

Sygn. akt: KIO 2080/12
KIO 2085/12

WYROK
z dnia 22 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 10 i 18 października 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 28 września 2012 r. przez **wykonawcę J..... M.....,**

pod firmą J..... prowadzącego działalność gospodarczą

„GALAXY”

M..... z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 13/1

B. w dniu 28 września 2012r. przez wykonawcę **DCS.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70**

przy udziale wykonawcy **AGN Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zbojnogórska 36A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2080/12 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyny 3** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2080/12 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **DCS.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2080/12 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **J..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „GALAXY” J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 13/1**

1

zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2085/12 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **AGN Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zbojnogórska 36A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2085/12 po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2085/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie wykonawcy J..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „GALAXY” J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 13/1 i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym nakazuje zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyny 3 z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia rozumianego jako co najmniej jedno zamówienie którego przedmiotem była dostawa bibliotek taśmowych o wartości nie mniejszej niż 2 mln złotych brutto, że wskazaniem, że na podstawie dotychczas złożonych oświadczeń (wykaz na str. 7 oferty) i dokumentów (referencja) nie można w sposób jednoznaczny ustalić wartości dostawy

fizycznych bibliotek taśmowych oraz określając odpowiedni termin na złożenie tych oświadczeń lub dokumentów oraz nakazuje zamawiającemu wezwać wykonawcę ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyzny 3 w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę takich jak m. in oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów określając odpowiedni termin na złożenie tych wyjaśnień
1B. uwzględnia odwołanie wykonawcy DCS.pl spółka z ograniczoną z siedzibą w ul. Puławska 303 i nakazuje odpowiedzialnością Warszawie, zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym nakazuje

2

zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyzny 3 z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia rozumianego jako co najmniej jedno zamówienie którego przedmiotem była dostawa bibliotek taśmowych o wartości nie mniejszej niż 2 mln złotych brutto, że wskazaniem, że na podstawie dotychczas złożonych oświadczeń (wykaz na str. 7 oferty) i dokumentów (referencja) nie można w sposób jednoznaczny ustalić wartości dostawy fizycznych bibliotek taśmowych oraz określając odpowiedni termin na złożenie tych oświadczeń lub dokumentów oraz nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność poprawienia omyłki w ofercie Fujitsu Technology Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4 przez nadanie treści tabeli do pkt 1.1. formularza ofertowego w wierszu 13 „przewody połączeniowe” brzmienia „Przewody światłowodowe zakończone złączami LC-LC o długości 15m w ilości 5 sztuk” w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i nakazuje zamawiającemu dokonać czynności odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu Technology Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4 z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na niezaoferowanie przez tego wykonawcę wymaganej ilości przewodów połączeniowych, co nie odpowiada treści rozdziału I pkt. (2) ppkt. 3 wiersza 13 tabeli siwz

2. kosztami postępowania zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70 i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000zł. 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „GALAXY” J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 13/1 i DCS.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303 tytułem wpisów od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 70 kwotę **37 200zł. 00 gr.** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę **18 600zł.00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz J..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „GALAXY” J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 13/1 stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego

B. kwotę **18 600zł.00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz DCS.pl spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul.

3

Puławska 303 stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

**Sygn. akt KIO 2080/12
KIO 2085/12**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup bibliotek taśmowych z oprogramowaniem Data Protector zostało wszczęte przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 33 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej, opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 kwietnia 2012r. za numerem 2012/S 69-114181.

W dniu 19 września 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o tym, którzy wykonawcy zostaną zaproszeni do aukcji elektronicznej. Do aukcji mieli zostać zaproszeni :

1. ADT Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyny 3,
2. AGN Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zbójnogórska 36A,
3. Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14,
4. UNICOM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Umińskiego 6,
5. Galaxy J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 3/1
6. Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4
7. DCS.pl sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303.

Zamawiający poinformował także o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Biatel Bit S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 23 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2012r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy).

Sygn. akt KIO 2080/12

Na powyższą czynność w dniu 28 października 2012r. odwołanie wniósł J..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GALAXY J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Fabrycznej 3/1 – zwany dalej odwołującym Galaxy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania ADT pomimo, iż nie wykazał on potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie uznania oferty ADT za odrzuconą, pomimo, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała przesłanka do takiego działania zamawiającego;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez ADT, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez DCS w postępowaniu, pomimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ;

5. a w konsekwencji powyższego naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy .

Z powyższych względów odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- b) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w jej konsekwencji:
 - wykluczenia z postępowania ADT i w następstwie powyższego uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
 - odrzucenia oferty ADT jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - odrzucenia oferty DCS jako niezgodnej z treścią SIWZ;

c) na podstawie art. 190 ust 3 ustawy dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka Pana S..... S..... - Zastępcy Dyrektora Departamentu Informatyki Banku Pocztowego S.A., adres: Bank Pocztowy S.A, ul. Jagiellońska 17, 85-950 Bydgoszcz, na okoliczność ustalenia wartości dostawy urządzeń - bibliotek taśmowych w ramach projektu modernizacja środowiska dyskowego dla Centralnego Systemu Bankowego

def-Bank, konsolidacji zasobów plikowych oraz wirtualnych oraz modernizacji Centralnego Systemu Backup, w szczególności określenia czy wartość dostawy bibliotek taśmowych nie była mniejsza niż 2 mln złotych.

2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a także interes w złożeniu odwołania, gdyż zaskarżone czynności zamawiającego mogą w konsekwencji doprowadzić do zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy powinni zostać wykluczeni z postępowania, a ich oferty powinny odpowiednio zostać uznane za odrzucone lub odrzucone. Powyższe może uniemożliwić odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia w sytuacji, w której zamawiający zaprosi do udziału w aukcji elektronicznej także wykonawców, których mowa powyżej, a którzy nie powinni brać dalszego udziału w postępowaniu, w niedopuszczalny sposób zwiększy to konkurencję i ograniczy szanse odwołującego na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W tym zakresie wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izby”) z dnia 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1754/11, wyrok Izby z dnia 11 lipca 2011 r.; sygn. akt KIO 1329/11.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania wykluczenia ADT z udziału w postępowaniu i zaniechania uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, odwołujący wskazał na treść rozdziału III ust. 1 pkt 1) SIWZ, zgodnie z którym o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych

6

lub ciągłych również realizują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 (jedno) zamówienie którego przedmiotem była dostawa bibliotek taśmowych o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony złotych 00/100). Zgodnie z Rozdziałem V ust. 2 lit. j) SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli do przedstawienia wraz z ofertą wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu (w tym ilości), dat wykonania i odbiorców, oraz załączenie dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wg Załącznika nr 4 do SIWZ). Jeżeli w wykazie wykonawca wykazywałby doświadczenie innego podmiotu, to winien był złożyć w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu (oryginał) do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Spółka ADT Group sp. z o.o. dołączyła do swojej oferty wymagany wykaz zrealizowanych zamówień (strona 8) wraz z referencją potwierdzającą należyłą realizację wskazanego w wykazie zamówienia (strona 9). Z treści ww. wykazu wynika, że wykonawca w okresie od 11 czerwca 2010 r. do 9 maja 2011 r. zrealizował na rzecz Banku Pocztowego S.A. zamówienie polegające na dostawie i wdrożeniu bibliotek taśmowych, o wartości powyżej 2.000.000,00 zł brutto. W celu potwierdzenia doświadczenia przedłożono list referencyjny, z którego wynika, że wskazana w wykazie wartość zamówienia (tj. ponad 2.000.000,00 zł brutto) obejmowała modernizację środowiska dyskowego dla Centralnego Systemu Bankowego def-Bank, konsolidację zasobów plikowych oraz wirtualnych oraz modernizację Centralnego Systemu Backupu. Zakres projektu obejmował dostawę urządzeń oraz oprogramowania (macierze dyskowe, specjalizowane serwery plików, biblioteki taśmowe), wdrożenie, szkolenie powdrożeniowe oraz serwis realizowany wykonawcą. Tym samym dostawa bibliotek taśmowych była tylko jednym z wielu elementów realizowanego projektu. Przy tak określonym przedmiocie nie jest możliwe, aby przeważającą część wartości zamówienia stanowiła dostawa bibliotek taśmowych. Przedłożona referencja, w istocie nie wskazuje i nie potwierdza, jaka była wartość dostawy bibliotek taśmowych. Natomiast odwołujący analizując zakres projektu wskazał na jeszcze inne elementy np. dostawa serwerów i macierzy, których wartość realizacji i dostaw jest bardzo wysoka. Stanowi często 60% całego zamówienia, stąd ADT nie wykazała wymaganej przez zamawiającego wartości projektu.

zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazani spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy). Zaś wobec wskazanych powyżej okoliczności, w ocenie odwołującego, uznać należy, że spełnianie warunku, o którym mowa w Rozdziale III ust. 1 pkt 1) SIWZ nie zostało potwierdzone, a co za tym idzie zamawiający powinien działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy wykluczyć ADT z udziału w postępowaniu, a następnie uznać złożoną przez niego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4. ustawy. Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie bezsprzecznie doszło do naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 4) ustawy i art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, ponieważ wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji do kolejnego etapu postępowania został zakwalifikowany wykonawca, który powinien zostać wykluczony z postępowania, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ADT jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący Galaxy wskazał, że zgodnie z informacjami podanymi przez zamawiającego podczas otwarcia ofert (art. 86 ust. 3 ustawy) kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia wynosi ok. 3 800 000,00 zł. W ofercie ADT określono, że cena oferty (cena całkowita za wykonanie zamówienia) wynosi 2 855 600, 00 zł netto (strona 4 Oferty), podatek VAT 656 788,00 zł. Odwołujący podniósł, iż jest to cena o 30% zł niższa niż cena jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, oraz o prawie 50 % niższa od ceny kolejnej najtańszej oferty, tj. oferty wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02 - 337) przy ul. Mszczonowskiej 4 (dalej: „FUJITSU”), który to wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 6.401.404,62 zł brutto.

Inni wykonawcy zaoferowali kwoty:

8 534 586, 24 zł brutto (oferta Asseco Poland),

10 154 142,00 zł brutto (oferta UNICOM sp. z o.o.)

Zdaniem odwołującego takie ogromne rozbieżności w oferowanych cenach oraz w odniesieniu do szacowanej przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia budzi uzasadnione wątpliwości, co rzetelności ceny zaoferowanej przez ADT Group sp. z o.o. Tym bardziej, że kilku wykonawców oferuje sprzęt tego samego rodzaju i tego samego producenta. Odwołujący wskazał, iż ww. cenę należy uznać za rażąco niską i nie dającą gwarancji należytej realizacji zamówienia, przy jednoczesnym osiągnięciu przez ADT zysku. Powołał pojęcie „rażąco niskiej” wynikające z orzecznictwa Izby i sądów powszechnych - wyrok sądu okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt: XII Ga 88/09, wyrok Izby z dnia 24 marca 2009 r. w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 297/09, a także na opinię opublikowaną na stronach Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący wskazał, że punktem odniesienia dla uznania ceny za rażąco niską powinny być w szczególności:

1. ustalona należycie przez zamawiającego wartość zamówienia powiększona o VAT - w przedmiotowej sprawie cena oferty ADT znacznie odbiega od kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
2. ceny zaoferowane przez innych wykonawców - jak wykazano powyżej, cena oferty ADT jest o prawie 50 % niższa od kolejnej najniższej ceny zaproponowanej przez FUJITSU;
3. ceny rynkowe przedmiotu zamówienia – tu odwołujący powołał się na szerokie doświadczenie odwołującego w realizacji podobnych zamówień, które przekłada się na precyzję wykonanej w celu wycenienia oferty kalkulacji, jak i ogólna wiedza odwołującego na temat branży IT (w tym dostaw sprzętu komputerowego) prowadzą do wniosku, że cena zaoferowana przez ADT znacznie odbiega od cen rynkowych za rzeczywiste koszty realizacji zamówień tożsamy do przedmiotowego zamówienia.

Ocena powyższego w odniesieniu do ceny oferty ADT prowadzi odwołującego do wniosku, że wykonawca ten w przedmiotowej sprawie zaproponował realizację przedmiotu zamówienia za cenę, którą należy uznać za niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a jednocześnie za cenę znacząco odbiegającą od

cen przyjętych za realizację tego typu zamówień i wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów dostawy. W przedmiotowej sprawie przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie ADT, albo nierzetelność kalkulacji, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Zamawiający zatem powinien działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy odrzucić ofertę złożoną przez ADT, czego zaniechał.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty DCS.pl jako niezgodnej z SIWZ, odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem I pkt 2 ppkt 3.1. SIWZ zamawiający wymagał, aby zaoferowana przez Wykonawcę biblioteka taśmowa umożliwiała bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów Data Protector w szczególności Media Agent. W potwierdzenia tego wymogu, zgodnie SIWZ wykonawcy zobligowani byli do złożenia stosownego oświadczenia. Spółka DCS.pl sp. z o.o. w swojej ofercie potwierdziła spełnienie wymagań. Na etapie badania ofert, jak wynika z dokumentacji przetargowej zamawiający powziął uzasadnioną wątpliwość, co do złożonego oświadczenia i stwierdził, iż w macierzy (matrycy) zgodności producenta oprogramowania Data Protector (wersja dokumentu z 12 lipca 2012 r.) brak jest porównania zaoferowanej biblioteki taśmowej Qualstar Corp. XLS 812300 z oprogramowaniem. Wykonawcę zobowiązano do wskazania przyczyn dla których oferowana biblioteka taśmowa nie znalazła się w przywołanym dokumencie (macierz, matryca zgodności). W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca podtrzymał

9

swoje twierdzenia przedkładając oświadczenia producenta sprzętu. W tym miejscu odwołujący Galaxy wskazał, iż twierdzenia i oświadczenia DCS.pl. sp. z o.o. nie polegają na prawdzie. W istocie oferowana przez DCS.pl biblioteka taśmowa nie posiada wymaganej treści SIWZ (rozdział I pkt 2 ppkt 3.1. wiersze 14 i 15 tabeli) wsparcia dla systemu backup HP Data Protector dla systemu Linux (wiersz 14) oraz nie posiada wsparcia na wykonanie bezpośredniego backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemu Linux z wykorzystaniem komponentu Data Protector (wiersz 15). W celu wykazania ww. okoliczności odwołujący przedłożył informację producenta oprogramowania Data Protector - Hewlett Packard Polska sp. z o.o. z dnia 25.09.2012 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Tym samym w ocenie odwołującego Galaxy zamawiający zaniechał odrzucenia oferty DCS.pl na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 28 września 2012r.

