

POSTANOWIENIE
z dnia 4 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Paweł Trojan
Grzegorz Matejczuk
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 4 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2016r. przez **wykonawcę IT.expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 176**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-System Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4**

przy udziale **wykonawcy Polcom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skawinie, ul. Krakowska 43** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1745/16 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy Fujitsu Technology Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 137** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1745/16 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Odrzucić odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176** i

1

-
- 2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację systemu kopii zapasowej zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu za numerem

W dniu 7 września 2016r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania wskazując jednocześnie, że unieważnia wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 22 czerwca 2016r. wykonując wyrok Izby z dnia 22 lipca 2016r. w sprawach połączonych sygn. akt KIO 1159/16

i KIO 1174/16.

Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę firmy Polcom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skawinie, ul. Krakowska 43, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Fujitsu Technology Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 137, na trzecim miejscu w ofercie oferta IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością rankingowa sklasyfikowana została odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176 – dalej odwołujący. Zamawiający jednocześnie poinformował o odrzuceniu pozostałych ofert, przy czym oferty konsorcjum Advatech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Cloudware Polska oraz wykonawcy Preceptron spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zostały uznane za niezgodne w swojej treści z treścią SIWZ i odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020 – dalej ustawy), gdyż zamawiający wykonał wskazany wyżej wyrok Izby, który uwzględnił odwołania wykonawców Polcom i Fujitsu Technology Solutions.

W dniu 16 września 2016r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w odpisie z KRS załączonym do odwołania i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z tym odpisem. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 września 2016r.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Polcom i Fujitsu Technology Solutions pomimo złożenia przez tych wykonawców nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Polcom Sp. z o.o., która zawiera rozwiązania niezgodne ze SIWZ, i powinna zostać odrzucona ponieważ została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału;

3

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Fujitsu Technology Solutions która zawiera rozwiązania niezgodne ze SIWZ i powinna zostać odrzucona ponieważ została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału

Odwołujący wniósł o:

- przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu, w tym o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

- nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia wykonawcy Polcom postępowania i odrzucenia jego oferty;
- 4) wykluczenia wykonawcy Fujitsu Technology Solutions z postępowania i odrzucenia jego oferty;
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, po przeprowadzeniu oceny ofert zgodnej z wymogami SIWZ.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Uwzględnienie odwołania uczyni bowiem ofertę odwołującego najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu i umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia. Dodatkowo, odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się szerokie rozumienie interesu prawnego, np. w wyroku z dnia 17 czerwca 2008 r., KIO/UZP 538/08; KIO/UZP 543/08. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, to odwołujący wskazał, że zamawiający zażądał w rozdziale III.1 SIWZ m. in. Następujących wymagań w opcjach dodatkowych:

- a) Urządzenie dyskowe typu A umożliwia składowanie kopii maszyn wirtualnych ze środowiska VMware vSphere Data Protection bezpośrednio na urządzenie dyskowe typu A. Urządzenie dyskowe typu A musi mieć możliwość przechowywania minimum 25 TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instancji VMware vSphere Data Protection;
 - b) Urządzenie dyskowe typu B umożliwia składowanie kopii maszyn wirtualnych ze środowiska VMware vSphere Data Protection bezpośrednio na urządzenie dyskowe typu B. Urządzenie dyskowe typu B musi mieć możliwość przechowywania minimum 25 TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instancji VMware vSphere Data Protection.
- Dowód: tabela określona w pkt XVIII. 3 SIWZ, strona 15-16 (w aktach Postępowania).

Wykonawcy Polcom i Fujitsu Technology Solutions sporządzili bliźniacze oferty, tzn. zaoferovali w swych ofertach następujące urządzenia:

- Urządzenie dyskowe typu A - Quantum DXi 6902,
- Urządzenie dyskowe typu B - Quantum DXi 4700,

4

które dla pozycji 3-4 powyżej (wiersz 31 tabela 1 i 2 opisu przedmiotu zamówienia „OPZ”) mają, zdaniem odwołującego, niezgodnie z prawdą oznaczenia jako „Spełnia” pomimo niespełnienia tych funkcjonalności dodatkowych. Zarzut dotyczy następujących pozycji w Formularzu Oferty Technicznej:

Wiersz 31 tabeli 1 urządzenia A:

Urządzenie dyskowe typu A umożliwia składowanie kopii maszyn wirtualnych ze środowiska VMware vSphere Data Protection bezpośrednio na urządzenie dyskowe typu A. Urządzenie dyskowe typu A musi mieć możliwość przechowywania minimum 25 TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instancji VMware vSphere Data Protection.

Wiersz 31 tabeli 2 urządzenia B:

Urządzenie dyskowe typu B umożliwia składowanie kopii maszyn wirtualnych ze środowiska VMware vSphere Data Protection bezpośrednio na urządzenie dyskowe typu B. Urządzenie dyskowe typu A musi mieć możliwość przechowywania minimum 25 TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instancji VMware vSphere Data Protection .

Kluczowy jest w ocenie odwołującego zatem fakt, iż wykonawcy złożyli nieprawdziwe oświadczenia dotyczące możliwości przechowywania minimum 25 TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instancji vSphere Data Protection (VDP), gdyż ograniczenie pojemnościowe VDP dla wewnętrznych dysków .vmdk wynosi w tym wypadku 8TB. Jest to ograniczenie po stronie VMware i bez urządzeń EMC Data Domain nie da się zapisać więcej, niż 8TB, a w konsekwencji bez urządzeń Data Domain nie da się spełnić tego wymagania i zapisać 25TB kopii wirtualnych maszyn.

Oferowanych urządzeń Quantum DXi nie można również podłączyć do środowiska VMware vSphere w sposób wspierany przez VMware. Zatem nawet gdyby w przyszłości VMware zwiększył limit wewnętrznych dysków .vmdk dla VDP do 25TB, co pozwoliłoby na przechowywanie 25TB kopii maszyn wirtualnych i spełnienie wymagania, to urządzenia Quantum DXi nie są wspierane przez VMware i nie mogą zostać użyte. W tych okolicznościach spełnienie tego wymagania dodatkowego przez urządzenia Quantum DXi nie jest możliwe w żadnym z wariantów.

Zamawiający wezwał Polcom jak i Fujitsu Technology Solutions do złożenia wyjaśnień w ww. przedmiocie, na które to wezwania Polcom oraz Fujitsu Technology Solutions złożyli wyjaśnienia.

Dowód:

- 1) wezwanie Fujitsu Technology Solutions wraz z wyjaśnieniami (w aktach Postępowania);
- 2) wezwanie Polcom wraz z wyjaśnieniami (w aktach Postępowania).

Analiza treści oferty Polcom oraz Fujitsu Technology Solutions jak również udzielonych przez tych wykonawców wyjaśnień, zdaniem odwołującego prowadzi do wniosku, że Polcom I

5

Fujitsu Technology Solutions podali w swych ofertach nieprawdziwe informacje dotyczące funkcjonalności wskazanych w poz. 3 i 4 powyżej. Informacje te były przez Zamawiającego oceniane w ramach kryteriów oceny ofert i zdaniem odwołującego niewątpliwie miały wpływ na wynik postępowania. Polcom i Fujitsu Technology Solutions. W konsekwencji Polcom I Fujitsu Technology Solutions powinni zostać wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy, czego jednak zamawiający zaniechał i wybrał ofertę Polcom jako najkorzystniejszą.

Odwołujący w celu wykazania nieprawdziwości twierdzeń wykonawcy, Polcom i Fujitsu Technology Solutions wystąpił bezpośrednio do producenta oprogramowania, firmy VMware z prośbą o przekazanie informacji na temat urządzeń obsługujących funkcjonalność w zakresie wskazanym w tabeli 1 i 2 (wiersze 31) specyfikacji.

Dowód:

- oświadczenie VMware z dnia 16.04.2016 r.

Z treści pisma wynika, że:

- a) funkcjonalności o jakich mowa w wierszach 31. (tabela 1 i 2) są dostępne tylko dla urządzeń Data Domain firmy EMC i protokołu DDBoost i nie jest możliwe użycie urządzeń Quantum DXi by spełnić to wymaganie, gdyż urządzenia te nie wspierają protokołu DDBoost,
- b) żadne inne urządzenia dyskowe dostępne na rynku poza Data Domain firmy EMC, w inne duplikatory nie umożliwiają zwiększenia przestrzeni dyskowej szczególności adresowanej przez pojedynczą instalację VMware vSphere Data Protection powyżej 8 TB;
- c) urządzenia Quantum DXi 6902 i Quantum DXi 4700 nie integrują się bezpośrednio z VMware vSphere Data Protection i dodatkowo nie występują na liście wspieranych urządzeń dyskowych, które można eksploatować bezpośrednio z poziomu VMware vSphere w zakresie: FC, FCoE, iSCSI, NAS, SAS, NFS, SVD.

