

Sygn. akt: KIO 329/20

WYROK

z dnia 3 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Ewa Sikorska

Członkowie:

Katarzyna Prowadzisz

Robert Skrzyszewski

Protokolant:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Atende Spółka Akcyjna w Warszawie, MDP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Krajową w Warszawie

przy udziale wykonawcy T-Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust.

3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1983) poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy T-Systems Polska

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, pomimo że:

- poświadczenie nr 10/DEI/19 wydane przez ZUS,

- potwierdzenie wykonania zamówienia z dnia 31 stycznia 2020 roku, wydane przez GUS nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 4 ppkt 1 lit. a i b specyfikacji istotnych warunków zamówienia

(s.i.w.z.) i nakazuje zamawiającemu - Prokuraturze Krajowej w Warszawie - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy T-

Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu do uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu

określonych w rozdziale VI pkt 4 ppkt 1 lit. a i b (s.i.w.z.), i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę T-Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Atende

Spółka Akcyjna w Warszawie, MDP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawcy T-Systems Polska Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Atende Spółka Akcyjna w

Warszawie, MDP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

3.3. oddala wniosek zamawiającego - Prokuratury Krajowej w Warszawie - o

zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Prokuratura Krajowa w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu i oprogramowania oraz wdrożenie infrastruktury techniczno-systemowej dla PO PD w ramach projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych w Sprawach Karnych (iSDA 2.0)”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843) zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 lutego 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Atende S.A. w Warszawie, MDP POLSKA sp. z o.o. sp.k. w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego i zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonanie wyboru oferty T-Systems, która nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) w zakresie oferowanych konsoli i przełącznika KVM Typ I oraz Typ II, a zatem nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy i s.i.w.z.

2. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonanie wyboru oferty T-Systems, który to w wyniku umyślności lub rażącego niedbalstwa, względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na wynik postępowania w zakresie, w jakim oświadczył, że jedna z dostaw macierzy zrealizowana przez T-Systems, a opisana w JEDZ, była dostawą macierzy obiektowej w sytuacji, w której z dokumentacji postępowania dotyczącego tej dostawy (postępowanie ZUS) wynika, że przedmiotem dostawy były macierze blokowe, a zamawiający dał wiarę temu oświadczeniu;

Odwołujący podniósł, że powyższe zarzuty samodzielnie w przypadku ich uwzględnienia skutkują odrzuceniem oferty T-Systems.

W dalszej kolejności odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

3. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonanie wyboru oferty T-Systems, która, w przypadku braku uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, powinna być odrzucona, a T-Systems wykluczony z postępowania jako wykonawca nie spełniający warunków podmiotowych, a zatem nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy i obowiązującej w postępowaniu s.i.w.z.

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania T-Systems do wyjaśnień lub poprawienia lub uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., pomimo że dokumenty te nie potwierdzają stawianych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VI pkt 4 ppkt 1 lit. a i b, tj.:

a. protokołu odbioru na rzecz spółki Euvic sp. z o.o. dla postępowania „Rozbudowa infrastruktury serwerowej PSG w ramach postępowania 2017/W001/WP-00532”,

b. poświadczenia nr 9/DEI/2019 wydanego przez ZUS,

c. poświadczenia nr 10/DEI/2019 wydanego przez ZUS.

Odwołujący wniósł o:

1. Zobowiązanie zamawiającego do złożenia oryginałów - którymi nie dysponuje

odwołujący - dokumentów postępowania tj. s.i.w.z. wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami w szczególności oferty złożonej przez T-Systems oraz pism złożonych przez T-Systems w toku badania i oceny oferty;

2. Przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, a w szczególności z następujących dokumentów:

a. s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami jej treści i zmianami na okoliczność podanych przez zamawiającego wymagań,

b. oferty złożonej przez T-Systems, dokumentów potwierdzających spełnienie udziału w postępowaniu oraz pism złożonych przez T-Systems w toku badania i oceny oferty na okoliczność:

- niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z.,

- braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VI pkt. 4 ppkt. 1 s.i.w.z.;

3. Uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

a. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

b. Powtórzenia czynności badania i oceny oferty T-Systems;

c. Odrzucenia oferty T-Systems jako niezgodnej z s.i.w.z. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub wykluczenia T-Systems na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 ustawy P.z.p. i odrzucenia oferty T-Systems na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mogący mieć istotny wpływ na wynik postępowania;

d. Wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej; ewentualnie

e. Wezwania T-Systems do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VI pkt 1 s.i.w.z. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.;

f. Zbadania dokumentów zmierzających do wykazania przez T-Systems spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VI pkt 1 s.i.w.z., o ile dokumenty takie zostaną uzupełnione prawidłowo oraz w odpowiednim terminie;

g. W przypadku braku realizacji wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. przez T-Systems - odrzucenie oferty T-Systems i uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., zatem posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. Odwołujący poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Szkoda będzie polegać na tym, iż pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu, nie uzyska zamówienia, gdyż zaniechano wnikliwej oceny ofert i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec oferty konkurencyjnej złożonej przez T-Systems.

Odwołujący podniósł, że w postępowaniu wpłynęły dwie oferty - T-Systems i odwołujących. Cena oferty T-Systems wynosi 21.718.404,16 zł brutto w zakresie realizacji zamówienia podstawowego oraz 8.687.361,66 zł brutto w zakresie realizacji zamówienia objętego prawem opcji. Cena oferty odwołującego wynosi 22.734.847,68 zł brutto w zakresie realizacji zamówienia podstawowego oraz 9.093.939,07 zł brutto w zakresie realizacji zamówienia objętego prawem opcji.

Pismem z dnia 21 stycznia 2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4

ustawy P.z.p., wezwał T-Systems do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego przez T-Systems JEDZ w zakresie dotyczącym części IV Kryteria kwalifikacji sekcja C „zdolność techniczna i zawodowa” z powołaniem na warunek udziału w postępowaniu opisany w

Rozdziale VI pkt 4 ppkt 1 lit. a i b s.i.w.z., oraz wskazania, czy w ramach co najmniej jednego z zamówień dostarczył macierz obiektywą.

T-Systems w dniu 24 stycznia 2020 r. złożył wyjaśnienia, w których potwierdził, że wskazane w JEDZ dostawy obejmowały serwery typu rack, a oprogramowanie - systemy

operacyjne serwerów, oprogramowanie do wirtualizacji, a także, że jedna z dwóch wskazanych w JEDZ dostaw obejmowała dostarczenie macierzy obiektyw. T-Systems nie wskazał, w którym z dwóch postępowań dokładnie dostarczył macierz obiektywą. W ocenie odwołującego, należy zakładać, że T-Systems w domyśle wskazywało na postępowania dla ZUS.

Zamawiający nie dokonywał innych wezwań, w szczególności nie dokonał wezwania do wyjaśnień T-Systems w zakresie spełniania wymagań określonych w OPZ dotyczących

konsoli i przełącznika KVM Typ I oraz Typ II, pomimo że dnia 31 stycznia 2020 r. odwołujący skierował do zamawiającego wniosek o zbadanie oferty T-System w tym zakresie.