W dniu 28 września 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 1 października 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił ADT group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyń 3 wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż złożył ważną ofertę i w skutek oddalenia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Zgłaszający złożył oświadczenie o przekazaniu kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu Galaxy.

W dniu 1 października 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Galaxy zgłosił swój udział AGN Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zbojnogórska 36A. Wniósł o uwzględnienie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż złożył ważną ofertę, a udział w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy powinni być wykluczeniu lub których oferty powinny zostać odrzucone może uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia. Uwzględnienie odwołania pozwoli na dalszy udział w postępowaniu wykonawców spełniających warunki określone przez zamawiającego oraz poszanowanie przepisów prawa w tym ustawy. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i

10

upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu faksem, a zamawiającemu na biuro podawcze w dniu 1 października 2012r.

W dniu 1 października 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Galaxy w zakresie zarzutów dotyczących oferty ADT Group sp. z o.o., a po stronie zamawiającego w zakresie zarzutów dotyczących DCS.pl sp. z o.o. zgłosił swój udział DCS.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego w zakresie zarzutów odnoszących się do jego oferty, bo uwzględnienie odwołania powodowałoby ograniczenie możliwości uzyskania zamówienia przez zgłaszającego przystąpienie. Podał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego w zakresie zarzutów odnoszących się do oferty ADT Group, gdyż udział tego wykonawcy w postępowaniu godzi w zasadę równości i zachowania uczciwej konkurencji, na nadto ogranicza możliwość uzyskania zamówienia przez zgłaszającego z uwagi na zwiększenie kręgu potencjalnych konkurentów. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 czerwca 2012r. udzielonego przez prezesa zarządu zgłaszającego ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z załączonym do zgłoszenia odpisem z KRS.

W dniu 10 października 2012r. przed otwarciem posiedzenia zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie odwołującego Galaxy i oświadczył, że uwzględni w całości odwołanie.

Sygn. akt KIO 2085/12

W dniu 28 października 2012r. odwołanie wniosło DCS.PL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303 – dalej odwołujący DCS. Czynnościom zamawiającego zarzucił:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy a z ostrożności procesowej naruszenie art. 26 ust 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia lub przynajmniej przy zachowaniu ostrożności procesowej wezwania wykonawcy ADT GROUP Sp. z o.o do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przetargowym;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 poprzez błędne zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, a w konsekwencji nie odrzucenie ofert wykonawców: Asseco Poland S.A., Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., AGN Polska Sp. z o.o., które nie spełniają wymagań SIWZ;
- 3) naruszenie art. 8 i art. 96 ust. 3 ustawy oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej Uuznk") poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom zastrzeżonych przez firmę AGN Polska Sp. z o.o. jako niejawnych części oferty w zakresie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie

11

dostaw, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że powyższe naruszenia ustawy powodują naruszenie interesu prawnego odwołującego. Nie odrzucenie ofert nie spełniających wymagań SIWZ narusza art. 7 ust. 1 ustawy oraz godzi w interes prawny odwołującego poprzez ograniczenie jego możliwości uzyskania zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami, wniosł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy ADT GROUP Sp. z o.o., a z procesowej wezwania tego wykonawcy do złożenia dokumentów ostrożności potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert i odrzucenie ofert firm Asseco Poland S.A., Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., AGN Polska Sp. z o.o.,
- 4) nakazanie zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie wykonawcom zastrzeżonych przez firmę AGN Polska Sp. z o.o. jako niejawnych części oferty.

W odniesieniu do zarzutów dotyczące oferty firmy ADT GROUP Sp. z o.o. odwołujący DCS wskazał, co następuje :

1. wykonawca ADT powinien zostać wykluczony z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy pzp a jego oferta odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy pzp.

Odwołujący powołał Rozdział III ust. 1 pkt. 1 SIWZ (str. 3), zgodnie z którym warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się przez wykonawcę zrealizowaniem przynajmniej jednej dostawy bibliotek taśmowych o wartości nie mniejszej niż 2 000 000.00 PLN brutto. Firma ADT GROUP Sp z o.o. jako dowód na spełnianie tego warunku udziału w postępowaniu przedstawiła formularz "Wykaz dostaw", obejmujący jedną pozycję - dostawę bibliotek taśmowych dla Banku Pocztowego S A. w Bydgoszczy o wartości dostawy "Powyżej 2 000 000 zł brutto", bez określenia rzeczywistej wartości dostarczonych bibliotek taśmowych. Na potwierdzenie należytego wykonania dostawy, firma ADT GROUP Sp. z o.o. załączyła "List referencyjny" z dnia 2011.06.09, potwierdzający wykonanie zamówienia obejmującego oprócz bibliotek taśmowych również inny sprzęt informatyczny (macierze dyskowe, specjalizowane serwery plików) oraz usługi wdrożenia, szkolenia powdrożeniowego oraz serwisu realizowanego przez wykonawcę na kwotę przekraczającą 2 000 000,00 złotych brutto. W tym stanie rzeczy. zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale III ust. 1 pkt. 1 SIWZ (str. 3) i pismem z dnia 2012.07.13 wezwał firmę ADT GROUP Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień popartych dowodami, z których wynikać będzie spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca

12

pismem z dnia 2012.07.17. potwierdził, że dla Banku Pocztowego wykonał dostawę bibliotek taśmowych o wartości przekraczającej 2 mln zł brutto oraz powołał się na list referencyjny znajdujący się w ofercie. Takie lakoniczne wyjaśnienie wykonawcy, w opinii odwołującego, nie wyjaśnia uzasadnionych wątpliwości zamawiającego, wobec sprzecznych informacji zawartych w wykazie dostaw i liście referencyjnym potwierdzającym należyłą realizację zamówienia, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał ani nie udowodnił spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zarówno w ofercie jak i na wezwanie zamawiającego. W związku z powyższym, firma ADT GROUP Sp. z o.o. powinna zostać wykluczona z postępowania przetargowego, lub przynajmniej przy zachowaniu ostrożności procesowej wykonawca powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających w sposób nie budzący wątpliwości spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co nie zostało wykonane.

W zakresie zarzutów dotyczące oferty firmy Asseco Poland S.A. odwołujący DCS podniósł, że

1. Oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp, z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

1.1 Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale I ust. 2 pkt. 3 ppkt 3 wiersz 14 SIWZ (str. 2) zamawiający wymagał, aby zaoferowana biblioteka taśmowa współpracowała z systemem backupu HP Data Protector for Linux i Windows. Wykonawca w pkt. 1 ppkt. 1 wiersz 14 formularza ofertowego zadeklarował, że biblioteka jest kompatybilna z HP Data Protector dla systemów operacyjnych Windows i Linux. Taka charakterystyka zaoferowanej biblioteki taśmowej jest niezgodna z wymaganiem zamawiającego, a wykonawca zaoferował niepełny i niewystarczający sposób realizacji wymagania. W konsekwencji, konfiguracja biblioteki taśmowej i jej parametry na dzień złożenia ofert nie spełniają wymagań zamawiającego określonych w SIWZ. Zadeklarowana przez wykonawcę "kompatybilność" oznacza w branży informatycznej "zgodność", i nie jest tożsama z wymaganą przez zamawiającego "współpracą" oznaczającą możliwość wspólnego funkcjonowania w ramach całego systemu (większej całości).

1.2 Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale I ust. 2 pkt. 3 ppkt 3 wiersz 15 SIWZ (str. 2) zamawiający wymagał, aby zaoferowana biblioteka taśmowa umożliwiała bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów Data Protectora w szczególności Media Agenta. Wykonawca w pkt. 1 ppkt. 1 wiersz 15 Formularza ofertowego zadeklarował, że biblioteka umożliwia bezpośrednie sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów przez sieć SAN przez moduły wchodzące w skład oprogramowania HP Data Protector. Podkreślamy, że zamawiający wymagał umożliwienia wykonywania operacji bezpośredniego backupu (archiwizacji danych), natomiast wykonawca zaoferował bibliotekę taśmową umożliwiającą

13

wyłącznie bezpośrednio sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów. Wobec

sprzeczności treści oferty z wymaganiami SIWZ, zamawiający pismem z dnia 2012.07.13 wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaistniałych rozbieżności. Wykonawca pismem z dnia 2012.07.18 zmienił treść oferty poprzez wyjaśnienie, że oferowana biblioteka umożliwia bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów Data Protectora w szczególności Media Agenta. Zamawiający uznał, że zmiana treści oferty nie jest istotna i dokonał jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp. W ocenie odwołującego, taka charakterystyka zaoferowanej biblioteki taśmowej zawarta w ofercie wykonawcy jest niezgodna z wymaganiem zamawiającego, a wykonawca zaoferował niepełny i niewystarczający sposób realizacji wymagania. Konfiguracja biblioteki taśmowej i jej parametry na dzień złożenia ofert nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w SIWZ. a w konsekwencji, zmieniona przez wykonawcę treść oferty nie jest omyłką podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, natomiast stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty dokonaną po terminie złożenia ofert.

1.3 Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale I ust. 2 pkt. 3 ppkt 3 wiersz 10 SIWZ (str. 2) zamawiający wymagał, aby zaoferowana biblioteka taśmowa posiadała pełną obsługę technologii WORM (...). Wykonawca w pkt. 1 ppkt. 1 wiersz 10 formularza ofertowego zadeklarował, że biblioteka wraz z oferowanymi napędami umożliwia jednocześnie użycie taśm różnego typu: WORM (...). Taka charakterystyka zaoferowanej biblioteki taśmowej jest niezgodna z wymaganiem zamawiającego, a wykonawca zaoferował niepełny i niewystarczający sposób realizacji wymagania. W konsekwencji, konfiguracja biblioteki taśmowej i jej parametry na dzień złożenia ofert nie spełniają wymagań zamawiającego określonych w SIWZ. Zadeklarowana przez wykonawcę możliwość jednoczesnego użycia taśm różnego typu nie jest tożsama z wymaganą przez zamawiającego pełną obsługą technologii WORM.

W odniesieniu do zarzutów dotyczące oferty firmy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., odwołujący DCS wskazał, że

1. Oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp, z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

1.1 Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale I ust. 2 pkt. 3 ppkt 3 wiersz 13 SIWZ (str. 2) zamawiający wymagał, aby zaoferowana biblioteka taśmowa została dostarczona wyposażona w 5 szt. przewodów połączeniowych o długości 5 m z końcówkami typu LC-LC. Wykonawca w pkt. 1 ppkt. 1 wiersz 13 Formularza ofertowego zadeklarował, że biblioteka taśmowa zostanie wyposażona w przewody światłowodowe bez określenia liczby tych przewodów. Nadmieniamy, że element ten nie dotyczy charakterystyki parametrów biblioteki taśmowej, a stanowi komponent cenotwórczy biblioteki taśmowej. Wobec treści

14

oferty niezgodnej z wymaganiami SIWZ, zamawiający pismem z dnia 2012.07.13 wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaistniałych rozbieżności. Wykonawca pismem z dnia 2012.07.19 zmienił treść oferty poprzez wyjaśnienie, że oferuje dostawę 5 szt. przewodów. Zamawiający uznał, że zmiana treści oferty nie jest istotna i dokonał jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp. W ocenie odwołującego, brak informacji o zaoferowanej liczbie przewodów połączeniowych ma istotny wpływ na treść oferty i powoduje, że oferta nie zawierająca pełnego przedmiotu zamówienia jest niezgodna z wymaganiami SIWZ i nieporównywalna cenowo. W związku z tym, zmieniona przez wykonawcę treść oferty nie jest omyłką podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, natomiast stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty dokonaną po terminie złożenia ofert.

1.2 Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale I ust. 2 pkt. 3 ppkt 3 wiersz 14 SIWZ (str. 2) zamawiający wymagał, aby zaoferowana biblioteka taśmowa współpracowała z systemem backupu HP Data Protector for Linux i Windows. Wykonawca w pkt. 1 ppkt. 1 wiersz 14 Formularza ofertowego zadeklarował, że biblioteka jest kompatybilna z HP Data Protector dla systemów operacyjnych Windows i Linux. Taka charakterystyka zaoferowanej biblioteki taśmowej jest niezgodna z wymaganiem zamawiającego, a wykonawca zaoferował niepełny i niewystarczający sposób realizacji wymagania. W konsekwencji, konfiguracja biblioteki taśmowej i jej parametry na dzień złożenia ofert nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w SIWZ. Zadeklarowana przez wykonawcę "kompatybilność" oznacza w branży informatycznej "zgodność", i nie jest tożsama z wymaganą przez zamawiającego "współpracą" oznaczającą możliwość wspólnego

funkcjonowania w ramach całego systemu (większej całości).