Wyjaśnienia tej kwestii dostarczone przez Polcom czy Fujitsu Technology Solutions wprowadzają w błąd gdyż, zgodnie z dokumentacją Vmware nie można podłączyć do VDP zasobu NFS wystawionego z rozwiązania firmy Quantum. Dodatkowo jakkolwiek zasób NFS wspierany przez VMware i tak nie pozwala na składowanie danych VDP powyżej 8 TB . Pomijając fakt, że VDP nie może bezpośrednio zapisywać danych na urządzeniu Dxi (co zostało opisane powyżej) zamieszczony w RFP wymóg „ Urządzenie dyskowe typu A/B musi mieć możliwość przechowywania minimum 25TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instancji VMware vSphere Data Protection" dotyczy zapewne 25TB po deduplikacji (w innym wypadku możnaby przyjąć zapis dowolnie małej porcji danych np.: 1TB a następnie 100-krotne powielenie tych samych danych w celu potwierdzenia możliwości przechowywania 100TB danych itd.) w związku z czym informacje dotyczące współczynników deduplikacji możliwych do osiągnięcia w przypadku urządzeń Dxi nie mają sensu ani zastosowania w tym wypadku.

6

Potwierdza powyższe według odwołującego dokumentacja Vmware, w której wskazano, że nie jest przykładowo spełnione wymaganie dotyczące możliwości przechowywania minimum 25 TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instancji vSphere Data Protection (VDP), gdyż ograniczenie pojemnościowe VDP dla wewnętrznych dysków .vmdk wynosi w tym wypadku 8TB. Jest to ograniczenie po stronie VMware i bez urządzeń EMC Data Domain nie da się zapisać więcej, niż 8TB, a w konsekwencji bez urządzeń Data Domain nie da się spełnić tego wymagania i zapisać 25TB kopii wirtualnych maszyn.

Jako dowód odwołujący powołał:

- 1) instrukcja obsługi Vmware VDP SphereData Protection 6.1 Technical Overview;
- 2) Data Center Consolidation and Business Continuity;
- 3) opinię biegłego na okoliczność niemożności przechowywania minimum 25 TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instancji vSphere Data Protection (VDP), gdyż ograniczenie pojemnościowe VDP dla wewnętrznych dysków .vmdk wynosi 8TB.

W tym miejscu odwołujący ponowił swoje stanowisko, co do braku możliwości zapisu powyżej 8 TB bez urządzeń Data Domain oraz braku wsparcia Vmware dla Quantum Dxi.

Proces sprawdzenia przez Klienta wsparcia przez VDP dla oferowanego deduplikatora można oprzeć na „vSphere Data Protection Administration Guide 6.1".

Jako dowód odwołujący powołał vSphere Data Protection Administration Guide 6.1

Odwołujący wskazał, że na stronie 17 opisane są dwa dozwolone scenariusze wykorzystania przestrzeni do składowania danych przez VDP:

- a) scenariusz - zasoby dyskowego wspierane przez vSphere (Quantum nie jest wymieniony na liście wspieranych rozwiązań, lub
- b) EMC DataDomain.

Odwołujący w tym miejscu wkleił do odwołania fragment powołanej str. 17 w wersji angielskojęzycznej.

I stwierdził, że dalej w w/w rozdziale opisana jest architektura VDP z DD, możliwości, ograniczenia, wymagania sieciowe, czego brak w przypadku DXi - str. 83 - dodawanie deduplikatora, nigdzie nie ma informacji o DXi:

Ponownie odwołujący wkleił treść strony 83 powołanej instrukcji w języku angielskim.

Powyższe okoliczności w ocenie odwołującego potwierdzają złożenie przez Polcom i Fujitsu Technology Solution nieprawdziwych informacji i powodują konieczność wykluczenia ich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy odwołujący podniósł, że oferty

Polcom jak i Fujitsu Technology Solutions nie spełniają też wymagań podstawowych: odporność na nagłą utratę zasilania.

7

Kolejne wprowadzenie w błąd przez firmę Polcom oraz Fujitsu Fujitsu Technology Solutions dotyczy wymagań podstawowych Urządzeń A i B, określonych w OPZ:

8 Urządzenie musi być odporne na nagłą utratę zasilania, tzn. urządzenie musi być gotowe do przyjmowania danych od momentu powrotu zasilania w czasie nie dłuższym niż 60 minut od włączenia urządzenia.

9 Urządzenie musi umożliwiać emulację minimum 250 napędów taśmowych LTO minimum wersja LTO-4,- jeżeli do tej funkcjonalności wymagane są licencje, to należy dostarczyć je wraz z przedmiotem zamówienia. Napędy taśmowe muszą być wirtualne i programowo emulowane przez urządzenie dyskowe.

10 Urządzenie musi umożliwiać konfigurację minimum 30 000 wirtualnych taśm LTO. Nośniki wirtualne LTO muszą być emulowane programowo przez urządzenie dyskowe. Urządzenie musi umożliwiać zapis wirtualnych taśm jako nośniki typu WORM.

11 Urządzenie musi zapewnić jednoczesny dostęp dla serwerów wszystkimi następującymi protokołami: FC, CIFS, NFS

Jako dowód odwołujący powołał Opis przedmiotu zamówienia.

Urządzenia oferowane w postępowaniu powinny umożliwiać jednoczesną obsługę zabezpieczanych środowisk przy pomocy VTL oraz NFS, dodatkowo urządzenie powinno być odporne na nagłą utratę zasilania. Zgodnie z oficjalnym dokumentem QUANTUM z serii BEST PRACTICES dotyczącym urządzeń serii DXi w przypadku jednoczesnej obsługi VTL oraz NFS udział NAS'owy powinien pracować w trybie asynchronous co sprawia, że backup może być niekompletny w przypadku zaniku zasilania, o czym otwarcie informuje producent urządzeń DXi. Użyty dokument dotyczy BEST PRACTICES dla systemu TSM (aktualnie eksploatowanego przez zamawiającego), jednak takie same zalecenia można znaleźć dla innych systemów backup'owych np.: VERITAS NetBackup, EMC NetWorker, co zdaniem odwołującego potwierdza, fakt, że opisywane cecha wynika z funkcjonalności sprzętu a nie konkretnej aplikacji backup'owej. Zgodnie z tymi zapisami, rozwiązanie Quantum skonfigurowane zgodnie z rekomendacją producenta (w przypadku jednoczesnego wykorzystania VTL i NFS) nie spełnia punktu numer 8, przy założeniu wymaganej konfiguracji urządzenia opisanej w punktach 9,10 i 11 z tabeli z podstawowymi wymaganiami dla urządzeń typu A i B.

Jako dowód odwołujący powołał oficjalny dokument Best Practice firmy Quantum dla systemu TMS i do odwołania wkleił jego fragment w wersji angielskojęzycznej.

Kolejną niezgodnością jest, zdaniem odwołującego fakt zaoferowania przez Polcom oraz Fujitsu rozwiązania Quantum o pojemności 289 TB. Urządzenie musi posiadać 280 TB przestrzeni użytecznej. Dodatkowo urządzenia będą pracować w trybie replikacji

Producent: QUANTUM

Model: DXi6902

8

1 Wraz z urządzeniem należy dostarczyć zestaw do montażu w szatach teleinformatycznych Zamawiającego o rozmiarach 42U -19" i wyposażonych w dwa redundance obwody zasilania Spełnia/nia spełnia

2 Urządzenie musi posiadać, co najmniej 280 TB użytecznej przestrzeni dyskowej (pojemność netto do po odjęciu przestrzeni wykorzystywanej na wykorzystania zabezpieczenia RAID) bez uwzględniania współczynnika deduplikacji - Użyteczna przestrzeń dyskowa: 289TB

Sam producent rekomenduje, że w przypadku gdy rozwiązanie Quantum Dxi6902 pracuje w trybie replikacji, należy utrzymywać 20% jego przestrzeni jako nieużywaną. Aby spełnić SIWZ, wykonawca powinien więc dostarczyć rozwiązanie typu A o pojemności co najmniej 336 TB (280TB x 1,2 = 336TB).

Odwołujący powołał się na DXi6902 - Additional Capacity Required For Remote Replication I ponownie wkleił fragment w wersji angielskojęzycznej oraz jako dowód wskazał wyjaśnienia Pana P.Ch. z firmy EMC z firmy EMC Computer Systems Poland sp. z o.

Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że zaoferowane rozwiązanie Typu A, ma

użyteczną pojemność 240 TB (zaoferowane 289TB /1,2 = 240TB netto) czyli nie spełnia wymogów podstawowych SIWZ

Wykonawca Polcom zaoferował w ofercie następujące urządzenia:

- Urządzenie dyskowe typu A - Quantum DXi 6902
- Urządzenie dyskowe typu B - Quantum DXi 4700,

które dla pozycji 1-2 powyżej (wiersz 30 tabela 1 i 2 OPZ) mają niezgodnie z prawdą oznaczenia jako „Spełnia” pomimo niespełnienia tych funkcjonalności dodatkowych. Zarzut dotyczy następujących pozycji w Formularzu Oferty Technicznej.