6. Zamawiający nie dokonywał innych wezwań, w szczególności nie dokonał wezwania do wyjaśnień Referencji złożonych przez T-Systems na potwierdzenie spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt. 4 ppkt. 1) SIWZ, mimo, że

Referencje te już przy pobieżnej analizie budzą poważne wątpliwości.

Odwołujący zakwestionował dokonane przez zamawiającego czynności, w szczególności zaniechanie odrzucenia oferty T-Systems jako - po pierwsze niezgodnej z s.i.w.z., po drugie - z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zakresie potwierdzenia spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej. W dalszej kolejności odwołujący zakwestionował zaniechanie zamawiającego dotyczące obowiązku należytej weryfikacji referencji złożonych przez T-Systems, które, w ocenie odwołującego, nie mogą być uznane za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt 4 ppkt 1 s.i.w.z., a w konsekwencji - zaniechanie wezwania T-Systems przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących referencji lub ich uzupełnienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego Konsoli KVM, odwołujący podniósł, że zgodnie z OPZ, zamawiający wymagał dla obu typów konsol (Konsola KVM Typu I oraz Konsola KVM Typu II) funkcjonalności w postaci wsparcia rozdzielczości 1600 x 1200 WXGA.

Z informacji, jakie uzyskał odwołujący od producenta konsol, firmy ATEN, rozdzielczość paneli LCD wbudowanych w konsole 1508AiN oraz 1516AiN, które zaoferował T-Systems to 1280x1024.

Na dowód powyższego odwołujący przekazał ogólnie dostępną na stronie producenta ATEN specyfikację techniczną oraz dokumentację użytkownika.

Odwołujący podniósł, że stosując literalną wykładnię wymagania, wymagania dotyczy konsoli jako całego urządzenia. „Konsola musi (...) wspierać rozdzielczość 1600 x 1200 WXGA”.

Odwołujący wskazał, że matryca TFT LCD jest kluczowym oraz integralnym elementem konsoli i przełącznika KVM. Dla spełniania wymogu wsparcia rozdzielczości 1600 x 1200 WXGA niezbędne jest zastosowanie w konsoli matrycy TFT posiadającej natywną rozdzielczość na poziomie 1600 x 1200. Biorąc pod uwagę literalne brzmienie wymagania, konsola nie wspiera rozdzielczości 1600 x 1200 WXGA.

W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę celowościową wykładnię wymagania, wymagania jest stawiane konsoli jako jednemu urządzeniu. Zamawiający nie wskazuje na spełnienie wymagania w przypadku zastosowania dodatkowych urządzeń czy

oprogramowania, jak np. zewnętrznego monitora lub zdalnego połączenia z konsolą za pośrednictwem dodatkowego, dedykowanego oprogramowania, by w ten sposób uzyskać wymaganą rozdzielczość. Przeciwnie, wymóg dotyczy pojedynczego urządzenia. Zamawiający nie wskazuje, że konsola musi (...) wspierać rozdzielczość 1600 x 1200 WXGA przy pomocy innych urządzeń czy oprogramowania. Celem postawienia takiego wymogu względem konsoli, biorąc pod uwagę precyzję, z jaką zamawiający opisał matrycę, było wsparcie przez konsolę samodzielnie jako jedno urządzenie rozdzielczości 1600 x WXGA. Przeciwnie wnioskowanie musiałoby prowadzić do rozszerzającej wykładni tego wymogu i dokonywania nieuprawnionych, dodatkowych założeń, których zamawiający nie zdefiniował,

Odwołujący stwierdził, że w obu zaproponowanych przez T-Systems modelach konsol zastosowano matrycę aktywną TFT LCD o rozdzielczości 1280 x 1024, tym samym wymóg, że konsola ma wspierać rozdzielczość 1600 x 1200 nie został spełniony. Zapisy wymogu jednoznacznie wskazują, że konsola jako całość urządzenia, w tym matryca TFT LCD, która stanowi integralną część konsoli, musi spełniać wymóg dotyczący wsparcia rozdzielczości.

Odnosząc się do zarzut dotyczącego wprowadzenia zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na decyzję zamawiającego, odwołujący podniósł, iż w wezwaniu z dnia 21 stycznia 2020 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 wezwał T- Systems do złożenia wyjaśnień do załączonego do oferty T-Systems JEDZ w zakresie dotyczącym części IV Kryteria kwalifikacji sekcja C Zdolność techniczna i zawodowa. W sekcji tej T-Systems opisał dwa zamówienia obejmujące dostawę macierzy. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu opisanym w Rozdziale VI pkt. 4 ppkt 1 lit. b s.i.w.z., zamawiający wymagał wykazania się przed wykonawcą wykonaniem co najmniej dwóch zamówień, w ramach których dostarczył macierze oraz wykonał usługi związane z konfiguracją / uruchomieniem macierzy o wartości 4.000.000,00 zł każde, przy czym w ramach co najmniej jednego z zamówień dostarczył macierz obiektową. Zamawiający zażądał wyjaśnienia, czy w ramach co najmniej jednego z wskazanych zamówień wykonawca dostarczył macierz obiektową.

T-Systems w wyjaśnieniach z dnia 24 stycznia 2020 r. wskazał, że z dwóch wskazanych w JEDZ dostaw jedna z nich obejmowała dostarczenie macierzy obiektowej.

Odwołujący stwierdził, że postępowanie, którego realizację zgłosił T-Systems w JEDZ, to postępowanie przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych na „dostawę i wdrożenie macierzy dyskowych dla platformy Mainframe oraz świadczenie serwisu przez maksymalnie 72 miesiące”. Jak wynika z analizy OPZ w postępowaniu ZUS w zakresie dotyczącym macierzy, ZUS posługuje się przy opisie wymagań dla macierzy typu A i B i C wymaganiami charakterystycznymi dla macierzy blokowych. Słowo „obektowa” „obektowy”, „obekt” w odniesieniu do wymagań dla macierzy dyskowych w postępowaniu ZUS nie pada ani razu. Zamawiający ZUS posługuje się dla określenia wymagań dla macierzy opisami i parametrami charakterystycznymi dla macierzy blokowych. W rozdziale 2 część I - Szczegółowe wymagania dla macierzy A i macierzy B, padają wymogi takie jak:

a. Pojemność użytkowa umożliwiająca utworzenie co najmniej 8 630 wolumenów typ 3390 model 54 (opis charakterystyczny dla Mainframe);

b. W przypadku dostarczenia dysków fizycznych HDD muszą być dostarczone dyski fizyczne o średnicy 2,5" lub 3,5", prędkości obrotowej nie mniejszej niż 10000 obrotów na minutę i pojemności nominalnej nie większej niż 1,2 TB, przy czym nośniki w technologii Flash muszą stanowić co najmniej 10% pojemności użytkowej każdej macierzy (opis charakterystyczny dla macierzy blokowej);

c. Każda macierz musi być wyposażona w pamięć cache przeznaczoną do zapisu i odczytu danych (opis charakterystyczny dla macierzy blokowej);

d. Macierz musi być wyposażona co najmniej w 24 interfejsy FICON (pracujące z prędkościami 4, 8 i 16 Gbps) służące do podłączenia serwerów Mainframe (opis charakterystyczny dla wymagań komunikacji macierzy blokowej z Mainframe);

e. Kopia grupy wolumenów dyskowych wykonana przy użyciu mechanizmów macierzy;

f. W przypadku zastosowania architektury hybrydowej macierz musi posiadać możliwość dynamicznego i automatycznego relokowania lub kopiowania fragmentów wolumenów logicznych w zależności od obciążenia i liczby odwołań, do poszczególnych

fragmentów wolumenów (opis funkcji tzw. teringu, który nie występuje w macierzach obiektowych);