1.3 Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale I ust. 2 pkt. 3 ppkt 3 wiersz 15 SIWZ (str. 2) zamawiający wymagał, aby zaoferowana biblioteka taśmowa umożliwiała bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów Data Protectora w szczególności Media Agenta. Wykonawca w pkt. 1 ppkt. 1 wiersz 15 Formularza ofertowego zadeklarował, że biblioteka umożliwia bezpośrednie sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów przez sieć SAN przez moduły wchodzące w skład oprogramowania HP Data Protector. Podkreślamy, że zamawiający wymagał umożliwienia wykonywania operacji bezpośredniego backupu (archiwizacji danych), natomiast wykonawca zaoferował bibliotekę taśmową umożliwiającą wyłącznie bezpośrednie sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów. Wobec sprzecznej treści oferty z wymaganiami SIWZ, zamawiający pismem z dnia 2012.07.13 wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaistniałych rozbieżności. Wykonawca pismem z dnia 2012.07.18 zmienił treść oferty poprzez oświadczenie, że oferowana biblioteka taśmowa umożliwia bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla

15

systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów Data Protectora w szczególności Media Agenta. Zamawiający uznał, że zmiana treści oferty nie jest istotna i dokonał jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. W ocenie odwołującego, taka charakterystyka zaoferowanej biblioteki taśmowej zawarta w ofercie wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, a wykonawca zaoferował niepełny i niewystarczający sposób realizacji wymagania. Konfiguracja biblioteki taśmowej i jej parametry na dzień złożenia ofert nie spełniają wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, a w konsekwencji, zmieniona przez wykonawcę treść oferty nie jest omyłką podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp, natomiast stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty dokonaną po terminie złożenia ofert.

1.4 Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale I ust. 2 pkt. 3 ppkt 3 wiersz 10 SIWZ (str. 2) zamawiający wymagał, aby zaoferowana biblioteka taśmowa posiadała pełną obsługę technologii WORM (...). Wykonawca w pkt. 1 ppkt. 1 wiersz 10 formularza ofertowego zadeklarował, że biblioteka wraz z oferowanymi napędami umożliwia jednocześnie użycie taśm różnego typu: WORM (...). Taka charakterystyka zaoferowanej biblioteki taśmowej jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, a wykonawca zaoferował niepełny i niewystarczający sposób realizacji wymagania. W konsekwencji, konfiguracja biblioteki taśmowej i jej parametry na dzień złożenia ofert nie spełniają wymagań zamawiającego określonych w SIWZ. Zadeklarowana przez wykonawcę możliwość jednocześnie użycia taśm różnego typu nie jest tożsama z wymaganą przez zamawiającego pełną obsługą technologii WORM.

Uzasadniając zarzuty dotyczące oferty firmy AGN Polska Sp. z o.o., odwołujący DCS powołał, że

1. Oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp, z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

1.1 Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale I ust. 2 pkt. 3 ppkt 4 wiersz 2 SIWZ (str. 2) zamawiający wymagał, dostawy 4 szt. licencji na oprogramowanie Data Protector HP OpenView Storage Data Protector Unlimited Slots Library E-LTU - B6958BAE. Wykonawca w pkt. 1 ppkt. 2 wiersz 2 Formularza ofertowego zaoferował dostawę 4 sztuk licencji HP OpenView Data Protector One Drive UNIX/NAS/SAN LTU - B6953AA. Wobec sprzecznej treści oferty z wymaganiami SIWZ, zamawiający pismem z dnia 2012.07.13 wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaistniałych rozbieżności. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca zmienił treść oferty poprzez oświadczenie, że w pkt. 1 ppkt. 2 wiersz 2 Formularza ofertowego oferuje dostawę 4 szt. licencji na oprogramowanie Data Protector HP OpenView Storage Data Protector Unlimited Slots Library E-LTU - B6958BAE. Zamawiający uznał, że zmiana treści oferty polega na błędnym przekopowaniu nazw licencji, nie jest istotna i dokonał jej poprawienia w

16

trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp. W ocenie odwołującego, jest to poważny błąd tej oferty. Wykonawca dokonał niedozwolonej modyfikacji treści wzoru formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z

wymaganiem określonym w SIWZ. Takiej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można wyjaśnić błędem kopiowania, w sytuacji gdy zamawiający udostępnił na swojej stronie internetowej edytowalne załączniki do SIWZ. Podkreślił, że wszelkie zmiany SIWZ są wiążące dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, a wykonawca zobowiązany jest do należytej staranności przy sporządzeniu oferty. W związku z powyższym, zmieniona przez wykonawcę treść oferty nie jest omyłką podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp, z uwagi na fakt, że dotyczy sposobu spełnienia świadczenia, który jest inny niż wymagany przez zamawiającego w SIWZ. natomiast stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty dokonaną po terminie złożenia ofert.

2. Oferta wykonawcy powinna zostać odtajniona z uwagi na fakt, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

2.1 wykonawca w ofercie dokonał zastrzeżenia jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wymienionych w formularzu "Wykaz dostaw". Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk), poprzez tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje się "nieujawnione do wiadomości publicznej informacje (...) organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności". Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że część jawna oferty zawiera wszystkie niezbędne informacje dotyczące zrealizowanych dostaw. W związku z powyższym, zastrzeżone przez firmę AGN Polska Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie spełniają łącznie warunków, pozwalających na uznanie że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:

a) zostały ujawnione do wiadomości publicznej;

b) nie podjęto w stosunku do nich niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 września 2012r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 28 września 2012r.

17

W dniu 1 października 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując kopię odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 3 października 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział AGN Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zbojnogórska 36A. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania może skutkować odrzuceniem jego oferty i utratą szansy na uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 3 października 2012r.

W dniu 4 października 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział J..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Galaxy J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 3/1. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż czynności i zaniechania zamawiającego mogą w konsekwencji doprowadzić do zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy powinni zostać wykluczeniu, lub których oferty powinny ulec odrzuceniu, co może uniemożliwić zgłaszającemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania zwiększy szanse zgłaszającego na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 3 października 2012r.

W dniu 4 października 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział Fujitsu Technology Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na

korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania może skutkować odrzuceniem jego oferty i utratą szansy na uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 4 października 2012r.

W dniu 4 października 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyny 3. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść

18

zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania może skutkować odrzuceniem jego oferty i utratą szansy na uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, ogłoszenia zmieniające, specyfikacje istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnienia treści siwz, oferty wykonawców w spornym zakresie tj. ADT Group, DCS.pl, Asseco Poland i AGN i Fujitsu Technology Solutions, wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz wezwania do wyjaśnień kierowane do tych podmiotów wraz z odpowiedziami.

W siwz w rozdziale I pkt3. Ppkt. 3 zamawiający opisał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 4 bibliotek taśmowych, z których każda (w spornym zakresie) miała spełniać wymagania minimalne opisane w tabeli :

- w wierszu 10 – technologia WORM – pełna obsługa technologii WORM – „Write Once/Read Many” (z możliwością jednoczesnego użycia nośników WORM i „rewritable”) lub równoważnej
- w wierszu 13 – przewody połączeniowe – przewody o długości 5m z końcówkami typu LC-LC 5 szt.
- w wierszu 14 – system backupu – biblioteka musi współpracować z systemem backupu HP Data Protector for Linux i Windows,
- w wierszu 15 – systemy operacyjne – biblioteka taśmowa musi umożliwiać bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów Data Protectora w szczególności Media Agenta.

W siwz w rozdziale I pkt 3. Ppkt. 4 zamawiający opisał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji na oprogramowanie Data Protector w ilości i asortymencie według tabeli, w tym w wierszu 2 HP Data Prot Unlimited Slot Libraries Extension LTU Linux 4 szt.

Wymagania zamawiającego wynikające z opisu przedmiotu zamówienia znalazły swoje odzwierciedlenie w załączniku nr 1 do siwz formularzu ofertowym, gdzie wykonawca miał scharakteryzować wymagania oferowane i potwierdzoną przez wykonawcę nazwą licencji.

W siwz w rozdziale III pkt. 1 ppkt. 1 zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy PZP w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia

19

warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 (jedno) zamówienie, którego przedmiotem była dostawa bibliotek taśmowych o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł. (brutto) (słownie: dwa miliony złotych 00/100). W rozdziale V pkt. 2 lit. j na potwierdzenie spełniania tego warunku zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie z podaniem ich wartości,

przedmiotu (w tym ilości), dat wykonania i odbiorców oraz załączenie dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wg załącznika nr 4 do siwz). Jeżeli w wykazie wykonawca wykazał doświadczenie innego podmiotu, winien złożyć w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu (oryginał) do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Załącznik nr 4 do siwz zawierał obowiązek podania odbiorcy (nazwa, adres),(pożądany: nr telefonu i nazwisko osoby odbierającej prace), wykonawcę dostawy, opis przedmiotu dostawy, wartość brutto dostawy zrealizowanej przed upływem terminu składania ofert, okres realizacji, podmiot (inny niż wykonawca składający ofertę wskazany w jako wykonawca dostawy będzie brał udział w realizacji cz. zamówienia (Tak/Nie).

W dniu 18 kwietnia 2012r. zamawiający wyjaśnił treść siwz odpowiadając na pytanie nr 1 o treści „W związku z w/w postępowaniem prosimy o podanie dokładnej wersji oprogramowania HP Data Protector, z którą ma być kompatybilna oferowana biblioteka taśmowa”, udzielił odpowiedzi „Oferowana biblioteka taśmowa musi być kompatybilna z oprogramowaniem HP Data Protector v6.1”, oraz na pytanie nr 2 o treści „W związku z w/w postępowaniem prosimy o podanie dokładnej wersji systemów operacyjnych, o których mowa w Rozdziale I pkt. 3 w wierszu lp. 15 tabeli, a w szczególności wersji OS Systemów Linux i HP-UX, udzielił odpowiedzi „HP-UX v.11.11, v11.23, v11.33, Linux RedHat v 4,5,6.

W dniu 7 maja 2012r. zamawiający odpowiadając na pytanie nr 1 o treści „Zwracamy się zatem z prośbą o podanie kodów producenta każdego z 4 wymienionych w tabeli produktów (tzw. Part Numer)”, zamawiający dokonał modyfikacji siwz zmieniając wiersz 2 tabeli rozdziału I pkt. 4 w ten sposób „HP OpenView Storage Data Protector Unlimited Slots Library E-LTU-B6958BAE 4 szt.

W dniu 15 maja 2012r. zamawiający odpowiadając na pytanie nr 10 podał szczegółową listę wszystkich systemów, z których będzie wykonywany (tekst nieczytelny) z użyciem San Agent Media udzielił odpowiedzi „Wersje Windows Server 2000, 2003, 2008, wersje Linux RedHat

20

4, 5,6, wersje HP-UX 11.11, 11.23, 11.33 zarówno systemy Linux i Windows w wersjach 32 i 64 bit”

W dniu 6 czerwca 2012r. zamawiający odpowiadając na pytanie nr 1 o treści „Czy w związku z brakiem wsparcia podstawowego świadczonego przez Microsoft dla produktów Windows Server 2000 i 2003, Zamawiający rezygnuje z wymogu kompatybilności oferowanej biblioteki taśmowej i napędów FC z tymi systemami operacyjnymi?, zamawiający udzielił odpowiedzi „Zamawiający nie zmienia zapisów SIWZ dotyczących zgodności z systemami Windows Server 2000 i 2003.”

W dniu 21 czerwca 2012r. podczas sesji otwarcia ofert zamawiający podał kwotę brutto jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 4 941 000,00zł.

Wykonawca ADT Group zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 3 512 388,00zł. brutto. Na str. 5 oferty złożył oświadczenie z art. 22 ust. 1 ustawy. Na stronie 7 ofert zawarł wykaz dostaw, gdzie wskazał. dostawę na rzecz Banku Pocztowego S.A. w opisie przedmiotu dostawy wskazano dostawę wdrożenie bibliotek taśmowych, wartość brutto dostawy zrealizowanej przed upływem terminu składania ofert – powyżej 2 000 000zł. brutto. Na stronie 8 załączono list referencyjny z 9 czerwca 2011r., z którego wynika, że ADT Group zrealizowała dla Banku Pocztowego prace o wartości przekraczającej 2 000 000zł. brutto w zakresie modernizacji środowiska dyskowego dla Centralnego Systemu Bankowego def-Bank, konsolidacji zasobów plikowych oraz wirtualnych oraz modernizacji Centralnego Systemu Backupu. Zakres projektu obejmował dostawę urządzeń oraz oprogramowania (macierze dyskowe, specjalizowane serwery plików, biblioteki taśmowe), wdrożenie, szkolenie powdrożeniowe oraz serwis realizowany przez firmę ADT Group.

W dniu 13 lipca 2012r. zamawiający wezwał ADT do wyjaśnienia treści dokumentów tj. wykazu dostaw i załączonych do nich referencji, gdyż z dokumentów tych nie wynika zrealizowanie co najmniej 1 dostawy bibliotek taśmowych o wartości nie mniejszej niż 2 mln. zł., a z referencji wynika szerszy zakres przedmiotu zamówienia, niż z wykazu.

