższej tabeli, pełnej współpracy oraz kompatybilności z posiadanymi macierzami EMC VMAX20K, jak również nie naruszające warunków gwarancji producenta, tj. firmy EMC”.

Odwołujący zaoferował „Producent Hewlett – Pacard Model Sprzętu HP 3PAR 7400” (str. 1 oferty odwołującego).

Zamawiający, pismem z dnia 21 listopada 2013 r., zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień treści oferty w zakresie o którym mowa w rozdziale I, pkt 2, ppkt 2 tabeli (poz. 1 i 25; 2 i 26; 3 i 27; 4 i 28; 5 i 29; 6 i 30; 7 i 31; 8 i 32; 9 i 33; 10 i 34; 11 i 36; 12 i 37; 13 i 38; 14 i 39; 15 i 40; 16 i 41; 17 i 42; 18 i 43; 19 i 35; 20 i 44; 21 i 45; 22 i 46 oraz 23 i 24), a mianowicie „w jaki sposób oraz za pomocą jakich produktów – sprzętu/oprogramowania – zostanie zachowana równoważność zaproponowanego rozwiązania?”.

Odwołujący oświadczył, w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 25 listopada 2013 r., iż „zaoferowany przez niego przedmiot to jest sprzęt producenta Hewlett – Pacard, HP 3PAR 7400 spełnia (...) wszystkie parametry i wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ”, szczegółowo odnosząc się do pytań zamawiającego.

W dniu 27 listopada 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

ponieważ treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, tj. z uwagi na to, że zaproponowane przez niego rozwiązanie równoważne jest niezgodne z zapisami SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający, dopuszczając rozwiązanie równoważne, wskazał iż zaoferowanie takiego rozwiązania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest możliwe pod warunkiem spełnienia przez oferowane rozwiązanie równoważne wymagań nie mniejszych niż wynikające z tabeli (pkt 2, ppkt 2, rozdział I SIWZ), pełnej współpracy oraz kompatybilności z posiadanymi macierzami EMC VMAX20K, jak również nie naruszające warunków gwarancji producenta, tj. firmy EMC. Tym samym podał, iż dokonując następnie oceny, czy zaoferowane rozwiązanie jest rzeczywiście równoważne będzie kierował się wyspecyfikowanymi w tabeli wymaganiami w stosunku do macierzy dyskowych, tj. tym czy oferowane produkty spełniają wymagania wskazane w tabeli, a więc są nie mniejsze niż te z tabeli. A ponadto tym czy zaoferowane rozwiązanie równoważne zapewnia jego pełną współpracę i kompatybilność z macierzami posiadanymi już przez zamawiającego i zaoferowanie rozwiązania równoważnego nie narusza warunków gwarancji ich producenta. Niemniej jednak nie podał sposobu dokonania takiej oceny.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający, poza odwołaniem się do tabeli, nie określił także dodatkowych wymogów, na podstawie których zamierzał oceniać równoważność i na podstawie których – jak sam przyznał - faktycznie ją oceniał. Jak bowiem podniósł w złożonym piśmie procesowym, jak i w trakcie rozprawy, wykonawca oferując rozwiązanie równoważne (jednostkę pamięci masowej), powinien był zaoferować takie rozwiązanie równoważne, które za takie zostało uznane według matrycy współpracy producenta (Tabele Kompatybilności EMC; wrzesień 2013) posiadanego obecnie przez zamawiającego rozwiązania, a więc firmy EMC. Nie podał przy tym nigdzie w SIWZ, iż badania równoważności oferowanego rozwiązania będzie dokonywał w oparciu o dane zawarte w Tabeli Kompatybilności EMC bądź też oświadczenie producenta posiadanych przez niego macierzy dyskowych, w tym nie zamieścił w SIWZ żadnych szczegółowych wymagań świadczących o równoważności zaoferowanego rozwiązania. To fakt umieszczenia oferowanej macierzy dyskowej na liście kwalifikowanych zewnętrznych macierzy tabeli firmy EMC decydował czy zaoferowane rozwiązanie równoważne zostanie uznane za zapewniające pełną współpracę i kompatybilność, czy też nie. Tymczasem, jak wynika z treści informacji zawartych na stronie 1 (Publikacji firmy EMC), na co słusznie zwrócił uwagę odwołujący, firma EMC oświadcza, że „(...) nie składa żadnych deklaracji i nie udziela żadnych gwarancji dotyczących informacji zamieszczonych w tej publikacji, a w szczególności nie udziela dorozumianych gwarancji dotyczących przydatności handlowej lub przydatności do określonego celu”. Tak więc opieranie się jedynie na tych informacjach, zawierających określone zastrzeżenia producenta i pochodzących zapewne z jego stron

internetowych, nie może stanowić podstawy do oceny równoważności zaoferowanego rozwiązania. Miarodajnym nie będą tu także oświadczenia składane w tym zakresie przez firmę EMC, zresztą nieopatrzone datą ich wystawienia, które w toku postępowania zostały złożone przez zamawiającego. Zawierają one bowiem odwołanie do Tabeli Kompatybilności tego konkretnego producenta, a więc tabeli, do której to nie było odniesienia w treści SIWZ, a ponadto pochodzą od podmiotu trzeciego, który teoretycznie może być w jakimś stopniu zainteresowanym dostawą właśnie jego produktów.