Odwołujący podkreślił, że w OPZ w postępowaniu ZUS, zamawiający nie postawił charakterystycznych dla macierzy obiektowych wymagań, takich jak:

- a. Obiektowy system składowania danych;
- b. Odczyt małych obiektów z prędkością X, odczyt dużych obiektów z prędkością Y;
- c. Posiadanie mechanizmów odczytu danych i metadanych;
- d. Integracja z protokołami i interfejsami HTTP, S3, REST, API;
- e. Posiadanie mechanizmów protekcji danych Erasure Coding;
- f. Wymóg niezmienności składowanych obiektów;
- g. Możliwość definiowania różnych okresów retencji przechowywanych danych;
- h. Możliwość wykorzystywania określonej liczby atrybutów metadanych dla pojedynczego obiektu;
- i. Posiadanie mechanizmów weryfikacji sum kontrolnych składowanych obiektów;
- j. Obiekty (dane i metadane) muszą być przechowywane na dyskach o rozmiarze XY;
- k. Posiadanie mechanizmu wersjonowania obiektów;
- l. Posiadanie mechanizmu szyfrowania danych na dyskach obiektowego magazynu składowana danych;
- m. Posiadanie mechanizmu replikacji danych pomiędzy różnymi lokalizacjami.

Na dowód powyższego odwołujący załączył przykładowy OPZ w postępowaniu, którego przedmiotem było wdrożenie sieci OSS, ogłoszona przez NASK PIB pod nazwą: „Wdrożenie Systemu OSS wraz ze świadczeniem usługi chmury obliczeniowej w ramach projektu Budowa Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej” znak postępowania:

ZZ.2131.298.2019.TKI [OSE-S] [OSE-B] [OSE-D] [OSE2019].

Zamawiający w pkt. 6.2.5.3. OPZ - Obiektowy system składowania danych określił charakterystyczne dla macierzy obiektowych wymagania (str. 63-68). Fragmenty tego OPZ (str. 63-68) stanowią załącznik do odwołania.

Odwołujący stwierdził, iż biorąc pod uwagę powyższą analizę, wyjaśnienia T-Systems, że przedmiotem co najmniej jednego ze zrealizowanych zamówień była dostawa macierzy obiektowej, nie znajdują potwierdzenia w OPZ tego postępowania. Co istotne, T-Systems powołuje się na dwie referencje ZUS (referencja nr 9 ZUS i referencja nr 10 ZUS), ale obie referencje dotyczą tego samego postępowania. Nie ma więc możliwości, aby T-Systems wskazywał na inne, niż wskazane w JEDZ postępowanie dla ZUS, którego przedmiotem miałyby być dostawa macierzy obiektowej. Z uwagi na fakt, że zamawiający wyraźnie wnosił o potwierdzenie tej okoliczności w piśmie z dnia 21 stycznia 2020 r., należy uznać, że T-Systems działając co najmniej w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa potwierdził okoliczność, która nie miała miejsca w rzeczywistości.

Odnosząc się do zarzut dotyczącego zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, odwołujący podniósł, że zamawiający nie powziął żadnych wątpliwości co do dokumentów złożonych przez T Systems na potwierdzenie spełniania wymagań udziału w postępowaniu. Wzbudza to u odwołującego znaczną konsternację, gdyż, w ocenie odwołującego, już pobieżna analiza treści dokumentów (referencji) prowadzi do wniosku, że referencje te nie

spełniają warunków udziału w postępowaniu, na wykazanie których zostały złożone. Wobec tego zaniechanie zamawiającego stanowi poważne naruszenie art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ustawy P.z.p., gdyż takie zaniechanie zamawiającego, w ocenie odwołującego, nie daje się pogodzić z obowiązkiem zapewnienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wymagał:

Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej:

1) W zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymaga wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej:

a. dwóch zamówień, w ramach których dostarczył serwery (typu rack i/lub typu blade) wraz z oprogramowaniem (systemy operacyjne serwerów, oprogramowanie do wirtualizacji) oraz wykonał usługi związane z konfiguracją i uruchomieniem wskazanych produktów o wartości co najmniej 4 000 000 zł (słownie cztery miliony złotych brutto) każde,

b. dwóch zamówień, w ramach których dostarczył macierze oraz wykonał usługi związane z konfiguracją i uruchomieniem macierzy o wartości co najmniej 4 000 000 zł (słownie: cztery miliony złotych) każde, przy czym w ramach co najmniej jednego z zamówień dostarczył macierz obiektową.

Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę przedmiot postępowania, należy uznać, że szczególnie istotne dla celu, jakim jest stawianie wymagań podmiotowych, jest w ww.

kryterium wykonanie usług związanych z konfiguracją i uruchomieniem wskazanych produktów (wykonanie wdrożenia).

a. Referencje Euvic

Odwołujący podniósł, że T-Systems dostarczył dokument „Protokół Odbioru” do zamówienia „Rozbudowa infrastruktury serwerowej PSG w ramach postępowania 2017/W001/WP-000532”. Dokument ten potwierdza, że T-Systems przekazał produkty oraz zrealizował usługi zgodne ze specyfikacją zawartą w Załączniku nr 1 do Protokołu Odbioru” na rzecz firmy Euvic sp. z o.o.

W załączniku nr 1 do tego protokołu czytamy, że usługi zrealizowane przez T-Systems to dostawa (transport z wniesieniem) sprzętu. Nie pada żadne stwierdzenie dotyczące potwierdzenia wykonania przez T-Systems usług związanych z uruchomieniem i/lub konfiguracją sprzętu. Z dokumentacji postępowania nr 2017/W001/WP-000532 wiadomo, że firma Euvic składała ofertę jako Konsorcjum firm Euvic sp. z o.o., Qumak S.A. oraz Zakład Systemów Komputerowych sp. z o.o. Oznacza to, że w ramach realizacji Zadania 2 T-Systems nie mógł zrealizować usług uruchomienia i konfiguracji dostarczanego sprzętu lub powołać się na referencje w zakresie całego Zadania 2 jako członek konsorcjum, gdyż nie był w tym postępowaniu członkiem konsorcjum. W istocie T-Systems był jedynie podwykonawcą Euvic sp. z o.o. w zakresie dostawy i wniesienia sprzętu opisanego w Referencjach Euvic. Dokumentacja z tego postępowania w postaci informacji o wyborze ofert najkorzystniejszych z dnia 28.08.2018 r. oraz fragmenty OPZ po aktualizacji z dnia 06.08.2018 r. dla zadania 2 stanowią załączniki do odwołania.