W dniu 17 lipca 2012r. wykonawca ADT group oświadczył, że posiada odpowiednie

doświadczenie, czyli zrealizowała zamówienie dla Banku Pocztowego, którego przedmiotem była dostawa bibliotek taśmowych o wartości przekraczającej 2 mln. zł. brutto.

Potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia jest załączony do oferty list referencyjny.

W dniu 31 sierpnia 2012r. zamawiający poprawił oczywiste jego zdaniem omyłki w ofercie ADT polegające m. in. na sprzeczności treści oferty z treścią siwz i wierszowi 15 tabeli z pkt

21

1.1. nadał brzmienie „Biblioteka umożliwia bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN komponentów Data Protector w szczególności Media Agent”.

Wykonawca ADT wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

W ofercie AGN na stronie 2 w oświadczeniach dotyczących oferowanych licencji na oprogramowanie Data Protector w wierszu drugim potwierdzono przez wykonawcę nazwę licencji i wskazano „HP Open View Data Protector One Drive Unix/NAS/SAN LTU – B 6953AA”, zaś w formularzu w części dotyczącej kalkulacji cenowej wskazano w wierszu 3 HP Open View Storage Data Protector Unlimited Slots Library E-LTU – B6958BAE szt. 4. W dniu 13 lipca 2012r. zamawiający wezwał AGN do wyjaśnień w zakresie tabeli z pkt 1.1 formularza oferty wiersza 10, 14 i 15, co do tego jakie rozwiązanie jest oferowane, gdyż wykonawca powtórzył jedynie postanowienia siwz oraz do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy wierszem 2 tabeli z pkt. 1.2. formularza oferty, a pkt. 2 formularza oferty, gdyż wykonawca w wierszu 2 tabeli z pkt. 1.2. wskazał na niewskazaną przez zamawiającego licencję HP OpenView Data Protector One Drive UNIX/NAS/SAN LTU – B6953AA, a w tabeli pkt. 2 na prawidłową licencję wymaganą przez zamawiającego.

W dniu 19 lipca 2012r. wykonawca AGN złożył wyjaśnienia i wskazał, że oferuje biblioteki Quantum i 500 z zaimplementowaną pełną obsługą technologii WORM – „Write Once/Read Many” (z możliwością jednoczesnego użycia nośników WORM i „rewritable”, a także współpracujące z systemem backupu HP Data Protector for Windows i Linux i umożliwiające bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów Data Protector, w szczególności MediaAgenta oraz oferuje licencję HP Open View Storage Data Protector Unlimited Slots Library E-LTU-B6958BAE – szt. 4.

W dniu 31 sierpnia 2012r. zamawiający poprawił oczywiste jego zdaniem omyłki w ofercie AGN polegające m. in. na sprzeczności treści oferty z treścią siwz i wierszowi 10 tabeli z pkt 1.1. nadał brzmienie „Pełna obsługa technologii WORM – „Write Once/Read Many” 9z możliwością jednoczesnego użycia nośników Worm i „rewritable””, wierszowi 14 nadał brzmienie „Biblioteka współpracuje z systemem backupu HP Data Protector for Linux i Windows”, a wierszowi 15 tej tabeli brzmienie „Biblioteka umożliwia bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN komponentów Data Protector w szczególności Media Agent”, zaś wierszowi 2 w tabeli 1.2 nadał brzmienie określając nazwę licencji i potwierdzoną przez Wykonawcę nazwę licencji jako HP OpenView Storage Data Protector Unlimited Slots Library E-LTU – B 6958BEA. .

22

Wykonawca AGN wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

W ofercie Asseco na str. 5 zaoferował w wierszu 10 tabeli nr 1 bibliotekę wraz z oferowanymi napędami umożliwiającą jednoczesne użycie taśm różnego typu :WORM, rewritable, czyszczących, w wierszu 14 - biblioteki kompatybilnej z HP Data Protector dla systemów operacyjnych Windows i Linux, w wierszu 15 – biblioteki umożliwiającej bezpośrednie sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów przez sieć SAN przez moduły wchodzące w skład oprogramowania HP Data Protector. Z formularza cenowego wynika, że wykonawca zaoferował bibliotekę Quantum Scalar i500.

W dniu 13 lipca 2012r. zamawiający wezwał Asseco do wyjaśnienia m. in. rozbieżności pomiędzy wymaganiem zamawiającego „Biblioteka taśmowa musi umożliwiać bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z

wykorzystaniem komponentów Data w szczególności MediaAgenta” a Protectora zaoferowaną przez wykonawcę „biblioteką umożliwiającą bezpośrednie sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów przez sieć SAN przez moduły wchodzące w skład oprogramowania HP Data Protector”.

W dniu 18 lipca 2012r. Asseco wyjaśniło, że zaoferowana biblioteka taśmowa umożliwia bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów Data Protectora w szczególności MediaAgenta.

W dniu 31 sierpnia 2012r. zamawiający poprawił oczywiste jego zdaniem omyłki w ofercie Asseco polegające m. in. na sprzeczności treści oferty z treścią siwz i wierszowi 15 tabeli z pkt 1.1. nadał brzmienie „Biblioteka umożliwia bezpośrednie sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów przez sieć SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX przez moduły wchodzące w skład oprogramowanie HP Data Protector”.

Wykonawca Asseco wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

W ofercie Fujitsu Technology Solutions w formularzu ofertowym w tabeli 1 w wierszu 10 wykonawca zaoferował bibliotekę wraz z oferowanymi napędami umożliwiającą jednoczesne użycie taśm różnego typu: WORM, rewritable i czyszczących, w wierszu 13 – przewody światłowodowe zakończone złączami LC o długości 15m, w wierszu 14 - bibliotekę kompatybilną z HP Data Protector dla systemów operacyjnych Windows i Linux, w wierszu 15 – bibliotekę umożliwiającą bezpośrednie sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów przez sieć SAN przez moduły wchodzące w skład oprogramowania HP Data

23

Protector. Z formularza cenowego wynika, że wykonawca zaoferował bibliotekę Quantum Scalar i500.

W dniu 13 lipca 2012r. zamawiający wezwał Fujitsu do wyjaśnienia m. in. braku wskazania liczby przewodów w wierszu 13 tabeli do pkt 1.1. formularza ofertowego oraz rozbieżności pomiędzy wymaganiami zamawiającego „Biblioteka taśmowa musi umożliwiać bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów Data w szczególności MediaAgenta” a Protectora zaoferowaną przez wykonawcę „biblioteką umożliwiającą bezpośrednie sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów przez sieć SAN przez moduły wchodzące w skład oprogramowania HP Data Protector”.

W dniu 19 lipca 2012r. Fujitsu wyjaśniło, że przy sporządzaniu formularza ofertowego opis oferowanych przewodów został omyłkowo skrócony i potwierdziło, że dostarczone zostaną przewody o długości 15 m wraz z końcówkami LC-LC w ilości 5 sztuk, a w zakresie rozbieżności wyjaśniło, że oferowane przez wykonawcę urządzenia są umieszczone przez producenta oprogramowania Data Protector na liście kompatybilności dla wymienionych systemów operacyjnych Windows, Linux, HP-UX. Bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN polega na wysłaniu polecenia załadowania taśmy do robota biblioteki, a następnie przesyłanie danych backupowanych na napęd taśmowy. MediaAgent to moduł Data Protector`a kontrolujący urządzenia pamięci masowych na którym składowane są dane. Umieszczony opis miał zapewnić o kompatybilności wymienionego oprogramowania z oferowanym urządzeniem. Dla pełnej jasności oświadczono, że oferowana biblioteka umożliwia bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UP z wykorzystaniem komponentów Data Protectora w szczególności MediaAgenta.

W dniu 31 sierpnia 2012r. zamawiający poprawił oczywiste jego zdaniem omyłki w ofercie Fujitsu polegające m. in. na sprzeczności treści oferty z treścią siwz i wierszowi 13 tabeli z pkt 1.1. nadał brzmienie „Przewody światłowodowe zakończone złączami LC-LC o długości 15 m w ilości 5 szt.”, a wierszowi 15 tej tabeli brzmienie „Biblioteka umożliwia bezpośrednie sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów przez sieć SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX przez moduły wchodzące w skład oprogramowanie HP Data Protector”.

Wykonawca wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

W ofercie Dcs.pl zaoferowano na stronie 3 w tabeli 1 w wierszu 14 – bibliotekę poprawnie współpracującą z systemem backupu HP Data Protector for Linux i Windows, a w wierszu 15 bibliotekę taśmową umożliwiającą bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów Data Protectora w szczególności MediaAgenta. Z formularza cenowego wynika, że wykonawca zaoferował bibliotekę Qualstar Corp. XLS 812300.

W dniu 27 lipca 2012r. zamawiający wezwał wykonawcę DCS.pl do wyjaśnienia i ewentualnego udokumentowania, że zaoferowana przez tego wykonawcę biblioteka taśmowa Qualstar Corp XLS 812300 spełnia wymagania siwz, oraz dlaczego nie znalazła się w macierzy zgodności oprogramowania Data Protector wersja 1.4 z lipca 2012r.

W dniu 2 sierpnia 2012r. wykonawca DCS.pl podtrzymał oświadczenia zawarte w ofercie o spełnianiu przez bibliotekę taśmową Qualstar wymagań zamawiającego i stwierdził, że wynika to z dokumentu „Applications Support for Qualstar XLS, TLS and RLS Series Tape Libraries, June 26, 2012” dostępnym na stronie producenta oraz z oświadczenia producenta, które do wyjaśnień załączył. Nadto brak informacji w dokumencie wskazanym przez zamawiającego odnosi się tylko do systemu Linux i wynika z faktu, że żaden z klientów Qualstar Corp. Nie był dotychczas zainteresowany wykorzystaniem oprogramowania Data Protector na systemie Linux, stąd taka informacja nie została przekazana firmie HP, ponadto dokument, którym posłużył się zamawiający ma zastrzeżenie, że informacje w nim zawarte nie są kompletne i po szczegółowe informacje należy się zwracać do producentów urządzeń. Załączone do wyjaśnień dokumenty potwierdzają systemy do tworzenia kopii zapasowych wspieranych przez biblioteki taśmowe XLS i dla produktu Data Protector wspierane systemy to Linux, Windows 2003, 2008 i HP-UX.

Do odwołania odwołujący Galaxy załączył oświadczenie Hewlett –Packard Polska sp. z o.o., z którego wynika, że biblioteka Qualstar XLS-812300 nie posiada wsparcia dla systemu Linux, tj. nie współpracuje z systemem backupu HP Data Protector for Linux i nie posiada wsparcia na wykonanie bezpośredniego backupu z wykorzystaniem sieci SAN dla systemu Linux z wykorzystaniem komponentów Data Protector, co wynika z matrycy wspieranego sprzętu przez HP Data Protector v. 7 oświadczenie identycznej treści złożył na rozprawie przystępujący AGN Polska.

Z pisma AGN Polska z dnia 27 września 2012r. wraz z dowodem przesłania pisma faksem w tym dniu, wynika, iż przystępujący podjął próby ustalenia u zleceniodawcy zamówienia w zakresie modernizacji środowiska dyskowego dla Centralnego Systemu Backupu.

Z pisma zamawiającego do wykonawców z dnia 10 października 2012r. wynika, że zamawiający ocenił, iż informacje zawarte na str. 20 i 21 oferty wykonawcy AGN Polska nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ze skonsolidowanego sprawozdania finansowego za rok zakończony 31 grudnia 2010r. i za rok zakończony 31 grudnia 2011r. wynika, że z tytułu kosztów serwisu oprogramowania, usług informatycznych grupa kapitałowa wydała 12 327 tys. złotych w 2010r., a 11 524 tys. zł., natomiast w urządzeniach i maszynach w 2010r. wydatkowano 2 875 tys. zł., a w 2011 2 961 tys. zł.

Na rozprawie w dniu 18 października 2012r. strony i uczestnicy przedłożyli dowody, z których wynika:

Przystępujący AGN:

- zestawienie obsługiwanych urządzeń HP Data Protector 7.00 z września 2012r. wraz z tłumaczeniem – Izba uznała, że przedmiotowy dowód nie dotyczy wersji oprogramowania HP Data Protector, która jest przedmiotem sporu, lecz wersji wyższej od wymaganej tj. v.6.1. Z dokumentu tego wynika, że na wrzesień 2012 firma HP nie zamieściła bibliotek QualStar XLS-8000 jako urządzenia dla którego zapewnia wsparcie w zakresie systemu operacyjnego Linux,

- oświadczenie HP Polska sp. z o.o. z dnia 17 października 2012r. wraz z odpisem z KRS w celu wykazania umocowania osób podpisujących oświadczenie – z dokumentu tego wynika, że biblioteka QualStar XLS – 812300 nie posiada wsparcia dla systemów Linux tj. nie współpracuje z systemami backupu HP Data Protector for Linux oraz nie posiada wsparcia. Firma HP testuje i certyfikuje urządzenia jako zgodne z oprogramowaniem HP Data Protector i zestawia je w postaci listy (matrycy „HP Data Protector Device 6.20 Device Support Matrix”) wspieranego sprzętu przez oprogramowanie HP Data Protector. Powyższa matryca zestawia wszystkie wspierane przez oprogramowanie HP Data Protector v. 6.2 biblioteki taśmowe. Stanowi jedyne, oficjalne i kompletne zestawienie wspieranego przez HP sprzętu do backupu taśmowego firm trzecich. Urządzenia nie wymienione w dokumencie nie posiadają wsparcia HP do pracy z oprogramowaniem HP Data Protector. Wyniki testów uzyskane przez producentów sprzętu nie świadczą o kompatybilności urządzenia z oprogramowaniem HP Data Protector bez weryfikacji i certyfikacji przez HP potwierdzonej odpowiednim wpisem w matrycy wspieranego sprzętu. Biblioteki firmy QualStar były poddane testom na zgodność z oprogramowaniem HP Data Protectora v 6.2. i otrzymały certyfikację zgodnie z tabelą na stronie 49 w/w matrycy,

26

- tłumaczenie wykonawcy zestawienia obsługiwanych urządzeń wersja 2.3 z października 2012 - brak dokumentu źródłowego, samo tłumaczenie nie jest dowodem w rozumieniu art. 190 ust. 4 ustawy.