Odwołujący przyznał, co jest bezsporne, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie nie zostało przetestowane przez firmę EMC, a tym samym nie zostało wyspecyfikowane w tej tabeli. Niemniej jednak stwierdził także, że zaoferowane przez niego rozwiązanie równoważne, mimo iż nie zostało przetestowane przez tę firmę (firmę EMC), spełnia wymogi określone w tabeli rozdziału I SIWZ, a informacje potwierdzające tę okoliczność zostały przez niego zawarte w szczegółowych wyjaśnieniach z dnia 27 listopada 2013 r., do których to zamawiający, zarzucając oferowanemu przez odwołującego rozwiązaniu właśnie brak kompatybilności w ogóle się nie odniósł, łącząc ją konsekwentnie z faktem umieszczenia macierzy w Tabeli prowadzonej przez firmę EMC.

Nie znajdują także uzasadnienia argumenty zamawiającego odnoszące się do nazwy tego zamówienia i sposobu w jaki wykonawcy winni osiągnąć cel tego zamówienia, a więc rozbudowę pojemności istniejących już macierzy dyskowych. Wbrew twierdzeniom zamawiającego zarówno z nazwy tego postępowania, jak i z treści opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, że zamawiający wymagał aby rozbudowa pojemności polegała tylko i wyłącznie na rozbudowie istniejących już macierzy dyskowych z wyłączeniem możliwości wykorzystania w tym celu zewnętrznych macierzy dyskowych. Zaoferowane przez odwołującego rozwiązanie równoważne oparte jest bowiem na zewnętrznych macierzach dyskowych, integrowane przez oprogramowanie FTS, które to oprogramowanie – jak podniósł odwołujący - jest zaprojektowane aby umożliwić bezproblemową integrację pomiędzy różnymi macierzami dyskowymi innych firm i rodziny macierzy VMAX poprzez konsolidację widoków macierzy i zmniejszenie liczby fizycznych połączeń z serwerów do pamięci masowej. A ponieważ takiej możliwości (oferowania dodatkowych zewnętrznych macierzy dyskowych) zamawiający nie wyłączył odwołujący mógł takie rozwiązanie zaoferować.

Odnosząc się do zarzutu braku możliwości montażu zaoferowanego rozwiązania w macierzy dyskowej zamawiającego bez naruszenia warunków gwarancyjnych producenta tych macierzy stwierdzić należy, iż zamawiający nie podał w jaki sposób będzie dokonywał oceny zachowania warunków gwarancyjnych producenta posiadanych przez niego macierzy dyskowych, w tym także w przypadku zaoferowania rozwiązania równoważnego, które – jak wskazał to odwołujący – może opierać się także na rozbudowie w oparciu o urządzenia



zewewnętrzne. Nie wskazał również w treści SIWZ, a tym bardziej w treści formularza oferty obowiązku wyspecyfikowania oferowanych przez wykonawcę licencji. Zamawiający nie może więc, na tym etapie postępowania, czynić odwołującemu zarzutu, że w treści formularza oferty, sporządzonego zresztą zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, licencji tych nie wymieniono, a co miałyby świadczyć o tym, że w istocie nie zostały one zaoferowane. Nie może również zakładać wobec tak ubogiej, w zakresie dotyczącym oczywiście oceny równoważności oferowanego rozwiązania, treści SIWZ, iż warunki gwarancyjne nie zostaną zachowane. Dowodu zaoferowania licencji nie może stanowić korespondencja e-mailowa prowadzona przez firmę Atos z firmą EMC, gdyż nie dotyczy odwołującego. Tym niemniej przedstawienie takiego dowodu (dokumentu posiadania licencji firmy EMC czy też dokumentu potwierdzającego fakt ich nienaruszenia) nie było przez zamawiającego wymagane.