W ocenie odwołującego, referencje Euvic nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wykonania usług konfiguracji i uruchomienia serwerów i oprogramowania (lit. a) oraz nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dostawy macierzy obiektowej oraz wykonania usług uruchomienia i konfiguracji

macierzy obiektowej (lit. b).

b. Referencje ZUS nr 9

Odwołujący podniósł, że referencje ZUS nr 9 dotyczą dostawy macierzy dyskowych

dla platformy Mainframe oraz świadczenia Usług Serwisu przez maksymalnie 72 miesiące. Zarzuty dotyczące Referencji nr 9 pokrywają się z zarzutami opisanymi w pkt. III. 1. Dostarczone w ramach Postępowania ZUS macierze nie są macierzami obiektowymi, a

macierzami blokowymi. Sam T-Systems opisuje to wdrożenie w serwisie LinkedIn, opisując, że pracownik T- Systems otrzymał od Hewlett Packard Enterprise nagrodę za pierwsze w

Polsce wdrożenie rozwiązań HPE Storage w środowisku Mainframe. Zrzuty ekranu z serwisu załączono do odwołania.

W ocenie odwołującego należy uznać, że referencje nr 9 ZUS nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dostawy w ramach co najmniej jednego z zamówień macierzy obiektowej (lit. b in fine).

c. Referencje ZUS nr 10

Odwołujący stwierdził, że T-Systems dostarczył zamawiającemu drugą referencję z postępowania nr TZ/271/32/18. Referencje ZUS nr 10 wskazują, że łączne maksymalne wynagrodzenie brutto za zadanie objęte referencjami wynosi 4.091.626,64 zł; wartość sprzedaży, dostawy i wdrożenia macierzy C to 2.601.922,32 zł. Wymóg zamawiającego w postępowaniu dotyczył tego, aby dostawa macierzy oraz usługi uruchomienia i konfiguracji z nimi związane osiągnęły wartość 4.000.000,00 zł. Zamawiający celowo nie obejmuje tym zbiorem usług gwarancyjnych, serwisu czy innych usług dodatkowych. Wobec tego referencje nr 10 nie spełniają wymagania zamawiającego, co wynika wprost z ich treści.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że jeśli założy się, że wartość zamówienia za udzielenie gwarancji, świadczenie usług serwisu gwarancyjnego i usług wsparcia oraz usługa rozbudowy macierzy HPE XP 7 wchodziłaby w zakres warunku opisanego przez zamawiającego, to T-Systems nie może się posługiwać referencją dotyczącą zadań, które nie zostały jeszcze wykonane, na co wskazuje sama treść referencji, gdzie podano okres obowiązywania umowy do 12 sierpnia 2022 r., a przy skorzystaniu z prawa opcji, maksymalnie do 12 sierpnia 2025 r. i wliczać wartość tych usług do wartości wykonanego już zamówienia. Oznacza to, że warunek osiągnięcia wymaganej przez zamawiającego kwoty co najmniej 4.000.000,00 dla każdego zamówienia nie został spełniony. Przesądza o tym także sam wystawca referencji nr 10 - ZUS, wskazując na zrealizowany zakres: „umowa w części dotyczącej dostawy, wdrożenia i rozbudowy została wykonana terminowo i z należytą starannością”. Oznacza to, że na dzień wyboru oferty T-Systems jako najkorzystniejszej, wartość zamówienia potwierdzonego referencją nr 10 ZUS wynosi zaledwie 2.973.822,32 zł.

W ocenie odwołującego należy uznać, że referencje nr 10 ZUS nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wartości dostarczonych macierzy, wykonania usług konfiguracji i uruchomienia tych macierzy (4.000.000,00 zł) (lit. b) oraz nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dostawy w ramach co najmniej jednego z zamówień macierzy obiektowej (lit. b in fine).

d. Referencje GUS

Odwołujący wskazał, że T-Systems na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedstawił referencje GUS z postępowania na dostawę uniwersalnej infrastruktury sprzętowo- systemowej do Centrum Przetwarzania Danych w GUS, numer postępowania 33/ST/SPIS/PN/2019.

Dokładna analiza OPZ tego postępowania prowadzi do wniosku, że przedmiotem postępowania były wyłącznie dostawy wyspecyfikowanego sprzętu, dodatkowych elementów infrastruktury, oprogramowania do wirtualizacji i oprogramowania do backup. Już na pierwszej stronie OPZ znalazła się informacja, że:

Zamówienie jest zamówieniem udzielanym w częściach, z zastrzeżeniem, że procedowanym postępowaniem jest Część I zamówienia, której przedmiotem jest dostawa uniwersalnej infrastruktury sprzętowo-systemowej do Centrum Przetwarzania Danych w

GUS

Zamawiający planuje procedowanie odrębnego postępowania, stanowiącego Część II zamówienia, którego przedmiotem będzie wdrożenie uniwersalnej infrastruktury sprzętowo-systemowej w Centrum Przetwarzania Danych w GUS.

Odwolujący wskazał, że - istotnie - GUS ogłosił odrębne postępowanie na wdrożenie infrastruktury, numer postępowania 3/ST/SPIS/PN/2020. Termin składania ofert w tym postępowaniu mija 13 marca 2020 r.

W OPZ do postępowania na wdrożenie jest informacja, że przedmiotem zamówienia jest wdrożenie uniwersalnej infrastruktury sprzętowo- systemowej w Centrum Przetwarzania Danych w GUS.

Infrastruktura sprzętowo-systemowa została zakupiona w przetargu

33/ST/SPIS/PN/2019 .

Co istotne, OPZ w postępowaniu na wdrożenie 3/ST/SPIS/PN/2020 w precyzyjny sposób opisuje 7 zadań, które należy wykonać w ramach postępowania. Zadania te są specyficzne dla procesu wdrożenia i obejmują czynności takie jak wykonanie projektu technicznego, przygotowanie procedur i scenariuszy testowych (Zadanie I), instalacja, uruchomienie i konfiguracja posiadanego sprzętu (zadanie II), wdrożenie oprogramowania do wirtualizacji, oprogramowania (zadania III i IV) itd. GUS posługuje się tutaj takim samym zakresem pojęciowym dotyczącym wdrożenia sprzętowego, używając słów „instalacja”, „uruchomienie” i „konfiguracja”, jak zamawiający w postępowaniu. Nie ulega zatem wątpliwości, że referencje GUS dotyczą tylko dostaw, a GUS zaplanował uruchomienie i konfigurację w odrębnym postępowaniu.

W ocenie odwołującego należy uznać, że referencje GUS nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wykonania usług konfiguracji i uruchomienia serwerów i oprogramowania (lit. a) oraz nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dostawy macierzy obiektowej oraz wykonania usług uruchomienia i konfiguracji macierzy obiektowej (lit. b).

Odwolujący stwierdził, że żaden z dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VI pkt. 4 ppkt. 1 lit. a i b s.i.w.z. nie spełnia tych warunków.