Odwolujący i przystępujący DCS.pl

- tłumaczenie uwierzytelnione z języka angielskiego HP Data Protector 6.20 Lista zalecanych urządzeń wersja 1.9 Data lipiec 2012r. – brak dokumentu źródłowego, załączono jedynie wyciąg z tego dokumentu, samo tłumaczenie nie jest dowodem w rozumieniu art. 190 ust. 4 ustawy,

- wyciąg z tabeli HP Data Protector 6.20 Device Support Matrix version 1.9 i 1.8 z dokumentów tych wynika, że w okresie od grudnia 2011 do czerwca 2012 urządzenie QualStar XLS -8000 Series uzyskał wsparcie dla HP-Ux Pa-Risc,

- dokument certyfikacji urządzeń i środowisko testowe i wyniki testów wraz z tłumaczeniem – Izba nie dopuściła tych dokumentów jako dowodów z uwagi na to, iż nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż dotyczą dokumentu zaktualizowanego na 27 maja 2011, a zatem przed terminem składania ofert w przedmiotowej sprawie.

- wydruk korespondencji elektronicznej pomiędzy K..... Y..... i P..... T..... – Izba nie dopuściła tego dowodu z uwagi na brak związku z przedmiotową sprawą, nie wskazano typu biblioteki XLS, której dotyczy korespondencja.

Dokument złożony przez świadka P..... T..... wraz z tłumaczeniem wskazuje, że firma Tradex Systems jest autoryzowanym dystrybutorem/partnerem handlowym produktów firmy QualStar Corporation w Polsce od roku 2010. Pan P..... T..... posiada znaczącą wiedzę techniczną i biznesową by móc wyjaśnić wszystkie techniczne, serwisowe i biznesowe sprawy w zakresie bibliotek taśmowych firmy QualStar.

Z zeznań świadka M..... K..... wynika, że producent urządzenia, który zamierza uzyskać wpis na zakresie zgodności kontaktuje się z firmą HP i przesyła urządzenie do testów w laboratorium HP, producenci urządzeń mają informacje nt. przebiegu procedury, gdyż muszą przygotować urządzenie do testu. Gdy w zestawieniu ujawnia jest informacja o braku współpracy z danym systemem czy platformą, producent może ponownie wystąpić do HP o dokonanie ponownego testowania i stosowanych zmian w zestawieniu. Wpis na taką listę odbywa się wyłącznie na podstawie testu odbywającego się w naszym laboratorium. Podstawą dla HP jest to, jaki jest wynik testu w laboratorium HP, natomiast producenci mogą składać różne oświadczenia. Świadek nie jest pracownikiem laboratorium HP. Biblioteka QualStar 812300 była przedmiotem testów laboratoryjnych i nie jest zgodna w zakresie systemu operacyjnego Linux, natomiast jest zgodna z systemem operacyjnym Windows i jeszcze z jakimiś innymi jest zgodna, ale nie pamięta z jakimi. Nie widziałem testów biblioteki

27

QualStar 812300. Matryca jednoznacznie wskazuje, które urządzenie w jakim zakresie współpracuje z którym oprogramowaniem firmy HP.

W zestawieniu zawarte są informacje wersji oprogramowania HP Data Protektor, nazwie urządzenia i producencie oraz o wyniku testu. Tam, gdzie urządzenie jest zgodne, wystawiony jest ptaszek, a gdzie jest niezgodny jest miejsce puste. Nie ma dodatkowego oznaczenia, w sytuacji, gdy urządzenie w jakimś zakresie nie było testowane.

Świadek nie zna procedury testowania, natomiast dla niego, jeżeli urządzenie nie jest oznaczone jako kompatybilne, to oznacza, że nie jest kompatybilne, a producent HP nie zapewnia wsparcia dla środowiska oprogramowania pracującego na urządzeniach, które nie mają w zestawieniu oznaczonej kompatybilności.

Z zeznań świadka J..... P..... wynika, że wartość dostawy samych bibliotek taśmowych w ramach projektu „modernizacja środowiska dyskowego dla Centralnego Systemu Bankowego DefBank” nie przekraczała kwoty 2 mln zł. Jego odpowiedź dotyczy wyłącznie fizycznych bibliotek taśmowych. Świadek wyjaśnił, że nie brał udziału przy podpisywaniu umowy, nie był wówczas pracownikiem Banku Pocztowego. Oświadczył, że Bank Pocztowy wykorzystuje całość infrastruktury, która została zrealizowana w ramach tej umowy także do celów archiwizacji danych, w tym również macierze dyskowe. Świadek zeznał że nie wie dokładnie, co wchodziło w skład zamówienia. Świadek wyjaśnił, że dysponuje fakturami, w tym fakturami dotyczącymi dostawy bibliotek taśmowych i na ich podstawie złożył wcześniejsze oświadczenie, że wartość bibliotek taśmowych nie przekracza kwoty 2 mln zł. Wartość ta dotyczyła wartości brutto.

Z zeznań P..... T..... wynika, że zna procedurę przygotowywania urządzeń do testów służących zamieszczeniu informacji o urządzeniu na liście zalecanych urządzeń prowadzoną przez HP. Gdy producent chce, aby jego urządzenie znalazło się na tej liście zwraca się do HP i otrzymuje zwrótnie informację, która wskazuje, co i w jakiej kolejności ma robić, jakie tabele ma wypełnić i jakie pliki dołączyć. Te dane wysyła do laboratorium HP w Indiach, laboratorium te tabele i pliki weryfikuje, a następnie zamieszcza stosowną informację na liście zalecanych urządzeń. Świadek zeznał, że nie wysyła urządzeń, korespondencja odbywa się przez pocztę elektroniczną i przesyłane są informacje i dane. HP nie prowadzi własnych testów urządzeń w tym celu.

Firma HP zalicza system Linux do innych systemów Unix. Jednak zgodnie z instrukcją te same testy i pliki, które mają być załączone w przypadku systemu HP Ux, służą do badania w ramach systemu Linux. Taka informacja zawarta jest w instrukcji wysyłanej producentowi ubiegającemu się o wpis. Testy prowadzone dla systemu HP Ux dla danego urządzenia powinny dać taki sam wynik dla systemu Linux. QualStar posiada klientów używających bibliotek XLS opartych o HP Data Protektor na systemy Linux np. Uniwersytet Stanowy

28

Stanu Arizona i AeroJet w Sacramento. Dla tych inwestycji HP świadczy wsparcie gwarancyjne. Świadek posiada wiedzę nt. testów urządzeń i przygotowania do testów gdyż jego firma – Tradex Systems współpracuje z kilkoma producentami bibliotek taśmowych od kilkunastu lat. Świadek nie brał udziału w przygotowaniach do testów. Brak jest na liście zalecanych urządzeń informacji o wspieraniu biblioteki QualStar dla systemów Linux, gdyż brak jest nowszej aktualizacji. Informacje dotyczące biblioteki QualStar zostały przekazane do testów w październiku 2012 r. Biblioteka Qual Star XLS 812300 była testowana w środowisku Linux przed czerwcem 2012 r. i są to instalacje, o których wcześniej mówił: Uniwersytet Stanowy w Arizonie i AeroJet. Gdyby jakiś klient dysponujący biblioteką XLS przekazał urządzenie do testów do HP, to QualStar wiedziałby o tym, bo w umowach są realizowane dla konkretnego klienta znajduje się punkt, zgodnie z którym wskazywane jest, że zamówienie jest realizowane dla konkretnego klienta miejsca położenia i zmiany w tym zakresie bez zgody QualStar są niezgodne z umową. Dotyczy to także oprogramowania zarządzającego do bibliotek, zatem nikt w Stanach nie zdecydowałby się na przekazanie takie urządzenia, chyba że miałyby zgodę QualStar. Taka zgoda nie była wydawana.

Izba zważyła, co następuje :

Izba uznała, że przystąpienie wykonawcy AGN Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zbojnogórska 36A zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2080/12 po stronie odwołującego spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że przystąpienie wykonawcy ADT Group spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyny 3 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2080/12 po stronie zamawiającego spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że przystąpienie wykonawcy DCS.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2080/12 po stronie zamawiającego spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że przystąpienie wykonawcy J..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „GALAXY” J..... M..... z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Fabryczna 13/1 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2085/12 po stronie odwołującego spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

29

Izba uznała, że przystąpienie wykonawcy AGN Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Zbojnogórska 36A zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2085/12 po stronie zamawiającego spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że przystąpienie wykonawcy Fujitsu Technology Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2085/12 po stronie zamawiającego spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że przystąpienie wykonawcy ADT Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyny 3 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2085/12 po stronie zamawiającego nie spełnia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy, gdyż wykonawca nie przekazał kopii przystąpienia odwołującemu. Odwołujący oświadczył, że nie otrzymał kopii przystąpienia, zgłaszający przystąpienie nie przedstawił dowodu na to, że kopię przekazał. Art. 185 ust. 2 ustawy dla skuteczności zgłoszonego przystąpienie wymaga przekazania jego kopii zamawiającemu i odwołującemu, skoro zgłaszający przystąpienie nie wykazał, że tej czynności dokonał, a odwołujący złożył oświadczenie, że pisma nie otrzymał, należało uznać, że nie zostały spełnione wymagania formalne przystąpienia wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący J..... M..... (zwany także odwołującym Galaxy) posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Złożył ofertę, która nie została przez zamawiającego odrzucona i został zaproszony do aukcji elektronicznej. Jego odwołanie zmierza do ograniczenia liczby konkurentów, z którymi prowadziłby licytację podczas aukcji, co zwiększyłoby szansę na uzyskanie przez niego zamówienia. Może także ponieść szkodę w sytuacji uznania, że zamawiający naruszył przepisy ustawy, choćby w postaci konieczności większego obniżenia ceny podczas aukcji z udziałem wykonawców, którzy w jego ocenie w aukcji nie powinni uczestniczyć, niż gdyby w aukcji nie brali oni udziału. W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Izba uznała, że odwołujący DCS.pl posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Złożył ofertę, która nie została przez zamawiającego odrzucona i został zaproszony do aukcji elektronicznej. Jego odwołanie zmierza do ograniczenia liczby konkurentów, z którymi prowadziłby licytację podczas aukcji, co zwiększyłoby szansę na uzyskanie przez niego zamówienia. Może także ponieść szkodę w sytuacji uznania, że zamawiający naruszył

30

przepisy ustawy, choćby w postaci konieczności większego obniżenia ceny podczas aukcji z udziałem wykonawców, którzy w jego ocenie w aukcji nie powinni uczestniczyć, niż gdyby w aukcji nie brali oni udziału. W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Izba uznała, że zamawiający nie dokonał uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania odwołującego Galaxy, pomimo złożonego oświadczenia takiej treści. W sprzeczności bowiem z jego odpowiedzią na odwołanie pozostaje stanowisko prezentowane na rozprawie. O ile bowiem podczas pierwszej wypowiedzi zamawiający składając oświadczenia przedstawił tło okoliczności, które rozważał podejmując decyzje w postępowaniu, o tyle jego dalsza argumentacja i stanowisko w sprawie prezentowane na rozprawie, a przede wszystkim argumentacja w zakresie wnioskowanych dowodów i ich roztrząsanie prowadzą do przekonania, iż zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania jedynie kierując się względami strategii przyjętej na potrzeby postępowania odwoławczego, w szczególności w zakresie kosztów postępowania. Szczególnie wyraźnie pozornosc czynności zamawiającego ukazuje jego stanowisko procesowe w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ADT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z powodu rażąco niskiej ceny tej oferty. Zamawiający dał bowiem wyraz swojemu przekonaniu, że zarzut tak sformułowany jest przedwczesny, gdyż odrzucenie oferty na tej podstawie musi być poprzedzone wyjaśnieniami w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, a Izba będąc związana granicami zarzutów, nie może tego zarzutu zmienić na zarzut zaniechania wezwania wykonawcy ADT do złożenia wyjaśnień. To stanowisko świadczy o tym, że zarzut ten odwołania nie został przez zamawiającego uwzględniony, a tym samym uwzględnienie zarzutów zawarte w odpowiedzi na odwołanie nie było uwzględnieniem całości zarzutów odwołania. Analogiczna sytuacja dotyczy zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy ADT z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. O nieuwzględnieniu tego zarzutu przez zamawiającego w ocenie Izby przemawia fakt, że zamawiający oświadczył na rozprawie, że wiarygodność świadka J..... P..... budzi jego wątpliwości, skoro świadek nie uczestniczył w zawieraniu umowy, wskazanej przez ADT jako nabyte doświadczenie i skoro nie wie dokładnie, jaki sprzęt i usługi były przedmiotem umowy. Kwestionowanie wiarygodności świadka, którego zeznania miały służyć potwierdzeniu zarzutu odwołującego Galaxy, który zamawiający uwzględnił, poddaje w wątpliwość, realność tego uwzględnienia. W tej sytuacji Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie uwzględnił wszystkich zarzutów odwołania odwołującego Galaxy, zaś wniesiony przez przystępującego DCS.pl sprzeciw oceniła jedynie jako stanowisko procesowe przystępującego nakierowane na oddalenie odwołania odwołującego Galaxy. Nie

31

zaistniały zatem okoliczności, o których mowa w art. 186 ust. 2 ustawy, a w konsekwencji również nie znalazł zastosowania art. 186 ust. 4 ustawy.