Odnosząc się do zarzutu pogorszenia wydajności obecnego rozwiązania na skutek zaoferowania przez odwołującego rozwiązania równoważnego, tj. macierzy HP 3PAR StoreServ 7400 stwierdzić należy, iż i w tym przypadku zamawiający nie określił w jaki sposób będzie oceniał wydajność macierzy dyskowych po ich rozbudowie. Jak podniósł na rozprawie zwiększenia wydajności oczekiwał przez zwiększenie liczby dysków i innych elementów macierzy. Nie podał jednak w SIWZ w jaki sposób spełnienie tego wymogu - wydajności zostanie zbadane. Nie pytał także i nie ustalał, mimo iż szereg pytań skierował do odwołującego, jaka wydajność macierzy zostanie osiągnięta na skutek zainstalowania przez niego rozwiązania równoważnego. Zamawiający podniósł także, iż przedmiotem zamówienia jest rozbudowa pojemności macierzy dyskowych o 110 TiB (tebibajtów), której to wydajności nie osiągnie rozwiązanie zaoferowane przez odwołującego, gdyż odwołujący odwołuje się do innych jednostek pamięci, tj. terabajtów (TB) - jednostek nieznacznie mniejszych od tebibajtów (TiB). Niemniej jednak odwołujący wskazał na rozprawie, iż zaoferował urządzenie o pojemności 166 terabajtów (TB), a powyższe wynika z treści udzielonych przez niego wyjaśnień (ad.): 3 i 4 oraz 8 i 9). Spełnia więc wymóg dotyczący wydajności, która po przeliczeniu (dane z punktu 3 i 4 należy bowiem zsumować, otrzymując w ten sposób łączną pojemność całej macierzy) przekroczy wskazaną w SIWZ wielkość, tj. 110 tebibajtów (TiB).

Reasumując Izba uznała, biorąc pod uwagę sposób sformułowania przez zamawiającego wymagań oraz stanowisko przedstawione na rozprawie, że brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na brak równoważności zaoferowanego rozwiązania.

**Zarzut dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.**

Zamawiający w dniu 27 listopada 2013 r. (pismem z tej samej daty) poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in., iż zgodnie ze złożoną ofertą oraz wyjaśnieniami odwołującego złożonymi w dniu 25 listopada 2013 r. wykonawca ten zaoferował jednostkę pamięci masowej HP 3PAR 7400 4 Node Storage Base. Zaproponowane rozwiązanie jest niezgodne z zapisami SIWZ, gdyż rozwiązanie to jest rozwiązaniem, które według matrycy współpracy producenta posiadanego przez zamawiającego rozwiązani firmy EMC, jest urządzeniem niekompatybilnym z istniejącym rozwiązaniem jakie posiada zamawiający, tj. macierzy dyskowych VMAX20K. Rozwiązanie to nie spełnia także wymagania przedstawionego w rozdziale I, pkt 2, ppkt 3) SIWZ, tj. spełnienia wymagań nie mniejszych niż wynikające z tabeli w rozdziale I, pkt 2, ppkt 2) SIWZ poprzez pogorszenie wydajności obecnego rozwiązania oraz braku możliwości montażu urządzenia HP 3PAR 7400 4 Node Storage Base w macierzy dyskowej VMAX20K bez naruszenia warunków gwarancyjnych producenta macierzy VMAX20K.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający wadliwie dokonał czynności poinformowania odwołującego o przyczynach odrzucenia jego oferty. Podanie przez zamawiającego jedynie podstawy prawnej oraz ogólne sformułowanie zarzucanych niezgodności przez odwołanie się do postanowień rozdziału I SIWZ, pkt 2, ppkt 3) i odwołanie do zawartej tam tabeli (rozdział I, pkt 2, ppk 2) zawierającej szereg wymaganych przez zamawiającego parametrów w odniesieniu do posiadanych obecnie przez niego macierzy nie stanowi, w okolicznościach niniejszej sprawy, realizacji dyspozycji art. 92 ust. 1 ustawy Pzp nakazującego podanie uzasadnienia faktycznego podejmowanych czynności. Stwierdzenie o niespełnieniu określonych wymagań (kompatybilności i wydajności) jest zbyt ogólne i nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne realizujące cel tego przepisu. To na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn odrzucenia jego oferty. Wykonawca nie powinien bowiem domyślać się, w czym zamawiający upatruje niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ (z którym jej postanowieniem). Przeszkodą dla podania takich informacji nie jest ich zastrzeżenie przez wykonawcę jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W takim bowiem przypadku tak uszczegółowioną informację otrzymałby tylko wykonawca, którego ona dotyczy, w tym przypadku odwołujący. Dlatego też stwierdzić należy, iż zarzut ten potwierdził się

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz stanowisko w sprawie złożone przez zamawiającego, jak i dokumenty złożone przez odwołującego i przystępującego na rozprawie, uznając je za stanowisko składającego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....