Zamawiający na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2020 roku oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca T-Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej także: przystępujący). Przystępujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2020 roku oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest dostawa sprzętu i oprogramowania oraz wdrożenie infrastruktury techniczno-systemowej dla PO PD w ramach projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych w Sprawach Karnych (iSDA 2.0)”.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem regulacji właściwych dla zamówień o wartości większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty - przystępującego i odwołującego. Podczas otwarcia ofert podano iż:

a. kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowania zamówienia wynosiła 31.206.163,13 zł brutto wraz z zamówieniem objętym Prawem Opcji,

b. cena oferty przystępującego wynosi 21.718.404,16 zł brutto w zakresie realizacji zamówienia podstawowego oraz 8.687.361,66 zł brutto w zakresie realizacji zamówienia objętego prawem opcji,

c. cena oferty odwołującego wynosi 22.734.847,68 zł brutto w zakresie realizacji zamówienia podstawowego oraz 9.093.939,07 zł brutto w zakresie realizacji zamówienia objętego prawem opcji.

Zgodnie z OPZ, zamawiający wymagał dla obu typów konsol (Konsola KVM Typu I oraz Konsola KVM Typu II) funkcjonalności w postaci wsparcia rozdzielczości 1600 x 1200 WXGA.

Konsola Typu I (str. 38 OPZ): Konsola musi posiadać matrycę aktywną TFT LCD WXGA 18.5 i wspierać rozdzielczość 1600 x 1200 WXGA

Konsola Typu II (str. 39 OPZ): Konsola musi posiadać matrycę aktywną TFT LCD WXGA 18.5 i wspierać rozdzielczość 1600 x 1200 WXGA

Przystępujący zaoferował konsole firmy ATEN 1508AiN oraz 1516AiN o rozdzielczości paneli LCD wbudowanych w konsole - 1280 x 1024.

Zamawiający w rozdziale VI pkt 4 ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej:

1) W zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymaga wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej:

a. dwóch zamówień, w ramach których dostarczył serwery (typu rack i/lub typu blade) wraz z oprogramowaniem (systemy operacyjne serwerów, oprogramowanie do wirtualizacji)

oraz wykonał usługi związane z konfiguracją i uruchomieniem wskazanych produktów o wartości co najmniej 4 000 000 zł (słownie cztery miliony złotych brutto) każde,

b. dwóch zamówień, w ramach których dostarczył macierze oraz wykonał usługi związane z konfiguracją i uruchomieniem macierzy o wartości co najmniej 4 000 000 zł (słownie: cztery miliony złotych) każde, przy czym w ramach co najmniej jednego z zamówień dostarczył macierz obiektywą.

Przystępujący, w celu wykazania wskazanego wyżej warunku, złożył wykaz wykonanych dostaw/usług, gdzie wskazał:

Lp.	Nazwa i opis dostawy/usługi	Termin realizacji (od miesiąc/rok do miesiąc/rok)	Nazwa Zleceniodawcy
	- podanie danych potwierdzających wymagania Rozdziału VI pkt 4 ppkt 1) SIWZ		
1.	Dostawa serwerów typu rack, wraz z oprogramowaniem do wirtualizacji oraz usługi związane z konfiguracją i uruchomieniem wskazanych produktów, na kwotę ponad 4 000 000 PLN	Od 27-11-2018 do 14-122018	Euvic Sp. z o.o., ul. Przewozowa 32, 44100 Gliwice
2.	Dostawa serwerów typu rack, wraz z oprogramowaniem do wirtualizacji oraz usługi związane z konfiguracją i uruchomieniem wskazanych produktów, na kwotę ponad 4 000 000 PLN	Od 09-10-2019 do 18-112019	Główny Urząd Statystyczny, al. Niepodległości 208, 00-925, Warszawa

3.	Dostawa macierzy oraz usługi związane z konfiguracją i uruchomieniem macierzy w tym dostarczenie macierzy obiektowej, na kwotę ponad 4 000 000 PLN	Od 26-04-2019 do 11-082019	Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Szamocka 3/5,
4.	Dostawa macierzy oraz usługi związane z konfiguracją i uruchomieniem macierzy, na kwotę ponad 4 000 000 PLN	Od 26-04-2019 do 11-082019	OI 748 Warszawa Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Szamocka 3/5, OI748 Warszawa

Przystępujący, w celu wykazania, że zawarte w wykazie usługi/dostawy, zostały wykonane należycie, złożył następujące dokumenty:

a. Referencje Euvic

Przystępujący dostarczył dokument „Protokół Odbioru” do zamówienia „Rozbudowa infrastruktury serwerowej PSG w ramach postępowania 2017/W001/WP-000532”. Dokument ten potwierdza, że przystępujący przekazał produkty oraz zrealizował usługi zgodne ze specyfikacją zawartą w Załączniku nr 1 do Protokołu Odbioru” na rzecz firmy Euvic sp. z o.o.

b. Poświadczenie ZUS nr 9/DEI/2019

Poświadczenie dotyczy dostawy i wdrożenia macierzy dyskowych dla platformy Mainframe oraz świadczenie usług serwisu przez maksymalnie 72 miesiące, zgodnie z umową nr 1070738 z dnia 26 kwietnia 2019 roku.

Okres obowiązywania umowy: od 26.04.2019 r. do 12.08.2022 r. (przy skorzystaniu z prawa opcji maksymalnie do 12.08.2025 r.).

Przedmiotem umowy (zgodnie z jej treścią) są:

- sprzedaż i dostawa macierzy dyskowych (A i B)
- wykonanie wdrożenia,
- udzielenie gwarancji oraz świadczenie usług serwisu gwarancyjnego, a także usług wsparcia przez 36 miesięcy od dnia podpisania bez uwag protokołu odbioru jakościowego, z zastrzeżeniem wydłużenia tego okresu w zakresie przewidzianym w prawie opcji, ale nie dłużej niż do 72 miesięcy licząc od dnia podpisania bez uwag protokołu odbioru jakościowego.

Wartość umowy:

Łącznie maksymalne wynagrodzenie brutto z tytułu umowy wynosi 9.066.007,74 zł, w tym:

- 6.340.662,30 zł za sprzedaż, dostawę i wdrożenie,
- 2.725.345,44 zł za udzielenie gwarancji, świadczenie usług serwisu gwarancyjnego i usług wsparcia.

c. Referencje ZUS nr 10

Poświadczenie dotyczy dostawy i wdrożenia macierzy dyskowych dla platformy Mainframe, świadczenie usług serwisu i wsparcia przez maksymalnie 72 miesiące oraz rozbudowę macierzy HPE XP7 - zgodnie z umową nr 1070739 z dnia 26 kwietnia 2019 r. oraz Aneksem nr 1 z dnia 9 września 2019 r.

Okres obowiązywania umowy: od 26.04.2019 r. do 12.08.2022 r. (przy skorzystaniu z prawa opcji maksymalnie do 12.08.2025 r.).