Sygn. akt KIO 2080/12

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania ADT pomimo, iż nie wykazał on potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie uznania oferty ADT za odrzuconą, pomimo, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała przesłanka do takiego działania zamawiającego

Zarzut zasługuje częściowo na uwzględnienie. Bezsporne jest, że zamawiający postawił wykonawcy warunek posiadania wiedzy i doświadczenia polegającego na co najmniej 1 zamówieniu którego przedmiotem była dostawa bibliotek taśmowych o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł brutto. W ocenie Izby argumentacja przystępującego ADT, że z powodu braku przecinka postawiony warunek mógł się odnosić tak do wartości zamówienia jako całości, którego jedynie elementem była dostawa bibliotek taśmowych, jak również do wartości samych bibliotek taśmowych, jest nietrafna. Zdaniem Izby warunek ten jest jednoznaczny i nie budzi wątpliwości. Przede wszystkim zamawiający wskazał na przedmiot zamówienia i określił go jako dostawę bibliotek taśmowych, a następnie podał minimalną wartość zrealizowanego zamówienia. Tym samym w ocenie Izby nie było podstaw do przyjęcia, że zamawiający oczekiwał zamówienia na minimum dwa miliony złotych, którego jedynie częścią są biblioteki taśmowe. Zatem wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie winien był wykazać się dostawą bibliotek taśmowych o wartości nie mniejszej niż dwa miliony złotych. Takie rozumienie warunku jest zgodne z treścią art. 22 ust. 4 ustawy, gdyż jest związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne. Zgodnie z

rozdziałem I pkt 3 ppkt. 3 zamawiający opisał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 4 bibliotek taśmowych oraz dostawa określonych licencji. Przedmiotem zamówienia nie był zatem zakup ogółu urządzeń do budowy infrastruktury informatycznej do archiwizacji danych. Zamawiający już taką strukturę posiada, o czym świadczą jego odpowiedzi na pytania wykonawców, a obecnym zamówieniem ma zamiar dokonać rozbudowy tej infrastruktury. Tym samym opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku opisany jako doświadczenie w dostawie jednego z dwóch zamawianych przez zamawiającego elementów zamówienia jest związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Ponadto już samo zadane przez zamawiającego wykonawcy ADT pytanie w ramach wezwania do wyjaśnień wskazuje na to, jak zamawiający rozumiał postawiony przez siebie warunek. Nadto zamawiający zamawia fizyczne biblioteki taśmowe, z tego względu wirtualne

32

biblioteki taśmowe VTL nie są związane z przedmiotem zamówienia i wymaganie doświadczenia w ich dostawie byłoby sprzeczne z art. 22 ust. 4 ustawy. Bezsporne jest, że na stronie 8 oferty ADT załączono list referencyjny z 9 czerwca 2011r., z którego wynika, że ADT Group zrealizowała dla Banku Pocztowego prace o wartości przekraczającej 2 000 000zł. brutto w zakresie modernizacji środowiska dyskowego dla Centralnego Systemu Bankowego def-Bank, konsolidacji zasobów plikowych oraz wirtualnych oraz modernizacji Centralnego Systemu Backupu. Zakres projektu obejmował dostawę urządzeń oraz oprogramowania (macierze dyskowe, specjalizowane serwery plików, biblioteki taśmowe), wdrożenie, szkolenie powdrożeniowe oraz serwis realizowany przez firmę ADT Group. Wprawdzie referencja ma służyć potwierdzeniu należytego wykonania usługi, jednak w sytuacji, gdy w referencji zawarte są informacje, które rzutują na treść złożonego wykazu doświadczenia, zamawiający ma obowiązek ustalić, czy wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zatem prawidłowo zastosował art. 26 ust. 4 ustawy i zwrócił się do ADT o wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy informacją zawartą w wykazie, z którego wynikało, że wartość dostawy bibliotek taśmowych przekraczała 2 mln. złotych, a informacją zawartą w referencji, że całe zamówienie obejmujące poza bibliotekami taśmowymi także macierze dyskowe, specjalizowane serwery plików, oraz usługę wdrożenia, szkolenia i serwis. Zamawiający winien był także ocenić uzyskaną odpowiedź. W ocenie Izby zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnienia ADT. Z oświadczenia ADT złożonego w dniu 17 lipca 2012r. w ocenie Izby nie wynikało usunięcie rozbieżności pomiędzy wykazem, a referencją. Ponownie bowiem pojawiło się oświadczenie ADT, że posiada odpowiednie doświadczenie, czyli zrealizował zamówienie dla Banku Pocztowego, którego przedmiotem była dostawa bibliotek taśmowych o wartości przekraczającej 2 mln. zł. brutto i odwołanie się do załączonego listu referencyjnego. ADT nie udzieliło zamawiającemu odpowiedzi na zadane pytanie i nie odpowiedziało, jaka była wartość dostawy bibliotek taśmowych. Na rozprawie przystępujący ADT wskazywał, że podał tyle ile mu wolno było z uwagi na zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby ten argument nie zasługuje na uznanie, gdyż przystępujący miał prawo, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy, zastrzec w ofercie informacje stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym informacje na temat zamówienia zrealizowane na rzecz Banku Pocztowego i wyjaśniać zamawiającemu jego wątpliwości jednocześnie chroniąc obowiązującą go klauzulę poufności. W ocenie Izby zatem nie było przeszkód, aby udzielić wyjaśnień i odpowiedzieć zamawiającemu na zadane pytanie. Izba zauważa, że po wyjaśnieniach ADT, nadal zamawiający dysponował informacją, że wartość ponad 2 mln złotych odnosi się do dostawy bibliotek taśmowych jak i do zamówienia jako całości. W tej sytuacji nie było podstaw do uznania, że przystępujący ADT wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba dała dodatkowo wiarę zeznaniom świadka J..... P....., który

33

zeznał, że wedle jego najlepszej wiedzy wartość fizycznych bibliotek taśmowych nie przekraczała 2 mln zł. brutto. W ocenie Izby to zeznanie pokrywa się z treścią udzielonej ADT referencji. W ocenie Izby nie podważa wiarygodności tego zeznania fakt, że świadek nie uczestniczył w realizacji zamówienia wskazanego w referencji. Świadek zeznał, że zapoznał się z fakturami dotyczącymi zakupu sprzętu i na ich podstawie ustalił wskazaną przez siebie wartość. Świadek zeznał wprawdzie, że nie udało mu się dotrzeć do wszystkich faktur, ale zeznał, że dotarł do faktur dotyczących zakupu sprzętu, skoro tak, to był w stanie

na ich podstawie ustalić wartość dostawy bibliotek taśmowych. Za przyjęciem zeznań świadka jako wiarygodnych przemawia w ocenie Izby to, że świadek podkreślał, że całość infrastruktury nabytej od ADT służy jego pracodawcy do archiwizacji danych. Izba uznała, że skonsolidowane sprawozdania finansowe grupy kapitałowej, której członkiem jest Bank Poczty S.A. nie potwierdzają, ani nie zaprzeczają zarzutom odwołania, gdyż wynika z nich jedynie okoliczność, że globalnie w ramach całej grupy zakupy wyposażenia przekraczały 2 mln. złotych w każdym ze wskazanych lat. Nie wynika natomiast to, że inni członkowie grupy niż Bank Poczty dokonywali zakupów przekraczających 1 mln zł. tak aby Bank Poczty w żadnym z tych lat nie mógł dokonać zakupu bibliotek taśmowych na kwotę 2 mln zł. Nie wynika także, co i na czym rzecz zakupywano. Tym samym Izba uznała powyższy dowód za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zamawiający powinien był uznać wyjaśnienia wykonawcy ADT za nie usuwające sprzeczności w jego ofercie, a zatem wezwać ADT w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia rozumianego jako co najmniej jedno zamówienie którego przedmiotem była dostawa bibliotek taśmowych o wartości nie mniejszej niż 2 mln złotych brutto. W ocenie Izby z uwagi na to, że przystępujący ADT nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów nie ma w chwili obecnej podstaw do zastosowania art. 22 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy. Wyczerpanie trybu art. 26 ust. 3 ustawy jest obligatoryjne i nie może być przez zamawiającego pominięte. Izba nakazuje zatem zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy ADT z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia rozumianego jako co najmniej jedno zamówienie którego przedmiotem była dostawa bibliotek taśmowych o wartości nie mniejszej niż 2 mln złotych brutto, że wskazaniem, że na podstawie dotychczas złożonych oświadczeń (wykaz na str. 7 oferty) i dokumentów (referencja) nie można w sposób jednoznaczny ustalić wartości dostawy fizycznych bibliotek taśmowych oraz określając odpowiedni termin na złożenie tych oświadczeń lub dokumentów.

W zakresie zastrzeżeń zamawiającego co do granic rozpoznania odwołania Izba zauważa, że w ocenie Izby do kognicji Izby należy subsumpcja określonego stanu faktycznego pod

34

normę prawną. O ile Izba podziela stanowisko zamawiającego, że zarzut to zarówno wskazanie podstawy prawnej jak i stanu faktycznego zarzutu, to jednak wadliwe czy nawet omyłkowe wskazanie nieprawidłowej normy prawnej będącej podstawą zarzutu nie zawęża granic kognicji Izby. Izba musi bowiem działać w granicach zarzutu i ocenić prawidłowość podanej podstawy prawnej. W przedmiotowej sprawie zarzut opisany jako stan faktyczny i prawny – wykonawca ADT za pomocą złożonych dokumentów i wyjaśnień nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zamawiający zatem powinien był go wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy, podlega ocenie Izby. Izba w przedmiotowej sprawie uznała, że odwołujący Galaxy ma rację co do stanu faktycznego obejmującego to, że wykonawca ADT za pomocą złożonych dokumentów i wyjaśnień nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i w tej części zarzut potwierdził się, natomiast odwołujący nie ma racji, co do dalszej części zarzutu, gdyż zamawiający nie powinien wykluczyć wykonawcy ADT, ale wezwać go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Izba zwraca także uwagę zamawiającego na treść art. 192 ust. 2 ustawy, który stanowi o tym, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie oznacza to jednak, że Izba nie może w granicach postawionego zarzutu ocenić, go jako zasadny w całości, w części lub niezasadny. Przepis art. 192 ust. 7 ustawy zakazuje Izbie orzec o nowym zarzucie, który nie był podniesiony w odwołaniu. Tym samym w ocenie Izby dopuszczalne jest przy częściowym uwzględnieniu zarzutu zmodyfikowanie żądania odwołującego. Gdyby granice zarzutu rozumieć tak ściśle jak oczekuje tego zamawiający, to prowadziłyby to do nadmiernego formalizmu postępowania, a biorąc pod uwagę wysokość opłat w postępowaniu skargowym, mogłyby stanowić realną przeszkodę w realizacji prawa wykonawców do rozpoznania sprawy przez organ uprawniony. Nadto utrudniałoby dostęp do Izby podmiotom nie korzystającym z profesjonalnych usług prawnych. Dodatkowo Izba zwraca uwagę na przyjętą przez ustawodawcę konstrukcję interesu, jako przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania. Gdyby przyjąć postulat zamawiającego, że Izba

musi oddalić zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy, bo potwierdził się jedynie zarzut zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, który nie został postawiony w treści odwołania, to prowadziłoby to do sytuacji, w której odwołujący nie mógłby wnieść odwołania z powodu braku interesu. Interes bowiem wykonawca miał (w przeszłości) lub ma (w chwili wnoszenia odwołania) w uzyskaniu danego zamówienia i jak świadczy o tym liczne orzecznictwo Izby oraz sądów powszechnych ma to być rzeczywisty, a nie hipotetyczny interes, to przy zarzucie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawca ma jedynie interes