W dalszej kolejności, oferty Polcom i Fujitsu Technology Solutions niespełniają wymagania dodatkowo punktowanego o weryfikacji danych podczas zapisu na deduplikatorze.

Wiersz 30 tabeli 1 urządzenia A:

Urządzenie dyskowe typu A weryfikuje dane po zapisie. Każda zapisana na dyskach porcja danych musi być odczytana i porównana z danymi otrzymanymi przez urządzenie.

Wymagane potwierdzenie faktu weryfikacji danych po zapisie w dokumencie producenta.

Fragment dokumentacji należy umieścić w ofercie.

Wiersz 30 tabeli 2 urządzenia B:

Urządzenie dyskowe typu B weryfikuje dane po zapisie. Każda zapisana na dyskach porcja danych musi być odczytana i porównana z danymi otrzymanymi przez urządzenie.

Wymagane potwierdzenie faktu weryfikacji danych po zapisie w dokumencie producenta.

Fragment dokumentacji należy umieścić w ofercie.

Zgodnie z wymaganiem zamawiającego określonym jednoznacznie w SIWZ, wykonawca otrzymywać miał dodatkowe punkty jeśli w urządzeniu oferowanym weryfikowana jest

9

poprawność zapisu zabezpieczanych danych. Stwierdzenie to, w ocenie odwołującego, nie powinno budzić wątpliwości gdyż jasno jest powiedziane, że proces weryfikacji porównuje dane otrzymywane przez urządzenie (a nie generowane przez urządzenie np.: sygnatura czy index) z danymi uzyskanymi po przeprowadzeniu zapisu (czyli danymi odczytanymi z dysków urządzenia). Z zapisu zamieszczonego z SIWZ zdaniem odwołującego wynika, że całość odbywać się musi podczas procesu backupu/zapisu danych, podczas sesji backupowych, a nie podczas sesji odtwarzania czy replikacji. Porównywane dane muszą się zgadzać, źródłowa (z serwerów) i zapisana na urządzeniu, co było intencją wymagań zamawiającego.

Taki mechanizm stanowi zabezpieczenie mające na celu wyeliminować błędy polegające na tym, że dane, co prawda, zostaną zapisane na dysku, istnieje dla nich generowana sygnatura i dane mogą być odczytane z dysku - jednak zapisane dane na dysku różnią się od danych źródłowych (zmianie mógł np. ulec pojedynczy bit). Powyższe błędy są szeroko znane i dobrze opisane tzw. SILENT ERRORS. Powyższy zapis miał być potwierdzony dokumentacją producenta.

Do oferty firmy Polcom został załączony fragment dokumentacji, który powinien potwierdzać istnienie mechanizmu weryfikacji danych. Na podstawie dostarczonej dokumentacji można stwierdzić, że w przypadku DXi proces AUTOMATED SIGNATURE VERIFICATION bada sygnatury, nie w oparciu o źródłowe dane uzyskane przez urządzenie przed zapisem (wg zapisu zamawiającego „dane otrzymane przez urządzenie”), ale o dane zgromadzone w systemie DXi. Jest to zatem proces badający wewnętrzną integralność sygnatur indeksu, a nie o to, według odwołującego, chodziło zamawiającemu w tym wymaganiu. Proces AUTOMATED SIGNATURE VERIFICATION nie gwarantuje w żaden sposób poprawności zapisu zabezpieczanych danych. W przytoczonym fragmencie widać niezgodność z wymaganiem i intencją zamawiającego, gdzie „Każda zapisana na dyskach porcja danych musi być odczytana i porównana z danymi otrzymanymi przez urządzenie”. W zaznaczonym i przetłumaczonym fragmencie widać, że weryfikacji podlega jedynie index sygnatur, a nie wszystkie dane zgromadzone w urządzeniu. Brakuje tutaj wspomnianego wyżej porównania z oryginałem pobranym z chronionych serwerów. Index to jedynie mały fragment wszystkich danych zapisanych na urządzeniu, służy do wyszukiwania i identyfikacji danych, a zamawiający wymaga wyraźnie, by „Każda zapisana na dyskach porcja danych” była weryfikowana, to znaczy odczytana i porównana z danymi otrzymanymi przez urządzenie. Taki mechanizm w urządzeniach Quantum DXi nie spełnia wymagań dodatkowych zamawiającego.

Na podstawie dostarczonej dokumentacji, według odwołującego, można stwierdzić, że w przypadku DXi celem procesu AUTO-INDEX RECOVERY jest naprawa INDEX'u na

weryfikacji zapisu mogą być nieprawidłowe. Nie zachodzi tutaj porównanie danych oryginalnych otrzymanych przez urządzenie z danymi uzyskanymi po przeprowadzeniu zapisu na dyskach.

Na podstawie dostarczonej przez firmę Polcom dokumentacji, według odwołującego, można stwierdzić, że w przypadku DXi proces AUTO-DATA RE-ACQUISITION działa w następujący sposób: jeśli pojawiły się błędy w blokach danych, inicjowany jest automatyczny proces mający na celu naprawę tych bloków poprzez ich ponowne pozyskanie podczas kolejnej sesji backup'owej. Jednak dane mogą już nie być dostępne w kolejnej sesji backup'owej, gdyż mogły ulec zmianie. Oznacza to, że charakter opisywanego procesu jest zupełnie inny w stosunku do oczekiwań sformułowanych przez zamawiającego. Proces ten na bieżąco nie weryfikuje opisanej powyżej poprawności zapisu, natomiast weryfikuje pewne dane już po zapisie, nie gwarantując możliwości weryfikacji i naprawy potencjalnego błędu.

Kolejna niezgodność to moment, w którym dane są weryfikowane. Zgodnie z przytoczonym przez firmę Polcom dokumentem weryfikacja sygnatur jest realizowana przy odczycie, dostępie lub replikacji, czyli już daleko po zapisie danych na urządzeniu, gdzie oryginalne dane z chronionych systemów są już niedostępne. Zamawiający wymaga, by każda porcja danych zapisanych na dyskach była porównana z danymi otrzymanymi przez urządzenie, co oznacza, że dane otrzymane przez urządzenie muszą jeszcze być dostępne w pamięci RAM urządzenia, by można było je porównać z tymi zapisanymi na dyskach. Weryfikacją tego typu, by była możliwa, musi odbywać się podczas procesu zapisu, a nie przy odczycie czy replikacji), bo w przeciwnym wypadku danych oryginalnych do porównania już nie ma w pamięci RAM urządzenia. Zatem weryfikacja podczas odczytu danych jest już realizowana daleko po fakcie zapisu, nawet kilka godzin lub wiele dni później, i porównanie z oryginałem nie jest już możliwe. Taki mechanizm nie ma już sensu w kontekście weryfikacji poprawności danych i nie spełnia wymagań dodatkowych zamawiającego.

Zgodnie z dokumentacją techniczną producenta (Quantum) urządzenia DXi jedynie monitorują komponenty sprzętowe i programowe, a proces weryfikacji danych (nie tylko indeksów) jest uruchamiany tylko w przypadku wykrycia nieprawidłowości sprzętowych lub programowych. Dodatkowo dokumentacja mówi wyraźnie, że weryfikacja dotyczy tylko pewnej przykładowej porcji danych (dokumentacja mówi o „sample data tags”). Proces ten może być uruchomiony ręcznie lub wyzwalany przy pomocy harmonogramu, zatem nie jest to proces ciągły, gwarantujący poprawność danych. Oznacza to zdaniem odwołującego, że wymagane „Każda zapisana na dyskach porcja danych musi być odczytana i porównana z danymi otrzymanymi przez urządzenie” nie jest tutaj spełnione.

Dodatkowo Proces weryfikacji, gdy już się uruchomi po wykryciu błędu, bardzo obciąża urządzenie DXi i podczas pełnego sprawdzania integralności wiele kluczowych operacji może nie działać np. montowanie taśm VTL i odczyt danych, czyli kluczowe operacje dla

odtworzenia. W żadnym możliwym przypadku w ocenie odwołującego, nie ma tutaj do czynienia z weryfikacją ciągłą dotyczącą każdej zapisywanej na dyskach porcji danych, co nie spełnia wymienionych opcji dodatkowych.

Uwzględniając powyższe, odwołujący stwierdził, że wykonawca Polcom sp. z o.o. wskazując, że zaoferowane urządzenia dyskowe typu A i B: Quantum DXi 6902, Quantum DXi 4700 umożliwiają weryfikację danych po zapisie, przy czym każda zapisana na dyskach porcja danych musi być odczytana i porównana z danymi otrzymanymi przez urządzenie - złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W myśl zaś art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Tym samym oferty Polcom i Fujitsu Technology Solutions powinny zostać odrzucone, gdyż nie odpowiadają treści SIWZ.