Przedmiotem umowy (zgodnie z jej treścią) są:

- sprzedaż i dostawa macierzy dyskowych (C)
- wykonanie wdrożenia,
- udzielenie gwarancji oraz świadczenie usług serwisu gwarancyjnego, a także usług wsparcia przez 36 miesięcy od dnia podpisania bez uwag protokołu odbioru jakościowego, z zastrzeżeniem wydłużenia tego okresu w zakresie przewidzianym w prawie opcji, ale nie dłużej niż do 72 miesięcy licząc od dnia podpisania bez uwag protokołu odbioru jakościowego,
- rozbudowa macierzy HPE XP7

Wartość umowy:

Łącznie maksymalne wynagrodzenie brutto z tytułu umowy wynosi 4.091.626,64 zł, w tym:

- 2.601.922,32 zł za sprzedaż, dostawę i wdrożenie macierzy C
- 1.117.804,32 zł za udzielenie gwarancji, świadczenie usług gwarancyjnego i usług wsparcia,
- 371.900,00 zł za rozbudowę macierzy HPE XP 7.

d. Referencje GUS

Przystępujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu przedstawił referencję GUS z postępowania na dostawę uniwersalnej infrastruktury sprzętowo- systemowej do Centrum Przetwarzania Danych w GUS, numer postępowania 33/ST/SPIS/PN/2019.

W referencji GUS poinformował, że na podstawie umowy nr 33/ST/SPTs/PN/2019 firma T-Systems Polska SP, z o. o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Św. Antoniego 7 dokonała na rzecz Głównego urzędu Statystycznego w Warszawie 'dostawy uniwersalnej infrastruktury sprzętowo-systemowej do Centrum Przetwarzania Danych w GUS. Przedmiot Umowy składał się z trzech Zadań:

- 1) Zadanie I Dostawa wyspecyfikowanego sprzętu oraz dodatkowych elementów infrastruktury sprzętowej, w tym kabli, jeśli będą niezbędne do prawidłowego wdrożenia;
- 2) Zadanie II — Dostawa oprogramowania do wirtualizacji;
- 3) Zadanie III — Dostawa oprogramowania do backupu z wykorzystaniem urządzenia do backupu 'dyskowego z deduplikacją.

Zadania zostały zrealizowane terminowo. Za wykonanie przedmiotu Umowy Wykonawca otrzymał wynagrodzenie w wysokości 27 035 307,75 zł brutto. Umowa zawarta była 09.10.2019 r. Protokół odbioru końcowego podpisany został dnia 18.11.2019 r. Do umowy nie były naliczone kary umowne.

W wezwaniu z dnia 21 stycznia 2020 r., Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 wezwał T-Systems do złożenia wyjaśnień do załączonego do oferty T-Systems JEDZ w zakresie dotyczącym części IV Kryteria kwalifikacji sekcja C Zdolność techniczna i zawodowa. W sekcji tej T-Systems opisał dwa zamówienia obejmujące dostawę macierzy. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu opisanym w Rozdziale VI pkt. 4 ppkt. 1) lit. b) SIWZ, Zamawiający wymagał wykazania się przed wykonawcą wykonaniem co najmniej dwóch zamówień w ramach których macierze oraz wykonał usługi związane z konfiguracją / uruchomieniem macierzy o wartości 4.000.000,00 zł każde, przy czym w ramach co najmniej jednego z zamówień dostarczył macierz obiektową. Zamawiający zażądał wyjaśnienia, czy w ramach co najmniej jednego z wskazanych zamówień wykonawca dostarczył macierz

obiektową.

Przystępujący w dniu 24 stycznia 2020 r. złożył wyjaśnienia, w których potwierdził, że wskazane w JEDZ dostawy obejmowały serwery typu rack, a oprogramowanie - systemy operacyjne serwerów, oprogramowanie do wirtualizacji, a także, że jedna z dwóch wskazanych w JEDZ dostaw obejmowała dostarczenie macierzy obiektowej. Przystępujący wskazał, że pozycja 3 dotyczy macierzy obiektowej potwierdzeniem wykonania tej usługi jest poświadczenie nr 10.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia

dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, pomimo że poświadczenie nr 10/DEI/19 wydane przez ZUS oraz potwierdzenie wykonania zamówienia z dnia 31 stycznia 2020 roku, wydane przez GUS, nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 4 ppkt 1 lit. a i b

specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.).

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za nieuzasadniony art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców i dokonanie wyboru oferty T-Systems, która nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie oferowanych konsoli i przełącznika KVM Typ I oraz Typ II.

Zgodnie z OPZ, zamawiający wymagał dla obu typów konsol (Konsola KVM Typu I oraz Konsola KVM Typu II) funkcjonalności w postaci wsparcia rozdzielczości 1600 x 1200 WXGA.

Konsola Typu I (str. 38 OPZ): Konsola musi posiadać matrycę aktywną TFT LCD WXGA

18.5 i wspierać rozdzielczość 1600 x 1200 WXGA

Konsola Typu II (str. 39 OPZ): Konsola musi posiadać matrycę aktywną TFT LCD WXGA

18.5 i wspierać rozdzielczość 1600 x 1200 WXGA

Przystępujący zaoferował konsole firmy ATEN 1508AiN oraz 1516AiN o rozdzielczości paneli LCD wbudowanych w konsole - 1280 x 1024.

Analiza wskazanej wyżej treści OPZ wskazuje, że zamawiający - wbrew stanowisku odwołującego - nie wymagał, by zaoferowana konsola posiadała matrycę o rozdzielczości

1600 x 1200 WXGA, ale - aby wspierała taką rozdzielczość. Wniosek taki wynika z literalnej interpretacji wskazanego postanowienia. Ani z tego, ani z żadnego innego postanowienia zawartego w dokumentacji postępowania nie wynika, by zamawiający wymagał matrycy o rozdzielczości 1600 x 1200.

Izba przeprowadziła dowód z poświadczenia ATEN Polska Sp. z o.o. i stwierdziła, że dokument ten potwierdza wskazany wymóg. Jak wskazuje producent konsoli, zaoferowane przez przystępującego urządzenie posiadają wymaganą rozdzielczość 1280 x 1024 i wspierają rozdzielczość 1600 x 1200. Wobec tego podniesiony w tym zakresie zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonanie wyboru oferty przystępującego, który to w wyniku umyślności lub rażącego niedbalstwa, względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na wynik postępowania w zakresie, w jakim oświadczył, że jedna z dostaw macierzy zrealizowana przez przystępującego, a opisana w JEDZ, była dostawą macierzy obiektowej w sytuacji, w której z dokumentacji postępowania dotyczącego tej dostawy (postępowanie ZUS) wynika, że przedmiotem dostawy były macierze blokowe, a zamawiający dał wiarę temu oświadczeniu.

Odwołujący oparł swój zarzut na treści OPZ sporządzonego w postępowaniu przeprowadzonym przez ZUS. Podniósł, że szczegółowe wymagania opisu przedmiotu zamówienia dla dostarczonych przez przystępującego matryc wskazując na to, że przedmiotem postępowania była dostawa matryc blokowych, nie zaś obiektowych.