35

hipotetyczny (być może będzie miał) w uzyskaniu zamówienia, bo może dojść do skutecznego uzupełnienia dokumentów i wówczas zamówienia nie uzyska. To obrazuje, że argumentacja zamawiającego mogłoby prowadzić do powstania nieprawidłowych zachowań wśród zamawiających, którzy nie prowadziliby rzetelnego badania ofert i nie wykonywali obowiązków z art. 26 ust. 3 ustawy, w celu uniknięcia wnoszenia środków ochrony prawnej.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez ADT, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut zasługuje częściowo na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę z rażąco niską ceną. Przepis ten jednak nie jest normą samodzielną. Przed jego zastosowaniem obligatoryjne jest bowiem zastosowanie innego przepisu tj. art. 90 ustawy, czyli wyczerpanie trybu zmierzającego do ustalenia czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, czy też ceną realną złożoną przez konkretnego wykonawcę w wyjątkowo sprzyjających dla niego warunkach. Tym samym nie jest możliwe zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy bez uprzedniego zastosowania art. 90 ustawy. W tej części zatem zarzut odwołującego Galaxy nie jest uzasadniony. Jednak konieczne jest zbadanie, czy zamawiający prawidłowo nie podjął wobec wykonawcy ADT czynności poprzedzających zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Co do możliwości rozpoznania przez Izbę zarzutu w tej części Izba podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w uzasadnieniu zarzutu poprzedzającego. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający ma obowiązek ustalenia czy zaoferowana cena nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten zawiera wskazanie podstawy odniesienia, do której zamawiający ma porównać cenę oferty. Tą podstawą jest przedmiot zamówienia. W ocenie Izby zamawiający jest zatem zobowiązany do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy, gdy cena oferty jest w sposób rażący odbiega od wyszacowanego z należytą starannością przedmiotu zamówienia powiększonego o należyty podatek VAT. Przepis zawiera pojęcie ocenne, gdyż cena ma być rażąco niska, czyli nie tylko mniejsza od wyszacowanej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT, ale tak bardzo niższa od tej wartości, że to razi. To zamawiający dysponując wiedzą co do sposobu przeprowadzonych przez siebie szacunków i rozeznania rynku musi takie pojęcie ocenić. W przedmiotowej sprawie wartość szacunkowa zamówienia powiększona o wartość podatku wynosiła 4 941 000,00zł. Wykonawca ADT zaoferował wykonanie zamówienia jako jedyny poniżej wartości wyszacowanej przez zamawiającego tj zaoferował cenę 3 512 388,00zł. brutto. Cena ta stanowi 71, 09% wartości określonej przez zamawiającego i jest niższa o 1 428 612 zł. W ocenie Izby cena ta na tyle odbiega od wartości wyliczonej przez zamawiającego, że można

36

uznać, iż jest to rażące. Tym samym Izba uznała, że zarzut potwierdził się w tej części, a zamawiający powinien był zastosować procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 ustawy. Izba nakazuje zatem zamawiającemu wezwać wykonawcę ADT w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę takich jak m. in oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów zakreślając odpowiedni termin na złożenie tych wyjaśnień.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez DCS w postępowaniu, pomimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w pkt. 14 tabeli nr 1 w pkt. 3.1. rozdziału I siwz wymagał zaoferowania systemu backupu podając, że biblioteka musi współpracować z systemem backupu HP Data Protector for Linux i Windows oraz w pkt 15 wymagał, aby biblioteka taśmowa umożliwiała bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów HP Data Protector w szczególności Media Agent. Dodatkowo zamawiający wyjaśniając treść siwz w dniu 18 kwietnia 2012r. odpowiadając na pytanie nr 1 sprecyzował, że „Oferowana biblioteka taśmowa musi być kompatybilna z oprogramowaniem HP Data Protector v6.1”, oraz na pytanie nr 2 wskazał, że systemy operacyjne, o których mowa w Rozdziale I ppkt. 3 w wierszu lp. 15 tabeli to „HP-UX v.11.11, v11.23, v11.33, Linux RedHat v 4,5,6 i doprecyzował to w dniu 15 maja 2012r. w odpowiedzi na pytanie 10 wskazując na systemy „Wersje Windows Server 2000, 2003, 2008, wersje Linux RedHat 4, 5,6, wersje HP-UX 11.11, 11.23, 11.33 zarówno systemy Linux i Windows w wersjach 32 i 64 bit”.

W ofercie DCS.pl zaoferowano na stronie 3 w tabeli 1 w wierszu 14 – bibliotekę poprawnie współpracującą z systemem backupu HP Data Protector for Linux i Windows, a w wierszu 15 bibliotekę taśmową umożliwiającą bezpośredni backup z wykorzystaniem sieci SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX z wykorzystaniem komponentów Data Protectora w szczególności MediaAgenta. Z formularza cenowego wynika, że wykonawca zaoferował bibliotekę Qualstar Corp. XLS 812300, zaś wyjaśniając treść złożonej oferty w dniu 2 sierpnia 2012r. wykonawca DCS.pl wyjaśnił, że spełnianie wymagań zamawiającego wynika to z dokumentu „Applications Support for Qualstar XLS, TLS and RLS Series Tape Libraries, June 26, 2012” dostępnego na stronie producenta oraz z oświadczenia producenta, które do wyjaśnień załączył. Nadto podał, że brak informacji w dokumencie wskazanym przez zamawiającego odnosi się tylko do systemu Linux i wynika z faktu, że

37

żaden z klientów Qualstar Corp. nie był dotychczas zainteresowany wykorzystaniem oprogramowania Data Protector na systemie Linux, stąd taka informacja nie została przekazana firmie HP, ponadto dokument, którym posłużył się zamawiający ma zastrzeżenie, że informacje w nim zawarte nie są kompletne i po szczegółowe informacje należy się zwracać do producentów urządzeń. Załączone do wyjaśnień dokumenty potwierdzają systemy do tworzenia kopii zapasowych wspieranych przez biblioteki taśmowe XLS i dla produktu Data Protector wspierane systemy to Linux, Windows 2003, 2008 i HP-UX. Na podstawie powyższych ustaleń dokonanych na podstawie akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba doszła do przekonania, że rację należy przyznać przystępującemu DCS.pl. Zamawiający stawiając wymogi przedmiotowe wskazał także sposób ich weryfikacji poprzez zawarcie w wzorze formularza ofertowego stosownych tabel, w których wykonawcy mieli zamieścić charakterystyki oferowanego przez siebie sprzętu. Zamawiający w żadnym miejscu siwz, ani w ramach wyjaśnień treści siwz nie wskazał, że będzie dokonywał oceny czy oferowane dostawy spełniają jego wymogi za pomocą dokumentu macierz zgodności oprogramowania Data Protector wersja 1.4 z lipca 2012r. Nie określił także, iż spełnianie wymagań może być dowiedzione wyłącznie poprzez oświadczenie producenta oprogramowania HP DATA Protector. W tej sytuacji zamawiający nie może nadać na obecnym etapie postępowania postanowieniom siwz nowego znaczenia, tym bardziej poprzez wprowadzenie nieznanym wykonawcom dokumentów przez pryzmat, których dokonywana będzie ocena zgodności złożonych przez nich ofert. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie przesądza, że wykonawca DCS.pl nie zaoferował biblioteki taśmowej spełniającej wymagania pkt. 14 i 15 tabeli nr 1 pkt 3 rozdziału I siwz w zakresie systemu operacyjnego Linux. Z oświadczeń producenta HP Data Protector załączonego do odwołania i z dnia 17 października 2012r. nie wynika, że biblioteka taśmowa QualStar nie spełnia wymagań siwz ww. zakresie, ale jedynie to, że nie ma stosowanego w tym zakresie wpisu na listę prowadzoną przez HP. W ocenie Izby oba oświadczenia nie odnoszą się do technicznych możliwości wykonywania bezpośredniego backupu z wykorzystaniem komponentów HP Data Protector na systemie operacyjnym Linux. Oświadczenia wywodzą raczej brak wsparcia, czy też brak współpracy z faktu braku odpowiedniego oznaczenia na liście prowadzonej przez HP. Zamawiający nie żądał

zapewnienia, że urządzenie oferowane jest wpisane na listę HP i ma oznaczenia przy wymaganych systemach operacyjnych. Nie posłużył się także pojęciem urządzenie zalecane przez HP, czy posiadające wsparcie producenta HP Data Protector. Tym samym dowody powołane przez odwołującego Galaxy i przystępującego AGN w postaci oświadczeń nie udowadniają w ocenie Izby w sposób niebudzący wątpliwości, że biblioteka QualStar nie ma możliwości współpracy z systemem HP Data Protector for Linux i wykonania bezpośredniego backupu z wykorzystaniem komponentów HP Data Protector w systemie operacyjnym Linux.

38

Drugim powodem, dla których Izba uznała wskazane oświadczenia za niedowodzące tezy na jaką zostały powołane jest to, że odwołują się do macierzy czyli listy producenta HP Data Protector, natomiast na dokumencie tym – Izba odniosła się do dokumentu przedstawionego przez przystępującego AGN z września 2012r. wraz z tłumaczeniem przysięgłym, wyraźnie producent HP Data Protector wskazuje na możliwość istnienia urządzeń nieprzetestowanych, które będą współpracować z HP DATA Protector, ale które z powodu nie zamieszczenia ich na liście nie korzystają ze wsparcia producenta. Izba ponownie podkreśla zamawiający wymagał konkretnych fizycznych funkcjonalności, a nie uzyskania rekomendacji producenta oprogramowania HP Data Protector. W tym zakresie powołanie się przez AGN na wyrok z dnia 9 października 2012r. sygn. akt KIO 2044/12 jako przesadzający zasadę wyższości dokumentu producenta oprogramowania nad innym dokumentem, jest wadliwe. Rozstrzygnięcie tamtej sprawy zapadło w odmiennym stanie faktycznym. W sprawie sygn. akt KIO 2044/12 Izba ustaliła, że ówczesny zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia – parametry techniczne – oferta techniczna”, dla części III i VII, zamieścił odnośnie gwarancji jako wymagany następujący wymóg „Gwarancja producenta minimum 36 miesięcy z serwisem u klienta, potwierdzona kartą gwarancyjną producenta”, a zatem zawarł konkretne żądanie przedłożenia dokumentu pochodzącego od producenta. Firmy Senetic i Infonet zaoferowały urządzenia producenta HP, a zatem wymagany przez zamawiającego dokument gwarancji nie mógł być zastąpiony oświadczeniem samego wykonawcy. W przedmiotowej sprawie natomiast zamawiający nie określił wymagań składania dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań (poprzestał na wymogu wypełnienia formularza ofertowego), nie określił także, że ocenę spełniania tych wymagań będzie prowadził na podstawie dokumentu publikowanego przez producenta oprogramowania HP Data Protector. Z tego względu Izba uznała, że powołane orzeczenie nie może mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie. Co do dowodów z kolejnych wersji listy/macierzy/matrycy HP Data Protector, to Izba oparła się do dowodzie przedstawionym przez AGN, dotyczy on wprawdzie wersji 7.00 z września 2012r., a więc nie wersji powołanej przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 1 z 18 kwietnia 2012r., ale jest to jedyna kompletna wersja listy wraz z tłumaczeniem. Ponadto jak wynika z zeznań świadka M. K. lista w zakresie wersji jest kompatybilna w dół, czego strony ani uczestnicy postępowania nie kwestionowali. Pozostałe dokumenty przedstawiono w wyciągach, lub wyłącznie w tłumaczeniu. Wyciągi z macierzy (za wyjątkiem strony tytułowej i samej tabeli sprzętu) sporządzone przez strony na ich potrzeby mogą nie odzwierciedlać w pełni treści zawartej w dokumencie, a wiarygodność tych wyciągów była kwestionowana przez strony i uczestników podczas rozprawy. Z kolei same tłumaczenia bez dokumentu źródłowego nie stanowią dowodu, gdyż nie można dokonać ich weryfikacji. W tym stanie rzeczy jedynym kompletnym dokumentem na którym mogła się Izba oprzeć był

39

powołany wyżej dowód przystępującego. Z dokumentu tego w ocenie Izby wynika jednoznacznie, że zestawienie nie jest kompletne, mogą istnieć inne urządzenia nie zawarte na liście, które z HP Data Protector będą współpracować. W ocenie Izby dokumenty przedłożone przez przystępującego DCS w postaci wyciągów zawierających tabelę urządzeń QualStar w ramach listy dla wersji 1.8 i 1.9, wskazują, że figurujące już na liście urządzenie może być poddawane weryfikacji przy kolejnych aktualizacjach listy. Strony nie kwestionowały, że urządzenie QualStar XLS-8000 (w tym oferowane w przedmiotowym postępowaniu XLS 812300) spełnia wymagania zamawiającego w zakresie systemu operacyjnego HP-Ux. Z przedłożonych wyciągów wynika, że dla wersji 1.8 to urządzenie nie było rekomendowane w ramach tego systemu operacyjnego, natomiast w wersji 1.9 taką rekomendację warunkową otrzymało. W ocenie Izby potwierdza to zeznania świadka

M..... K....., że brak v w danej rubryce może oznaczać zarówno brak testu, jak i brak współpracy. Potwierdzają to także zeznania świadka P..... T....., który oświadczył, że brak oznaczenia na liście wynika z braku aktualizacji. W świetle powyższego Izba uznała, że dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy nie są rozstrzygające informacje zawarte w dokumencie HP Data Protector 6.20 wersja z lipca 2012r. Nie ma znaczenia w tym kontekście także kto przeprowadza testy urządzeń znajdujących się na liście, czy producent oprogramowania czy producent sprzętu. W tym zakresie zeznania świadków Izba uznała za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia. W ocenie Izby przystępujący DCS.pl złożył wymagane przez zamawiającego oświadczenie w formularzu ofertowym potwierdzające spełnienie wymagań zamawiającego oraz na wezwanie zamawiającego przedstawił dowód potwierdzający, że urządzenie biblioteka QualStar XLS 812300 spełnia wymagania zamawiającego także w zakresie systemu operacyjnego Linux. Natomiast odwołujący Galaxy wykazał jedynie, że urządzenie nie jest rekomendowane przez producenta HP Data Protector w zakresie środowiska Linux, nie udowodnił jednak, że brak takiej rekomendacji wynika z braku współpracy tego urządzenia z oprogramowaniem, a nie z faktu braku wniosku producenta urządzenia o wpis na listę w zakresie systemu operacyjnego Linux, czy przedłużającej się procedury weryfikacji. W tym stanie rzeczy Izba oceniła, że odwołujący Galaxy nie udowodnił postawionego zarzutu i nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w konsekwencji zaniechania wykluczenia ADT i odrzucenia jego oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty DCS.pl

Zarzut częściowo potwierdził się. Wobec potwierdzenia się zarzutów dotyczących braku prawidłowego badania i oceny oferty ADT, Izba uznała, że zamawiający nierówno potraktował wykonawców zapraszając do aukcji elektronicznej wykonawcę, co do którego nie

40

uzyskał pewności, że spełnia on warunki postawione w postępowaniu oraz, że cena przez niego zaferowana nie jest ceną rażąco niską. Tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy potwierdził się.