W dniu 19 września 2016r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19 września 2016r. drogą elektroniczną swój udział w postępowaniu odwoławczym

po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Polcom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skawinie i wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania byłoby dla wykonawcy niekorzystne, z uwagi na to, że odwołujący zmierza do wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty. Wniósł o odrzucenie ewentualnie oddalenie odwołania. Wniosek co do odrzucenia oparł na art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy, gdyż zarzuty podniesione w odwołaniu mogły być podniesione wcześniej tj. po rozstrzygnięciach z dnia 14 kwietnia, 19 kwietnia lub 22 czerwca 2016r. Część zarzutów jest zresztą wierną kopią tych, które podnosiło Konsorcjum Advatech w odwołaniach z dnia 19 kwietnia 2016r. i 22 czerwca 2016r. W świetle zasady koncentracji środków ochrony prawnej odwołujący mógł te zarzuty podnieść wcześniej. Ponadto wykonawca podniósł, że treść kopii odwołania przekazanej przez zamawiającego sugeruje, że odwołujący nie przekazał całej kopii odwołania zamawiającemu, co powinno skutkować odrzuceniu odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 7 ustawy, gdyż obowiązek przekazania odwołania dotyczy tak jego treści jak i załączników – art. 180 ust. 5 ustawy. Chodzi tu o dowody, których treść nie została wkomponowana w treść odwołania, a które mają charakter merytoryczny. Zgłoszenie zostało podpisane podpisem cyfrowym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 kwietnia 2016r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu, ujawnionych w odpisie z KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu drogą elektroniczną.

12

W dniu 21 września 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Fujitsu Technology Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wnosząc o odrzucenie odwołania ewentualnie o jego oddalenie. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zarzuty odwołania są spóźnione i bezzasadne, a nadto nieprawdziwe, ich uwzględnienie mogłoby zaś powodować odpowiedzialność wykonawcy za poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Oferta wykonawcy znajduje się obecnie na drugim miejscu w rankingu ofert i nie można wykluczyć, że z wykonawcą zostanie podpisana umowa. Jako podstawę odrzucenia odwołania wykonawca wskazał art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy podnosząc, że pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce w dniu 19 kwietnia 2016r. i od tej czynności odwołali się Konsorcjum Advatech, wykonawca i wykonawca Polcom, zaś IT.expert powinien był złożyć odwołanie do dnia 29 kwietnia 2016r., czego zaniechał, co więcej nie występował jako przystępujący po żadnej ze stron. Ponowne rozstrzygnięcie miało miejsce w dniu 22 czerwca 2016r. i wówczas również wpłynęły odwołania tych samych wykonawców, a IT.expert nie był ani odwołującym, ani przystępującym w tych sprawach. Wykonawca stoi na stanowisku, że termin na wniesienie odwołania przez odwołującego upłynął w dniu 29 kwietnia 2016r. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w odpisie z KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 21 września 2016r.

W dniu 27 września 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Termin na wniesienie odwołania, zdaniem zamawiającego w przypadku odwołującego powinien być liczony od dnia 19 kwietnia 2016 r. kiedy to zamawiający poinformował wykonawców, w tym odwołującego, którego oferta została sklasyfikowana na ostatnim, tj. 5 miejscu, o wyborze oferty najkorzystniejszej. Stąd też, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy, termin na wniesienie odwołania wynosił 10 dni i upłynął w dniu 29 kwietnia 2016 r. W terminie tym 3 wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu (tj. (1) konsorcjum firm: Advatech Sp. z o.o. oraz Cloudware Polska Sp, z o.o., (2) Polcom Sp. z o.o. i (3) Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o.) wniosło odwołania od ww. czynności. Zamawiający uwzględnił odwołania i w związku z niewniesieniem sprzeciwów Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowania odwoławcze (postanowienia KIO z dnia 11 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 684/16 oraz KIO 701/16). Odwołanie wniesione przez konsorcjum firm: Advatech Sp. z o.o. oraz Cloudware Polska Sp, z o.o. zostało wycofane na rozprawie, w związku z tym postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 705/16.

13

Zamawiający podkreślił, że odwołujący nie zgłosił przystąpienia do żadnego z ww. odwołań i tym samym nie brał udziału w ww. postępowaniach odwoławczych.

W związku z nowymi informacjami które ujawniły się na etapie ww. postępowań odwoławczych, zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające, w wyniku którego dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym poinformował wykonawców, w tym odwołującego, w dniu 22 czerwca 2016 r.. Sytuacja odwołującego przy tym nie zmieniła się, gdyż jego oferta pozostała sklasyfikowana na ostatnim miejscu (natomiast jedyną różnicą wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 19 kwietnia 2016 r. było odrzucenie oferty Polcom Sp. z o.o. ze względu na nieprzedłożenie w terminie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy - tym samym zarówno w odniesieniu do oferty Polcom Sp. z o.o., jak i oferty Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. zamawiający utrzymał swoją pierwotną ocenę, wyrażoną w dniu 19 kwietnia 2016 r. o ich zgodności z treścią SIWZ. Od tej czynności 3 wykonawcy, którzy wnieśli odwołania na wcześniejszym etapie, tj. (1) konsorcjum firm: Advatech Sp. z o.o. oraz Cloudware Polska Sp. z o.o., (2) Polcom Sp. z o.o. i (3) Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. ponownie wnieśli odwołania. W dniu 22 lipca 2016 r. wyrokiem łącznym o sygn. akt: KIO 1159/16, KIO 1174/16 odwołania wniesione przez Polcom Sp. z o.o. i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. zostały uwzględnione. Odwołanie konsorcjum firm: Advatech Sp. z o.o. oraz Cloudware Polska Sp. z o.o. zostało wycofane, co znalazło wyraz w postanowieniu KIO sygn. akt: KIO 1169/16.

Również w powyższych postępowaniach odwoławczych odwołujący nie brał udziału.

Zamawiający, w celu wykonania wyroku KIO 1159/16, KIO 1174/16r unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i w dniu 7 września 2016 r. dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność jest przedmiotem niniejszego odwołania.

Zamawiający podkreślił, że ocena oferty odwołującego od dnia 19 kwietnia 2016 r. nie uległa zmianie, nie zmieniła się także sytuacja odwołującego - nadal jego oferta sklasyfikowana jest na ostatnim miejscu. Jednocześnie zamawiający podkreślił, że jedyne nowe czynności dokonane w dniu 7 września 2016 r. stanowiły konsekwencję wykonania ww. wyroku KIO (w pozostałym zakresie ocena ofert Polcom Sp. z o.o. oraz Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. wyrażona przez zamawiającego w decyzji z dnia 19 kwietnia 2016 r., powielona w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 czerwca 2016 r. pozostała bez zmian).

Reasumując, a także mając na uwadze zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, zamawiający uznał, że okoliczność braku podnoszenia przez odwołującego na wcześniejszym etapie zarzutów wobec ofert konkurencji pozbawia go obecnie prawa do skutecznego kwestionowania tychże ofert. Mógł bowiem skutecznie zgłaszać swe zastrzeżenia, czego nie uczynił. Stąd też obecne kwestionowanie pozostałych ofert uznać należy za spóźnione. Jednocześnie podkreślić należy, że jedyną czynnością zamawiającego,

14

na którą odwołujący mógłby wnieść na tym etapie odwołanie, byłoby zaniechanie wykonania wyroku KIO o sygn. 1159/16 i 1174/16, co w przedmiotowym stanie faktycznym nie miało miejsca.

W dniu 30 września 2016r. odwołujący złożył pismo z wnioskiem o oddalenie wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Odwołujący przedstawił stanowisko oparte na przekonaniu, że:

1) Odwołanie jest złożone w terminie, ponieważ poprzednie czynności lub zaniechania (decyzje) zamawiającego, zamawiający uchylił (unieważnił) i odwołujący mógł wyłącznie zaskarżyć decyzje z 7.09.2016 r.;

2) KIO powinna przyjąć odwołanie do merytorycznego rozpoznania, bo występuje w nim istotny problem prawny; zamawiający uwzględnił odwołanie Advatech i oraz Cloudware Polska sp. z o.o. (dalej łącznie „Advatech”) w dniu 10.05.2016 r., (sygn. KIO 705/16), w którym były podniesione częściowo identyczne jak u odwołującego zarzuty wobec Polcom sp. z o.o., ale zamawiający nie wykonał uwzględnionego odwołania, tj. nie wykluczył Polcom, nie odrzucił jej oferty. Ponieważ Polcom i Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. („Fujitsu”) mają identyczne oferty w zakresie oferowanych produktów - urządzenia dyskowego typu A - Quantum DXi 6902 oraz urządzenia dyskowego typu B - Quantum DXi 4700, do których odnoszą się zarzuty Advatech, zamawiający musi też wykluczyć Fujitsu i odrzucić jego ofertę.