Odwołujący stwierdził ponadto, iż przyjętym przez odwołującego punktem odniesienia w definicji macierzy obiektowej są raporty firmy GARTNER dotyczące macierzy obiektowych. Wskazał na definicje macierzy obiektowej zawarte w dokumentach wydanych przez firmę GARTNER, tj. „Kluczowe funkcjonalności dla macierzy obiektowych”, „Kwadrant magiczny dla dystrybuowanych systemów plików oraz macierzy obiektowych” oraz definicję macierzy obiektowej wg portalu Wikipedia.

Izba zauważa, że określenie „macierz obiektowa” nie zostało zdefiniowane w żadnym akcie powszechnie obowiązującym. Definicje macierzy obiektowej tworzone są przez podmioty działające w branży informatycznej, przy czym opierają się one głównie o pewne funkcjonalności, które spełnia dane urządzenie. Nadal jednak nie są to definicje legalne. Zamawiający w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mogą tworzyć definicje macierzy obiektowej (jak np. w postępowaniu prowadzonym przez NASK PIB, na które powołał się odwołujący), niemniej jednak są to definicje obowiązujące jedynie w tym postępowaniu, w którym zostały stworzone. Brak jest podstaw do twierdzenia, iż jakakolwiek definicja tego pojęcia jest obowiązująca wobec wszystkich podmiotów funkcjonujących na rynku.

Wskazać przy tym należy, że pojęcie „macierzy obiektowej” nie zostało zdefiniowane w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie „macierz obiektowa” nie występowało również w postępowaniu prowadzonym przez ZUS, na które powołał się przystępujący. Przedmiot zamówienia został tam opisany poprzez wskazanie parametrów i funkcjonalności, nie zaś poprzez odwołanie się do jakichkolwiek definicji.

W ocenie Izby, z faktu braku definicji macierzy obiektowej zdawał sobie sprawę odwołujący, który w piśmie procesowym z dnia 2 marca 2020 roku (str. 3 pkt 3) wskazuje:

„Istotą podważenia przez Odwołującego Referencji ZUS przedstawionej przez firmę T-Systems jest zdefiniowanie pojęcia macierzy obiektowej w celu uzyskania jednoznacznego terminu tego przedmiotu. Następnie istotne jest stwierdzenie, że przedstawione przez T-Systems Referencje ZUS dotyczyły dostawy tylko i wyłącznie macierzy blokowych”.

Argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Nie jest bowiem akceptowalna sytuacja, w której jeden z wykonawców na etapie postępowania odwoławczego tworzy definicję i następnie dowodzi, że doświadczenie wykazywane przez jego przeciwnika tej definicji nie odpowiada.

Odwołujący, uzasadniając stanowisko w zakresie tego, że zamówienie realizowane na rzecz ZUS nie było dostawą macierzy obiektowej, powołał się na ekspertyzę Izby Rzeczników Polskiego Towarzystwa Informatycznego.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że opinie prywatne nie są tożsame z opiniami sporządzanymi na polecenie sądu przez biegłych sądowych. Nie mogą zatem takie prywatne ekspertyzy zastępować opinii biegłych sądowych, a co za tym idzie nie są one dowodem na okoliczności wymagające wiadomości specjalnych.

Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie, że prywatna opinia nie stanowi dowodu na okoliczność wymagającą wiadomości specjalnych, w rozumieniu art. 278 § 1 K.p.c., choćby jej autorem była osoba wpisana na listę biegłych sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). Zauważa się bowiem, że opinia prywatna jest w

zasadzie jedynie "wzmocnieniem" stanowiska strony wiadomościami specjalnymi. Może ona ewentualnie stanowić asumpt do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego. I tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 9 maja 2014 r. w sprawie V ACa 895/13 (LEX nr 1474065) uznał, że „opinie opracowane na zlecenie stron (stanowiące dokument prywatny w rozumieniu art. 253 K.p.c.) traktowane są jako element materiału procesowego wyrażający stanowiska stron. Zawarta w takiej opinii argumentacja może stanowić jedynie podstawę dopuszczenia przez sąd orzekający dowodu z opinii biegłego.” Z kolei Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 26 marca 2013 r. w sprawie VI ACa 1079/12 (LEX nr 1362939) przyjął, iż opinia zlecona ekspertowi przez jedną ze stron procesu stanowi poparcie jej stanowiska procesowego, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych. Natomiast Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie I ACa 1121/12 (LEX nr 1311975) stanął na stanowisku, że oparcie rozstrzygnięcia sporu stron na prywatnych ekspertyzach byłoby naruszeniem przepisów procedury cywilnej.

Izba wskazuje, że sądy zwracają przy tym uwagę, że opinia zlecona przez stronę procesu posiada walor dowodowy jako dokument prywatny i w tym charakterze może zostać zaliczona przez sąd w poczet materiału postępowania. Oznacza to, że jak każdy dokument prywatny może mieć znaczenie dla oceny innych dowodów zaoferowanych w sprawie. Zaznacza się jednocześnie, iż jeśli treść ekspertyzy prywatnej jest kwestionowana, a ustalenia okoliczności sprawy wymagają wiadomości specjalnych, to konieczne jest przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego. Stanowisko takie przedstawił Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 25 stycznia 2013 r. w sprawie I ACa 894/12 (LEX nr 1299005) stwierdzając, iż „pozasądowa ekspertyza rzeczoznawcy sporządzona na zlecenie strony podlega ocenie sądu jako dowód z dokumentu prywatnego, a nie jako dowód z opinii biegłego.” Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie I CSK 57/10 (LEX nr 688661) uznał, iż „dowód z opinii biegłego nie może być zastąpiony przez opinię wykonaną przez biegłego na zlecenie prywatnej strony, gdyż nie jest to tryb przewidziany w kodeksie postępowania cywilnego. Opinia taka jest dokumentem prywatnym, a nie jest dowodem z opinii biegłego. Jako dokument prywatny potwierdza jedynie, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie (art. 245 k.p.c.).” Podkreśla się również, że gdy o wyborze osoby biegłego rozstrzyga jedna ze stron, która ze względów oczywistych nie może być bezstronna w swojej sprawie w sensie procesowym (nemo iudex in causa sua), to przekłada się na wątpliwość co do bezstronności biegłego. Tym bardziej, gdy materiał badawczy określa strona, która swobodnie udostępnia (lub nie) informacje o okolicznościach faktycznych istotnych dla opiniowania. W takiej sytuacji: „nie można wykluczyć swoistego „dopasowywania” opinii prywatnej do potrzeb zlecającego, „solidaryzowania się” jej autorów z poglądami zlecającego, obdarzenia go sympatią czy wreszcie motywu finansowego (skoro zlecono komuś wykonanie za wynagrodzeniem

stosownego opracowania w określonym celu, zleceniobiorca może czuć się w obowiązku wykonać zamówienie, by cel ten został osiągnięty)” - tak m.in. w wyroku SO w Łodzi z 30.06.2017 r., sygn. akt: III Ca 531/17.

Izba przeanalizowała treść wskazanej wyżej opinii traktując ją - zgodnie ze wskazanym wyżej orzecznictwem - jako rozszerzenie stanowiska odwołującego (stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzysta ona natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń) i stwierdziła, że opinia ta nie została sporządzona w oparciu o materiały naukowe,

lecz artykuły prasowe, informacje pochodzące od prywatnych podmiotów działających w branży IT oraz dane z Wikipedii.