3) Zamawiający powinien uwzględnić odwołanie, poza rozprawą uchylić decyzje z 7.09.2016 r., podjąć nowe decyzje zgodne z decyzją zamawiającego z 10.05.2016 r. lub unieważnić postępowanie w myśl art. 146 ust 6 ustawy w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy;

4) KIO powinna uwzględnić odwołanie, lub nakazać unieważnienie Postępowania w myśl art. 146 ust 6 ustawy w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W uzasadnieniu podniósł, że: Uzasadnienie

Co do tego, że odwołanie jest wniesione w terminie określonym w ustawie, to powołał treść art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy i przedstawił kolejność działań zamawiającego powołując się na dowody z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również z akt postępowania odwoławczych KIO 684/16, KIO 701/16, KIO 705/16. Odwołujący podniósł, że z dowodów wynika, że zamawiający uchylił poprzednie decyzje, zmieniał przyznaną wykonawcom liczbę punktów, wykonawców, których oferty wybierał, zmieniał wykonawców, których wykluczał, odrzucał inne oferty i informował o decyzjach wszystkich wykonawców. W rezultacie, każdy na nowo poinformowany wykonawca mógł złożyć odwołanie od każdej nowej czynności (zaniechania).

Gdyby zamawiający chciał utrzymać pierwotne decyzje w stanie nie zmienionym, np. z dnia 19.04.2016 r. w zakresie oceny oferty o zgodności z SIWZ, to nie uchylałby poprzednich

15

decyzji w tej sprawie, a pozostawiał je w stanie nie zmienionym i powtarzałby wyłącznie czynności, które ulegały zmianie. Tzn. w ocenie odwołującego zamawiający chcąc utrzymać pierwotne oceny o zgodności z SIWZ zawiadomiłby wyłącznie o:

- 1) uchyleniu i wyborze innej oferty jako najkorzystniejszej;
- 2) pozostawieniu bez zmian poprzednich czynności (np. o ocenie oferty jako zgodnej z SIWZ).

Odwołujący wskazał jak powinny brzmieć oświadczenia zamawiającego kierowane do wykonawców, jeśli wolą zamawiającego było utrzymanie części swoich poprzednich decyzji w mocy.

W ocenie odwołującego, zamawiający podaje nieprawdę, gdy podnosi na 3 stronie stanowiska z dnia 27.09.2016 r. że: „Sytuacja odwołującego przy tym nie zmieniła się, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na ostatnim miejscu (natomiast jedyną różnicą wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 19 kwietnia 2016 r. było odrzucenie oferty Polcom sp. z oo. Ze względu na nieprzedłożenie w terminie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy pzp, tym samym „(...) utrzymał swoją pierwotną ocenę, wyrażoną w dniu 19 kwietnia, o ich zgodności z treścią SIWZ (...)\", gdyż zamawiający usunął z obrotu prawnego decyzje z 14.09, 19.04, 22.06.2016 r.; zatem sytuacja prawna odwołującego zmieniła się, ponieważ decyzje uchylone, nie mogą oddziaływać na jego sferę prawną; sytuacja odwołującego zmieniła się wraz z każdą decyzją; zamawiający przyznawał inną liczbę punktów w wyniku dokonania oceny spełniania lub nie spełniania warunków SIWZ każdemu wykonawcy. Nadto zamawiający w dniu 10.05.2016 r. uwzględnił odwołanie Advatech (sygn. KIO 705/16) i powinien wykluczyć Polcom, odrzucić jej ofertę, i konsekwentnie: Fujitsu; w kwietniu nie istniała decyzja z 10 maja 2016 r o uwzględnieniu odwołania.

Zamawiający, przystępujący tylko wtedy mieliby rację, gdyby zamawiający nie uwzględnił odwołania Advatech, nie uchylił, poprzednich decyzji, ale ich twierdzenia są niezgodne z dowodami,

Odwołujący podniósł, że terminy w Ustawie należy liczyć zgodnie z art. 111 § 2 kc ponieważ do Kodeksu cywilnego odsyła 14 Ustawy.

Zgodnie z art. 111 § 2 kc; Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło." W tej sprawie początkiem terminu oznaczonego w dniach jest zdarzenie (decyzje: czynności, zaniechania) z 07.09.2016 r., ponieważ poprzednie decyzje) z 14.09, 19.04, 22.06.2016 r. na skutek późniejszych decyzji zostały usunięte z obrotu prawnego. Tym samym, odwołujący wniósł odwołanie w terminie.

Co do „zasady koncentracji środków ochrony prawnej", to odwołujący wskazał, że zasada ta dotyczy istniejących (tj. nie-uchylonych) wywołujących skutki prawne) decyzji. Tymczasem, zamawiający usunął z obrotu prawnego poprzednie decyzje z 14.09, 19.04, 22.06.2016 r.

16

Zamawiający, Polcom, Fujitsu. Zasada koncentracji dotyczy wyłącznie nieuchylonych poprzednich decyzji zamawiającego (wyboru, odrzuceń, wykluczeń). Skoro w tej sprawie zamawiający uchylał poprzednie decyzje w całości, a nie w części, to zasada koncentracji nie stanowi, podstawy odrzucenia Odwołującego. Wtedy tylko, gdyby odwołania zamawiający w jakiejś części nie uchylał poprzednich czynności, można stosować zasadę koncentracji.

Ponadto odwołujący podniósł, że zasada koncentracji postulowana w orzecznictwie KIO nie wynika wyraźnie z przepisów, ani norm, a tym bardziej nie może być ona silniejsza od zasad spisanych (np., zasady prawa do sądu). Podstawową zasadą jest zasada prawa do sądu - art. 45 ust. 1 Konstytucji. W przepisie chodzi o merytoryczne rozpatrzenie, a nie o odrzucanie spraw bez merytorycznego rozpoznania.

Odwołujący podniósł, że orzecznictwo KIO nie jest spójne: część orzeczeń szuka podstaw obowiązywania zasady koncentracji w art. 92 ust. 1, inne w art. 182 ust. 1 pkt 1, inne w art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5. Z żadnego z tych przepisów nie wynika ta zasada, tę zasadę tworzy orzecznictwo KIO. Jako przykład odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 26.10.2015 r. KIO 2187/15; KIO 2204/15

Dodatkowo odwołujący wskazał, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy,

Zdaniem odwołującego przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy nie zaistniały, ponieważ: odwołujący nie powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania; odwołujący w przeciwieństwie do Advatech (sygn. KIO 705/16) powołuje się na okoliczności dotyczące Fujitsu, a nie tylko Polcom. Wcześniej Advatech w odwołaniu powoływał się wyłącznie na okoliczności dotyczące Polcom. Odwołanie nie dotyczy tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się, bo wcześniej odwołanie złożył Advatech, a teraz odwołanie złożył IT.expert -nie zachodzi tożsamość podmiotowa; nadto wcześniejsze odwołanie Advatech (sygn. KIO 705/16) mające po części te same zarzuty co odwołujący do Polcom - zostało cofnięte, nie doszło do merytorycznego ich rozpoznania, więc nie wystąpiła przesłanka „rozstrzygnięcia przez Izbę”.

Nie zaistniały w ocenie odwołującego także przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, gdyż zamawiający uwzględnił odwołanie Advatech (sygn. KIO 705/16) przed posiedzeniem KIO w dniu 10.05.2016 r., odwołanie Advatech mające po części te same zarzuty co do Polcom - zostało cofnięte w dniu 11.05.2016 r. na posiedzeniu; wskutek tego nie doszło do merytorycznego ich rozpoznania, więc nie wystąpiła przesłanka zaistnienia wyroku Izby

17

lub sądu. Ponadto zamawiający nie wykluczył Polcom, nie odrzucił jej oferty, chociaż uwzględnił zarzuty Advatech, więc nie zaistniała przesłanka: „czynności, którą zamawiający wykonał (...) w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, (...) zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;”

Nie ma podstaw do odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy z powodu uwzględnienia odwołań przez Zamawiającego w sprawach KIO 701/16 i KIO 684/16.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy KIO odrzuca odwołanie jeżeli odwołanie dotyczy czynności, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odwołujący w tym miejscu przytoczył żądania firmy Fujitsu i żądania firmy polcom i stwierdził, że żądania odwołującego w tym odwołaniu nie są sprzeczne z czynnościami Zamawiającego wynikającego z uwzględnienia żądań Polcom i Fujitsu,

Nie ma w ocenie odwołującego podstaw do odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy z powodu treści wyroków KIO w sprawach o sygn. KIO 1159/16 i KIO 1174/16.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Ustawy, KIO odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu.

Żądanie Odwołującego w tym odwołaniu nie jest w sprzeczności z wyrokiem w ww. sprawach, Odwołujący chce wykluczenia i odrzucenia ofert Polcom i Fujitsu z innych powodów niż wskazanych w wyroku KIO, KIO nie nakazała wyboru oferty Polcom i Fujitsu. Odwołujący podniósł, że dopełnił obowiązek przesłania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący przekazał odwołanie zgodnie z przepisami. Twierdzenia Polcom, o tym, że załączniki są częścią odwołania w tym przypadku, są błędne, bo:

Załączniki nie przekazane są dowodami w rozumieniu art. 190 ust 3 Ustawy zawierają techniczne specyfikacje producenta, nie zawierają elementu stanowiącego konstytucyjną część odwołania; Zgodnie z art. 190 ust. 1 Ustawy: „Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, tzn. załączniki zawierające dowody Odwołujący może składać do zamknięcia rozprawy zgodnie z art. 190 ust. 1 Ustawy. Wg art. 180 ust. 3 odwołanie stanowi dokument zawierający wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, związane przedstawienie zarzutów, żądanie oraz wskazanie okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie ma jedynie zawierać wykaz załączników. Odwołujący może nie złożyć dowodów technicznych, bo może je składać do zakończenia rozprawy.

Na poparcie swego stanowiska odwołujący powołał postanowienie z dnia 1.04.2008 r. KIO/UZP 239/08, postanowienie z dnia 4 maja 2011 r. KIO 833/11

18

Zdaniem odwołującego w sprawie występuje istotny problem prawny, który zamawiający musi naprawić albo KIO musi rozstrzygnąć.

1. Polcom i Fujitsu zaoferowali Zamawiającemu te same produkty:

a) Urządzenia dyskowe typu A - (Quantum DXi6902)

b) Urządzenia dyskowe typu B - Quantum DXi4700.

2. Advatech w odwołaniu od decyzji z 19.04.2016 r. (sygn.. KIO 705/16) zarzucił m.in., że:

1) Polcom w swej ofercie podał nieprawdziwe informacje dotyczące funkcjonalności opisanych w Formularzu Oferty Technicznej - Załącznik nr 7a do SIWZ - Tabela 1 poz. 30, 31 (strona 4) oraz Tabela 2, poz. 30, 31, strona 8): dotyczących tych urządzeń dyskowych typu A i B: Quantum DXi6902, Quantum DXi4700. W odwołaniu i przedstawionych dowodach, dokumentacji technicznej odwołujący przedstawił szczegóły, z których wynika że twierdzenia Polcom, Fujitsu są nieprawdziwe, a oferowane urządzenia są niezgodne z SIWZ. Podobne dowody złożył też Advatech. Advatech żądał w odwołaniu (sygn. KIO 705/16): „Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Polcom, Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, Wykluczenia wykonawcy Polcom z postępowania i odrzucenia jego oferty. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty Advatech w decyzji z 10.05.2016 r, o uwzględnieniu odwołania (sygn. KIO 705/16). Zamawiający nie wykonał swojej decyzji o uwzględnieniu zarzutów odwołania, tj. nie wykluczył Polcom, nie odrzucił jej oferty, Ponieważ Polcom i Fujitsu mają identyczne oferty w zakresie zarzutów Advatech, zamawiający musi też wykluczyć Fujitsu i odrzucić jego ofertę. Zamawiający dzień przed uwzględnieniem odwołania Advatech w dniu 09.06.2016 r. wezwał w ocenie odwołującego niepotrzebnie, bo dzień później zamawiający uwzględnił odwołanie Advatech - Polcom jak i Fujitsu do złożenia wyjaśnień, m.in., w ww. przedmiocie urządzeń dyskowych typu A i B: Quantum DXi6902 Quantum DXi4700 załączając pismo z producenta Vmware wskazujące dokumenty techniczne, z których zdaniem odwołującego wynika, że oferty Polcom i Fujitsu powinny zostać odrzucone, bo są niezgodne z SIWZ.

Polcom i Fujitsu złożyli wyjaśnienia, ale w ocenie odwołującego są to wyjaśnienia złe, bo bazujące na oświadczeniach własnych wykonawców (Fujitsu) lub nie zawierają dowodów, dokumentacji technicznych (Polcom),

Odwołujący uważa, że zamawiający musi wykonać swoją czynność uwzględnienia odwołania Advatech z 10.05.2016 r. bo:

W myśl art. 186 ust. 2 Ustawy: „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W

19

takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Z treści i celu przepisu wynika: jeżeli Zamawiający uwzględni odwołanie, to powinien

wykonać dalsze czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Ani Polcom, ani Fujitsu nie przedstawili argumentów, dowodów, pozwalających zamawiającemu podjąć inną decyzję niż 10.05.2016 r., w którym uznał, że Polcom (a więc i Fujitsu) muszą być wykluczone, oferty odrzucone.

W myśl art. 186 ust. 3 Ustawy: Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający narusza przepisy, bo zgodził się pisemnie, uwzględniając odwołanie Advatech, że musi wykluczyć Polcom, odrzucić jego ofertę (i z tych samych powodów musi to zrobić względem Fujitsu), a zaniechuje wykonać tych czynności,

Zgodnie z art. 146 ust 6 Ustawy, Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z kolei zaś jak stanowi art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

z dnia 24.04.2012 r. KIO 767/12.

Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, 3 wyjaśnień treści siwz wraz z załącznikami, informacji o wyniku postępowania z dnia 14 kwietnia 2016r., z dnia 19 kwietnia 2016r., 22 czerwca 2016r., 7 września 2016r., informacji o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 9 czerwca 2016r., ofert Polcom i Fujitsu Technology Solutions, wezwania do wyjaśnień treści tych ofert z dnia 9 czerwca 2016r. oraz udzielonych odpowiedzi, dowodów załączonych do pisma odwołującego z dnia 30 września 2016r.

Izba z urzędu wzięła pod uwagę okoliczności wynikające z postępowań odwoławczych prowadzonych przed Izbą w sprawach sygn. akt KIO 684/16, KIO 701/16, KIO 705/16, KIO 1159/16, KIO 1169/16 i KIO 1174/16.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

20

W rozdziale XVIII siwz zamawiający określając kryteria oceny ofert przyznał kryterium funkcjonalność wagę 25% i w ramach tego kryterium określił dalsze podkryteria, a wśród nich :

1 Urządzenie dyskowe typu A weryfikuje dane po zapisie. Każda zapisana na dyskach porcja danych musi być odczytana i porównana z danymi otrzymanymi przez urządzenie. Wymagane potwierdzenie faktu weryfikacji danych po zapisie w dokumencie producenta. Fragment dokumentacji należy umieścić w ofercie. 10

2 Urządzenie dyskowe typu B weryfikuje dane po zapisie. Każda zapisana na dyskach porcja danych musi być odczytana i porównana z danymi otrzymanymi przez urządzenie. Wymagane potwierdzenie faktu weryfikacji danych po zapisie w dokumencie producenta. Fragment dokumentacji należy umieścić w ofercie. 10

3 Urządzenie dyskowe typu A umożliwia składowanie kopii maszyn wirtualnych ze środowiska VMware vSphere Data Protection bezpośrednio na urządzenie dyskowe typu A. Urządzenie dyskowe typu A musi mieć możliwość przechowywania minimum 25 TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instancji VMware vSphere Data Protection 10

4 Urządzenie dyskowe typu B umożliwia składowanie kopii maszyn wirtualnych ze środowiska VMware vSphere Data Protection bezpośrednio na urządzenie dyskowe typu B. Urządzenie dyskowe typu A musi mieć możliwość przechowywania minimum 25 TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instancji VMware vSphere Data Protection 10

W załączniku nr 1 do siwz zawierającym opis przedmiotu zamówienia zamawiający opisał za pomocą tabeli wymagania dla urządzeń dyskowych typu A (tabela 1) i typu B (tabela nr 2) i zawarł w niej następujące wymagania (w zakresie istniejącego pomiędzy stronami sporu):

2 Urządzenie musi posiadać, co najmniej 280 TB użytecznej przestrzeni dyskowej netto do wykorzystania po odjęciu przestrzeni wykorzystywanej na (pojemność

zabezpieczenia RAID) bez uwzględniania współczynnika deduplikacji – (dotyczy urządzenia typu A)

8 Urządzenie musi być odporne na nagłą utratę zasilania, tzn. urządzenie musi być gotowe do przyjmowania danych od momentu powrotu zasilania w czasie nie dłuższym niż 60 minut od włączenia urządzenia.

9 Urządzenie musi umożliwiać emulację minimum 250 napędów taśmowych LTO minimum wersja LTO-4, – jeżeli do tej funkcjonalności wymagane są licencje, to należy dostarczyć je wraz z przedmiotem zamówienia. Napędy taśmowe muszą być wirtualne i programowo emulowane przez urządzenie dyskowe.

10 Urządzenie musi umożliwiać konfigurację minimum 30 000 wirtualnych taśm LTO. Nośniki wirtualne LTO muszą być emulowane programowo przez urządzenie dyskowe. Urządzenie musi umożliwiać zapis wirtualnych taśm jako nośniki typu WORM.