Tym samym Izba uznała, że za nieuzasadniony wskazany wyżej zarzut. Izba podkreśla, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Do wykluczenia wykonawcy konieczne jest więc w tym przypadku kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa,
- wskutek tego zachowania zamawiający został wprowadzony w błąd,
- błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Z kolei, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazany wyżej przepis ustanawia obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę w każdym przypadku, gdy spowodował on zdarzenie, o którym mowa w artykule.

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wymaga ustalenia:

- 1) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać

winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołężeniem należytej staranności - niedbalstwem albo lekkomyślnością.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał zaistnienia wskazanych wyżej przesłanek. W szczególności nie udowodnił, że zamawiający został przez przystępującego wprowadzony w błąd, skoro zamawiający nie zdefiniował pojęcia macierzy obiektowej. W związku z tym, że - jak to już wyżej wskazano - nie istnieje powszechnie obowiązująca definicja macierzy legalnej, przystępujący mógł być przekonany, iż zrealizowane przez niego zamówienie na rzecz ZUS potwierdza, iż spełnia on warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Izba podkreśla, że żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu, mimo istnienia prawnej możliwości, nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie, co należy rozumieć przez macierz obiektową. Żaden z podmiotów (zarówno zamawiający, jak i wykonawcy) nie może zatem podnosić, iż wykazana przez przystępującego dostawa nie odpowiada wymogom s.i.w.z.

Izba uznała za częściowo uzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnień lub poprawienia lub uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., pomimo że dokumenty te nie potwierdzają stawianych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale VI pkt 4. ppkt 1 lit. a i b tj.:

- a. protokołu odbioru na rzecz spółki Euvic sp. z o.o. dla postępowania „Rozbudowa infrastruktury serwerowej PSG w ramach postępowania 2017/W001/WP-00532”
- b. poświadczenia nr 9/DEI/2019 wydanego przez ZUS
- c. poświadczenia nr 10/DEI/2019 wydanego przez ZUS
- d. potwierdzenia wykonania zamówienia z dnia 31 stycznia 2020 r. (dalej „Referencje GUS”).

W ocenie Izby wskazany wyżej zarzut w zakresie protokołu odbioru na rzecz spółki Euvic sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący złożył protokół odbioru w postępowaniu „Rozbudowa infrastruktury

serwerowej PSG w ramach postępowania 2017/W001/WP - 00532". Zgodnie z informacją zawartą w protokole, przystępujący przekazał produkty oraz zrealizował usługi zgodnie ze specyfikacją zawartą w Załączniku nr 1 do protokołu. Wykaz wykonanych czynności został przedstawiony poprzez wskazanie nr produktu HP oraz opisu/charakterystyki produktu za pomocą kodów i symboli (part numberów). Odwołujący podnosił, że part numbers, na które powołuje się przystępujący, to usługi producenta HP, i nie wynika z nich, że to przystępujący je wykonał. Odwołujący jednakże nie poparł swojego stanowiska żadnym dowodem.

Argumentacja odwołującego pozostała w tym zakresie gołosłowna. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Izba nie jest zobowiązana do dociekania prawdy materialnej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż: "w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego".

W ocenie Izby wskazany wyżej zarzut w zakresie poświadczenia nr 9/DEI/2019 również nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, że referencje nr 9 ZUS nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dostawy w ramach co najmniej jednego z zamówień macierzy obiektowej (lit. b in fine).

Izba wskazuje, że - zgodnie z oświadczeniem przystępującego - referencje nr 9 w ogóle nie dotyczyły dostawy macierzy obiektowej. Tym samym zarzut ten, jako

bezp przedmiotowy, podlega oddaleniu.

Izba uznała za uzasadniony wskazany wyżej zarzut w odniesieniu do usługi potwierdzonej poświadczeniem nr 10/DEI/2019 w zakresie wymaganej wartości.

Odwołujący podniósł, że referencje ZUS nr 10 wskazują, że łączne maksymalne wynagrodzenie brutto za zadanie objęte referencjami wynosi 4.091.626,64 zł; wartość sprzedaży, dostawy i wdrożenia macierzy C to 2.601.922,32 zł. Wymóg zamawiającego w Postępowaniu dotyczył tego, aby dostawa macierzy oraz usługi uruchomienia i konfiguracji z nimi związane osiągnęły wartość 4.000.000,00 zł. Zamawiający nie objął tym zbiorem usług gwarancyjnych, serwisu czy innych usług dodatkowych. Wobec tego Referencje nr 10 nie spełniają wymagania zamawiającego. Ponadto, zgodnie z treścią referencji, okres obowiązywania umowy to 12 sierpnia 2022 r., a przy skorzystaniu z prawa opcji, maksymalnie do 12 sierpnia 2025 r., co oznacza, że przystępujący nie może wliczać wartości tych usług do wartości wykonanego już zamówienia. Oznacza to, że warunek osiągnięcia wymaganej przez zamawiającego kwoty co najmniej 4.000.000,00 dla każdego zamówienia nie został spełniony.

Izba przeanalizowała treść referencji nr 10 i uznała stanowisko odwołującego za zasadne. Referencja wskazuje na wykonanie zamówienia obejmującego sprzedaż, dostawę i wdrożenie macierzy C za kwotę 2.601.922,32 zł. Pozostała część wynagrodzenia wykonawcy obejmuje udzielenie gwarancji, świadczenie usług serwisu gwarancyjnego i usług wsparcia oraz rozbudowę macierzy HPE XP7. Tym samym referencja nie potwierdza spełnienia przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Izba uznała również za uzasadniony zarzut dotyczący zamówienia na rzecz GUS. Odwołujący podniósł, że przedmiotem postępowania były wyłącznie dostawy wyspecyfikowanego sprzętu, dodatkowych elementów infrastruktury, oprogramowania do wirtualizacji i oprogramowania do backup. Postępowaniem nie było zaś objęte uruchomienie i konfiguracja sprzętu.

Izba przeanalizowała referencję sporządzoną przez GUS z dnia 31 stycznia 2020

roku i skonstatowała, że zrealizowane zadanie obejmowało wyłącznie dostawę sprzętu i oprogramowania. Tym samym nie spełnia ono warunków niniejszego postępowania, w którym zamawiający wymagał również wykonania usług związanych z konfiguracją i uruchomieniem wskazanych produktów.

W odniesieniu do uwzględnionych zarzutów odwołania Izba stwierdza, że na ich zasadność wskazuje przede wszystkim treść przedłożonych referencji. Niezależnie od powyższego, Izba zauważa, że przystępujący w żaden sposób do tych zarzutów się nie odniósł. Wobec braku jakiegokolwiek stanowiska przystępującego, Izba uznała zarzut za zasadny i w tym zakresie odwołanie uwzględniła.

Uwzględniając odwołanie we wskazanym zakresie, Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 4 ppkt 1 lit. a i b (s.i.w.z.), i dokonanie ponownej oceny ofert.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, a to z uwagi na treść § 5 ust. 2 pkt 2 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 z 2018 roku, poz. 972), zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.