21

11 Urządzenie musi zapewnić jednoczesny dostęp dla serwerów wszystkimi następującymi protokołami: FC, CIFS, NFS

W załączniku nr 7a Formularz oferty technicznej zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia oświadczeń o oferowanych urządzeniach i ich parametrach opracowując zestawienia tabelaryczne (dla urządzenia dyskowego A - tabela nr 1, dla urządzenia dyskowego B tabela 2), gdzie żądał następujących informacji:

2 Urządzenie musi posiadać, co najmniej 280 TB użytecznej przestrzeni dyskowej netto do wykorzystania po odjęciu przestrzeni wykorzystywanej na (pojemność zabezpieczenia RAID) bez uwzględniania współczynnika deduplikacji – Użyteczna przestrzeń dyskowa:..... (dotyczy urządzenia typu A)

8 Urządzenie musi być odporne na nagłą utratę zasilania, tzn. urządzenie musi być gotowe do przyjmowania danych od momentu powrotu zasilania w czasie nie dłuższym niż 60 minut od włączenia urządzenia. Spełnia/nie spełnia

9 Urządzenie musi umożliwiać emulację minimum 250 napędów taśmowych LTO minimum wersja LTO-4, – jeżeli do tej funkcjonalności wymagane są licencje, to należy dostarczyć je wraz z przedmiotem zamówienia. Napędy taśmowe muszą być wirtualne i programowo emulowane przez urządzenie dyskowe. Spełnia/nie spełnia

10 Urządzenie musi umożliwiać konfigurację minimum 30 000 wirtualnych taśm LTO. Nośniki wirtualne LTO muszą być emulowane programowo przez urządzenie dyskowe. Urządzenie musi umożliwiać zapis wirtualnych taśm jako nośniki typu WORM. Spełnia/nie spełnia

11 Urządzenie musi zapewnić jednoczesny dostęp dla serwerów wszystkimi następującymi protokołami: FC, CIFS, NFS Obsługiwane protokoły:.....

30 Urządzenie dyskowe typu A weryfikuje dane po zapisie. Każda zapisana na dyskach porcja danych musi być odczytana i porównana z danymi otrzymanymi przez urządzenie. Wymagane potwierdzenie faktu weryfikacji danych po zapisie w dokumencie producenta. Fragment dokumentacji należy umieścić w ofercie. Spełnia/nie spełnia

31 Urządzenie dyskowe typu A umożliwia składowanie kopii maszyn wirtualnych ze środowiska VMware vSphere Data Protection bezpośrednio na urządzenie dyskowe typu A. Urządzenie dyskowe typu A musi mieć możliwość przechowywania minimum 25 TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instancji VMware vSphere Data Protection Spełnia/nie spełnia

Powyższe postanowienia nie ulegały wyjaśnieniom, ani modyfikacjom przed terminem składania ofert.

W ofercie firmy Polcom na załączniku 7a wykonawca złożył w zakresie spornym następujące oświadczenia w tabeli nr 1:

22

- zaferowano model Quantum Dxi 6902
wiersz 2 – użyteczna przestrzeń dyskowa 289 TB
wiersz 8 – spełnia,
wiersz 9 – spełnia,
wiersz 10 – spełnia,

wiersz 11 – obsługiwane protokoły FC, CIFS, NFS,
wiersz 30 – spełnia,
wiersz 31 – spełnia
w tabeli nr 2:

- zaofertowano model Quantum Dxi4700

wiersz 8 – spełnia,
wiersz 9 – spełnia,
wiersz 10 – spełnia,
wiersz 11 – obsługiwane protokoły FC, CIFS, NFS,
wiersz 30 – spełnia,
wiersz 31 – spełnia

W ofercie firmy Fujitsu na załączniku 7a wykonawca złożył w zakresie spornym następujące oświadczenia w tabeli nr 1:

- zaofertowano model Quantum Dxi 6902

wiersz 2 – użyteczna przestrzeń dyskowa 289 TB
wiersz 8 – spełnia,
wiersz 9 – spełnia,
wiersz 10 – spełnia,
wiersz 11 – obsługiwane protokoły FC, CIFS, NFS,
wiersz 30 – spełnia,
wiersz 31 – spełnia

w tabeli nr 2:

- zaofertowano model Quantum Dxi4700

wiersz 8 – spełnia,
wiersz 9 – spełnia,
wiersz 10 – spełnia,
wiersz 11 – obsługiwane protokoły FC, CIFS, NFS,
wiersz 30 – spełnia,
wiersz 31 – spełnia

Pismem z dnia 25 marca 2016r. wykonawca Polcom na wezwanie zamawiającego z dnia 21 marca 2016r. wyjaśnił, że oba urządzenia dyskowe będą miały możliwość składowania kopii maszyn wirtualnych bezpośrednio ze środowiska VMware vSphere Data Protection przez

23

udostępnienie zasobu NAS. To oprogramowanie będzie miał możliwość zapisu kopii maszyn wirtualnych przy użyciu standardu NFS. Każde z oferowanych urządzeń dyskowych ma możliwość przechowywania co najmniej 25 TB kopii wirtualnych maszyn dla pojedynczej instalacji VMware vSphere Data Protection i tu wykonawca Polcom opisał dwa sposoby osiągnięcia tej funkcjonalności. Na potwierdzenie powyższego wykonawca Polcom załączył oświadczenie firmy Quantum, że zaofertowane urządzenia dyskowe Quantum Dxi6902 i Quantum Dxi4700 umożliwiają składowanie kopii maszyn wirtualnych ze środowiska VMware vSphere Data Protection bezpośrednio na urządzenie dyskowe, a także mają możliwość przechowywania minimum 25 TB oryginalnych kopii maszyn wirtualnych dla pojedynczej instalacji VMware vSphere Data Protection.

W dniu 14 kwietnia 2016r. zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszego Konsorcjum Advatech na drugim miejscu znalazł się Polcom, na trzecim Perceptron na czwartym Fujitsu, na piątym odwołujący, oferta firmy DS. Com została odrzucona.

W dniu 19 kwietnia 2016r. zamawiający poinformował o wyborze oferty Polcom, na drugim miejscu znalazło się konsorcjum Advatech, na trzecim Perceptron, na czwartym Fujitsu i na piątym odwołujący, oferta firmy DS. Com została odrzucona.

Wobec tej czynności odwołania wnieśli:

W sprawie KIO 684/16 wykonawca Polcom w dniu 28 kwietnia 2016r, po jego stronie przystąpił wykonawca Fujitsu, zamawiający w dniu 10 maja 2016r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania. Postępowanie odwoławcze zostało umorzone wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania

W sprawie KIO 701/16 wykonawca Fujitsu w dniu 29 kwietnia 2016r. wniósł odwołanie, po stronie zamawiającego przystąpili Konsorcjum Advatech i wykonawca Polcom, zamawiający w dniu 10 maja 2016r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania. Postępowanie odwoławcze zostało umorzone wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania
W sprawie KIO 705/15 Konsorcjum Advatech w dniu 29 kwietnia 2016r. wniósł odwołanie, w

którym podniósł zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy Polcom z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy wobec złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Polcom mimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści siwz, w tym z uwagi na to, że zaoferowane urządzenia dyskowe typu A i B nie spełniają parametrów ocenianych przez zamawiającego jako parametry dodatkowe w pkt. 30 i 31 tabeli 1 i 2 formularza oferty technicznej. po stronie zamawiającego przystąpili wykonawca Fujitsu i wykonawca Polcom, zamawiający w dniu 10 maja 2016r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania, przystępujący Fujitsu i Polcom wnieśli sprzeciwy, a Konsorcjum Advatech złożyło oświadczenie o cofnięciu odwołania. Postępowanie odwoławcze zostało umorzone wobec złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania.

24

W dniu 9 czerwca 2016r. zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 19 kwietnia 2016r. i jednocześnie wystąpił do wykonawców Polcom i Fujitsu o wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy m. in czy oferowane urządzenie dyskowe typu A Quantum Dxi6902 spełnia funkcjonalność opisaną w wierszu 31 tabeli 1 załącznika 7a do siwz?, czy oferowane urządzenie dyskowe typu B Quantum Dxi4700 spełnia funkcjonalność opisaną w wierszu 31 tabeli 2 załącznika 7a do siwz?, czy oferowane urządzenie dyskowe typu A Quantum Dxi6902 spełnia funkcjonalność opisaną w wierszu 30 tabeli 1 załącznika 7a do siwz?, czy oferowane urządzenie dyskowe typu B Quantum Dxi4700 spełnia funkcjonalność opisaną w wierszu 30 tabeli 2 załącznika 7a do siwz?, czy oferowane urządzenia dyskowe typu A i B potrafią realizować proces weryfikacji danych zapisanych na dyskach z danymi źródłowymi uzyskanymi przez urządzenie, a nie tylko z index'em sygnatur. Jednocześnie do wezwania załączył pismo firmy VMware Inc z siedzibą w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2016r., które wskazywało, że jedynie urządzenia Data Domain firmy EMC mają możliwość składowania danych bezpośrednio przez VMware vSphere Data Protection powyżej 8 TB, a urządzenia Dxi6902 i Dxi4700 nie integrują się bezpośrednio z VMware vSphere Data Protection i nie występują na liście wspieranych urządzeń dyskowych, które można eksploatować bezpośrednio z poziomu VMware vSphere w zakresie FC, FCoE, iSCSI, NAS, SAS, NFS, SVD, co oznacza że nie można wykorzystywać przestrzeni oferowanej przez te urządzenia, również w zakresie podstawowej konfiguracji VMware vSphere Data Protection (do 8TB).

Wykonawca Polcom zapewnił o posiadaniu przez urządzenia ocenianych funkcjonalności i powołał się na oświadczenie firmy Quantum złożone zamawiającemu w marcu 2016r., zaś wykonawca Fujitsu złożył oświadczenie o posiadaniu przez urządzenia ocenianych funkcjonalności.

W dniu 22 czerwca 2016r. zamawiający wybrał konsorcjum Advatech, na drugim miejscu był Perceptron, na trzecim Fujitsu na czwartym odwołujący, oferta firmy DS. Com została odrzucona, zamawiający odrzucił też ofertę Polcom na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

Na czynności, o których poinformował zamawiający w dniu 22 czerwca 2016r. odwołania wnieśli:

W sprawie sygn. akt KIO 1159/16 wykonawca Polcom w dniu 29 czerwca 2016r., po stronie zamawiającego przystąpili Konsorcjum Advatech, i wykonawca Fujitsu, odwołanie zostało przez Izbę uwzględnione w zakresie zarzutów odrzucenia oferty Polcom i zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum Advatech i wykonawcy Perceptron.

25

W sprawie sygn. akt KIO 1169/16 Konsorcjum Advatech w dniu 1 lipca 2016r., podnosząc zarzuty analogiczne jak w sprawie sygn. akt KIO 705/16, po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy Fujitsu i Polcom, Konsorcjum Advatech cofnęło odwołanie i postępowanie zostało umorzone w dniu 13 lipca 2016r.

W sprawie sygn. akt KIO 1174/16 wykonawca Fujitsu w dniu 1 lipca 2016r. po jego stronie przystąpił wykonawca Polcom, a po stronie zamawiającego Konsorcjum Advatech, odwołanie zostało uwzględnione w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia wykonawcy Advatech.

W dniu 7 września 2016r. zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 22 czerwca 2016r. – szczegółowe ustalenia w tym zakresie Izba poczyniła w rysie historycznym rozstrzygnięcia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Odwołanie zasługuje na odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Aby zatem Izba mogła stwierdzić, czy upłynął termin określony w ustawie należy ustalić, jakiego zachowania zamawiającego dotyczy odwołanie i jakie ustawodawca wiąże terminy na wniesienie środków ochrony prawnej z danym zachowaniem. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zachowaniem zamawiającego, z którym wiąże odwołujący swoje uprawnienie do wniesienia odwołania nie jest czynność zamawiającego, a więc wybór oferty najkorzystniejszej, czy dokonana przez zamawiającego ocena ofert, albo wykluczenie np. wykonawcy DS Com, czy odrzucenie ofert Advatech lub Preceptron. Odwołujący bowiem zarzuca zamawiającemu, że zaniechał wykluczenia wykonawców Polcom i Fujitsu, mimo, że w ocenie odwołującego był do tego zobowiązany, gdyż wykonawcy ci złożyli mu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nieprawdziwe informacje, które mają wpływ na wynik postępowania oraz że zaniechał odrzucenia ofert tych wykonawców jako niezgodnych w swojej treści z treścią siwz. Odwołujący zatem nie kwestionuje czynności zamawiającego, ale zaniechania, a mimo to upatruje podstawy prawnej dla obliczenia terminu odwołania w art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy, który stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób

26

określony w art. 27 ust. 2 ustawy albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Przepis ten jednak wyznacza termin na wniesienie odwołania dotyczącego wyłącznie czynności zamawiającego i to takich czynności, o których zamawiający ma obowiązek informować wykonawców.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;
- 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Tym samym obowiązek informacyjny związany z informacją o wyniku postępowania jest obowiązkiem dotyczącym informacji o czynnościach zamawiającego i nie dotyczy zaniechań. Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że w niniejszej sprawie nie ma zastosowania dla obliczenia początku biegu terminu na wniesienie odwołania art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy. Tym samym w ocenie Izby w niniejszej sprawie zastosowania nie może mieć także art. 182 ust. 2 ustawy, gdyż dotyczy odwołań związanych z publikacją ogłoszenia i treścią siwz. Zastosowanie ma natomiast art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy, który stanowi, że odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 ustawy wnosi się w przypadku zamówień których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o

okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Przepis ten ma zastosowanie do wszystkich czynności, o których zamawiający nie ma obowiązku informować, jak również w ocenie Izby dotyczy terminu na zaskarżenie zaniechań zamawiającego, gdyż stanowi o momencie powzięcia wiedzy o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia. Pojęcie „okoliczności” jest pojęciem szerszym od pojęcia „czynność”. Skoro Izba ustaliła, który przepis ustawy stanowi podstawę dla obliczenia terminu na wniesienie odwołania, należało w dalszej kolejności ustalić, który moment w przedmiotowym postępowaniu stanowi chwilę, w

27

której odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. W ocenie Izby datą tą był dzień 22 czerwca 2016r. Odwołujący z odwołania Konsorcjum Advatech w sprawie sygn. akt KIO 705/16 dowiedział się, że istnieje podejrzenie, co do złożenia co najmniej przez wykonawcę Polcom nieprawdziwych informacji w postępowaniu jak i niezgodności treści oferty tegoż wykonawcy z treścią siwz, miał możliwość zapoznania się z ofertami pozostałych wykonawców, w tym Fujitsu i miał możliwość ustalenia, że ten wykonawca zaoferował takie same urządzenia dyskowe jak Polcom, wiedział również, że zamawiający w dniu 10 maja 2016r. uwzględnił odwołanie Konsorcjum Advatech, tym samym momentem, w którym dowiedział się, że zamawiający zaniechał wykluczenia Polcom i Fujitsu z postępowania i zaniechał odrzucenia ich ofert była najpóźniej data, w której zamawiający podał informację z ponowionej czynności badania i oceny ofert dysponując wyjaśnieniami wykonawców Polcom i Fujitsu złożonymi na wezwanie z dnia 9 czerwca 2016r. Tą datą był zatem dzień 22 czerwca 2016r., a więc trzecia informacja o wyniku postępowania. Dotyczy to, głównie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawców z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż te okoliczności mogły ujawnić się w terminie późniejszym niż data otwarcia ofert, natomiast, co do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert z uwagi na niezgodność ich treści z treścią siwz, to z uwagi na to, że zarzut ten odnosił się do treści ofert, a te były jawne od chwili ich otwarcia, to należało przyjąć, że zaniechanie odrzucenia stało się odwołującemu wiadome w dacie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby, zatem dzień 22 czerwca 2016r. był to początek biegu terminu na wniesienie odwołania przez odwołującego, gdyż dysponował, a co najmniej mógł dysponować wiedzą o wszystkich okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Tym samym termin do wniesienia odwołania zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy upłynął odwołującemu w dniu 2 lipca 2016r. Okolicznością bezsporną jest, że w tej dacie odwołujący nie wniósł odwołania, ani nie przystąpił do postępowań odwoławczych w sprawach sygn. akt KIO 1159/16, KIO 1169/16 czy KIO 1174/16. Tym samym odwołanie wniesione w dniu 16 września 2016r. należało ocenić jako podlegające odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy w związku z art. 182 ust. 3 pkt. 1 ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że oświadczenie zamawiającego złożone w dniu 10 maja 2016r. w toku postępowania odwoławczego o uwzględnieniu odwołania Konsorcjum Advatech rodziło po jego stronie obowiązek wykonania żądań zawartych w tym odwołaniu. Tai obowiązek nie wynika z art. 186 ust. 1 – 6 ustawy. Jest to oświadczenie procesowe, które wywiera skutki prawne w określonych okolicznościach jak brak przystępujących po stronie zamawiającego, czy brak wniesienia sprzeciwu, co w niniejszej

28

sprawie nie miało miejsca. W tej sytuacji argumentację odwołującego należało uznać za chybioną.

Argumentacja związana żądaniem odwołującego unieważnienia przez Izbę postępowania na podstawie art. 146 ust. 1 – 6 w związku z art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy nie podlegała rozpoznaniu z uwagi na to, że taki zarzut nie był podniesiony w odwołaniu i wykraczał poza kognicję Izby zakreśloną art. 192 ust. 7 ustawy.

Izba stwierdzając, że zachodzi podstawa odrzucenia odwołania zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy odstąpiła od badania okoliczności związanych żądaniem odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 7 ustawy uznając, że jest on zarzutem wtórnym do sytuacji nieterminowości wniesionego odwołania. Bezskuteczny upływ terminu na wniesienie odwołania powoduje, że wszelkie braki formalne czy merytoryczne wniesionego odwołania

nie mogą być przedmiotem badania przez Izbę.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....