Sygn. akt KIO 2085/12

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy a z ostrożności procesowej naruszenie art. 26 ust 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia lub przynajmniej przy zachowaniu ostrożności procesowej wezwania wykonawcy ADT GROUP Sp. z o.o do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przetargowym;

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy potwierdził się w całości, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 potwierdził się w części. Izba podtrzymuje w całości swoją argumentację przedstawioną w sprawie sygn. akt KIO 2080/12 i nakazuje zatem zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy ADT z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia rozumianego jako co najmniej jedno zamówienie którego przedmiotem była dostawa bibliotek taśmowych o wartości nie mniejszej niż 2 mln złotych brutto, że wskazaniem, że na podstawie dotychczas złożonych oświadczeń (wykaz na str. 7 oferty) i dokumentów (referencja) nie można w sposób jednoznaczny ustalić wartości dostawy fizycznych bibliotek taśmowych oraz zakreślając odpowiedni termin na złożenie tych oświadczeń lub dokumentów.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 3 poprzez błędne zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, a w konsekwencji nie odrzucenie ofert wykonawców: Asseco Poland S.A., Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., AGN Polska Sp. z o.o., które nie spełniają wymagań SIWZ:

Izba uznała, że odwołujący popełnił oczywistą omyłkę pisarską polegającą na podaniu cyfry 3 w podstawie prawnej zarzutu, zamiast cyfry 2. Omyłka oraz jej oczywistość wynika z opisu podstawy faktycznej zarzutu, w której odwołujący DCS.pl zarzuca zamawiającemu

zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców, które nie spełniają wymagań siwz. Jedynie pkt 2 art. 89 ust. 1 ustawy dotyczy takiej przesłanki odrzucenia oraz w jego treści zawarte jest odwołanie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, który to przepis także został przez odwołującego w podstawie prawnej zarzutu wskazany. Natomiast pkt 3 tego przepisu dotyczy złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji, z uzasadnienia faktycznego zarzutu nie wynika, aby

41

odwołujący DCS.pl upatrywał złożenia ofert przez AGN, Asseco, Fujitsu jako czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto we wskazaniach okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, odwołujący DCS.pl jednoznacznie kilkakrotnie wskazywał na podstawę prawną wynikającą z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy. Izba stoi na stanowisku, że oczywiste niedokładności odwołania nie stanowią przeszkody w rozpoznaniu odwołania, wynika to wprost z art. 187 ust. 3 zd. 2 ustawy. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że podstawą prawną postawionego zarzutu jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a nie jak wskazano art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy AGN i niezgodnego z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawienia tej oferty, Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Bezsporne jest, że zamawiający w dniu 7 maja 2012r. w odpowiedzi na pytanie nr 1 zmodyfikował treść siwz w zmienił wiersz 2 tabeli rozdziału I pkt. 4 nadając mu brzmienie „HP OpenView Storage Data Protector Unlimited Slots Library E-LTU-B6958BAE 4 szt.” Bezsporne jest także to, że w formularzu ofertowym wykonawca AGN na str. 2 w tabeli dotyczącej oferowanych licencji błędnie zarówno w nazwie licencji jak i w potwierdzonej przez wykonawcę nazwie licencji podał „HP Open View Data Protector One Drive Unix/NAS/SAN LTU – B 6953AA”. Zaś w tym formularzu w części dotyczącej kalkulacji cenowej wskazał prawidłowo w wierszu 3 HP Open View Storage Data Protector Unlimited Slots Library E-LTU – B6958BAE szt. 4. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił zaistniałą sytuację, jako omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Co do argumentu odwołującego DCS.pl, że formularz ofertowy w zakresie tabeli dotyczącej oferty cenowej był narzucony przez zamawiającego i wykonawcy jedynie podawali ceny, to Izba uważa, że nie można tego argumentu uznać za rozstrzygający dla braku możliwości poprawienia oferty przystępującego AGN. Izba zauważa bowiem, że sam fakt, że niektóre treści zostały w formularzu oferty podane przez zamawiającego nie oznacza, że w tym zakresie po podpisaniu formularza ofertowego przez wykonawcę nie stanowią elementu złożonego przez niego oświadczenia woli. O tym, że również w zakresie treści narzuconej przez zamawiającego wykonawcy mogli wprowadzić odmienne treści świadczy bowiem sama oferta AGN. W tabeli obejmującej licencje na oprogramowanie Data Protector zamawiający określił we wzorze formularza ofertowego nazwę licencji, a wykonawcy mieli jedynie podać potwierdzoną przez wykonawcę nazwę licencji, mimo to w ofercie AGN również nazwa licencji została omyłkowo podana. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że konieczne jest przeprowadzenie analizy całego formularza ofertowego złożonego przez AGN w celu ustalenia, czy doszło do omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (jak uznał zamawiający) czy też wykonawca złożył ofertę nieodpowiadającą w swojej treści, treści siwz, która nie może być poprawiona (jak twierdzi odwołujący DCS.pl). Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie poprawy takich omyłek, które polegają

42

na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Aby zamawiający mógł poprawić ofertę musi zatem wystąpić w ofercie:

1. Sprzeczność treści tej oferty z treścią siwz nie będąca oczywistą omyłką pisarską ani oczywistą omyłką rachunkową,
 2. Poprawienie tej sprzeczności nie może powodować istotnych zmian w treści oferty
- Pierwszy z wymogów w ocenie Izby zaistniał, gdyż niewątpliwie odpowiedź na pytanie nr 1 z dnia 7 maja 2012r. spowodowała, że treścią siwz stało się wymaganie zamawiającego, aby wykonawcy zaferowali mu licencję „HP OpenView Storage Data Protector Unlimited Slots Library E-LTU-B6958BAE 4 szt.”. Zamawiający zmodyfikował w tym zakresie treść rozdziału I pkt. 3. Tabeli 2 a także zmienił treść wzoru formularza ofertowego. Niewątpliwie sprzeczne z tą treścią siwz jest podanie przez AGN nazwy licencji i potwierdzonej przez wykonawcę

nazwy licencji w wierszu 2 tabeli 2 „HP Open View Data Protector One Drive Unix/NAS/SAN LTU – B 6953AA”. Dla zaistnienia drugiego z warunków dopuszczalności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy należy ocenić czy poprawa omyłki wywoła istotną zmianę treści tej oferty. W ocenie Izby taka zmiana nie będzie istotna, gdyż zamawiający dysponuje informacją na temat tego, co wykonawca wycenił na potrzeby przedmiotowego postępowania. Izba zwróciła uwagę na to, że omyłkowo podany wiersz 2 w tabeli 2 pkt. 1 formularza ofertowego w rzeczywistości odpowiada w swojej treści wierszowi 1 tej tabeli. Natomiast w tabeli cenowej w pkt 2 formularza ofertowego w wierszu 3 (odpowiadającą we wzorze formularza ofertowego załączanego do siwz wierszowi 2 tabeli z pkt. 1.2 tego wzoru) wykonawca podał prawidłową licencję, wymaganą przez zamawiającego, co więcej miał świadomość, że oferuje inną licencję niż licencja zaoferowana z wierszu 2 tabeli cenowej (z kolei ten punkt we wzorze formularza ofertowego załączanego do siwz odpowiadał wierszowi 1 tabeli z pkt. 1.2. tego wzoru). Świadczy o tym zaoferowana cena jednostkowa. W wierszu 2 tabeli cenowej AGN zaoferował licencję za cenę jednostkową 26 360zł. netto, natomiast w wierszu 3 zaoferował licencję za cenę jednostkową 84 370zł. netto, czyli zaoferował różne licencje, wbrew swojemu oświadczeniu zawartemu w wierszu 2 tabeli 1.2. W ocenie Izby potwierdza to omyłkowy charakter informacji podanej przez wykonawcę w tabeli 1.2., a także świadczy o tym, że wykonawca wpisując dane cenowe w tabeli cenowej brał pod uwagę treść określającą wyceniany przedmiot i stosowanie do niej określał oczekiwania finansowe. Poprawa omyłki jest zatem możliwa, bo z samej treści oferty wynika, że przedmiotem wyceny i jednocześnie przedmiotem oferty jest wymagana przez zamawiającego licencja. Zmiana wiersza 2 w tabeli z pkt. 1.2. nie zmieni ani zakresu świadczenia ani ceny zaoferowanej przez wykonawcę AGN, natomiast usunie jedynie wewnętrzną sprzeczność oferty. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający prawidłowo dokonał poprawienia omyłki w ofercie AGN, na co AGN wyraziła zgodę. Izba uznała, że w tej sytuacji zamawiający prawidłowo nie

43

zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i prawidłowo nie dokonał czynności odrzucenia tej oferty.

Co do zarzutów zaniechania przez zamawiającego odrzucenia ofert Asseco i Fujitsu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pomimo tego, że oferty te w ocenie odwołującego DCS.pl nie odpowiadają w swojej treści w wierszach 10, 14 i 15 tabeli 1.1. formularza ofertowego wymaganiom zamawiającego wynikającym z rozdziału I pkt. 3 1. w wierszach 10, 14 i 15, Izba odnie się do ofert obu wykonawców łącznie, gdyż użyte w ich formularzach ofertowych sformułowania są identyczne, a odwołujący DCS.pl przedstawił w tym zakresie jednakową argumentację faktyczną i prawną.

W ocenie Izby zarzuty odwołującego DCS.pl w powyższym zakresie nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący zasadność zarzutów oparł na własnych definicjach pojęć „pełna obsługa technologii WORM”, „współpracy”, „kompatybilności” oraz „backupu” i „sterowania robotyką i przesyłania danych”. Z definicji tych wywodził, że oferty wykonawców Fujitsu i Asseco nie odpowiadają w swojej treści, treści siwz, gdyż nie przedstawiono pełnego opisu oferowanych urządzeń potwierdzającego funkcjonalności wymagane przez zamawiającego. W zakresie technologii WORM odwołujący DCS.pl zarzucał, że możliwość jednoczesnego użycia taśm w tym taśm WORM i rewritable nie zapewnia pełnej obsługi technologii WORM, gdyż samo użycie taśm nie oznacza, że biblioteka je rozpozna jako taśmy WORM i zastosuje wymaganą technologię. Jednak stanowisko to oparte jest wyłącznie na twierdzeniach odwołującego DCS.pl. Odwołujący nie wykazał prawdziwości tego twierdzenia, ani nie wnioskował o przeprowadzenie stosownego dowodu. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy na odwołującym ciążył obowiązek wskazania dowodu dla stwierdzenia faktu, że zaoferowanie jednoczesnego użycia taśm różnego typu nie jest równoznaczne z zaoferowaniem pełnej technologii WORM. Odwołujący wywodził z tego faktu skutki prawne w postaci postawienia zamawiającemu zarzutu zaniechania odrzucenia ofert Asseco i Fujitsu. Odwołujący nie sprostał swojemu obowiązkowi wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy. Zamawiający nie przyznał racji twierdzeniom odwołującego, co więcej w tym zakresie nie wzywał wykonawców Asseco i Fujitsu do wyjaśnień treści złożonych ofert uznając, że zaoferowane przez nich biblioteki postawiony wymóg spełniają. W tym stanie rzeczy zarzut nie potwierdził się. Analogiczna sytuacja dotyczy zarzutu odwołania DCS.pl w zakresie wiersza 14 i 15 tabeli 1.1 formularzy ofertowych złożonych przez Asseco i Fujitsu. Co do wiersza 14 odwołujący DCS.pl podał, że wedle jego wiedzy współpraca urządzenia z oprogramowaniem jest pojęciem szerszym (gwarantującym praktycznie bezawaryjne działanie systemu

urządzenia – oprogramowanie) niż kompatybilność. Ponownie jest to jedynie twierdzenie odwołującego, któremu zamawiający zaprzeczył podając, że wedle jego wiedzy kompatybilność jest gwarantem bezawaryjności, natomiast współpraca pozwala na poprawną pracę urządzenia i oprogramowania, ale nie można wykluczyć konfliktów.

44

Przystępujący Fujitsu przedstawił definicję Wikipedii, z której wynika, że kompatybilność informatyczna to cecha oprogramowania oraz sprzętu, która umożliwia bezproblemową współpracę systemów komputerowych, w szczególności wymianę danych. Izba stwierdziła, że według Słownika wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych Władysława Kopalińskiego słowo „kompatybilny” oznacza zgodny, dający się pogodzić, mogący współistnieć bez szkody dla żadnej strony, harmonijny, niesprzeczny; por. *incompatibilia*. Etym. - *śrdw.łac. compatibilis* 'jp.' od późn.*łac. compati* 'współczuć'; zob. *kom-*; *pati* 'znosić, cierpieć'. W ocenie Izby użyte przez Asseco i Fujitsu pojęcie „kompatybilne” zamiast „umożliwia współpracę” nie powoduje, że treść tych ofert nie odpowiada treści siwz, a odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń. Zamawiający w tym zakresie nie wzywał wykonawców do wyjaśnień i nie dokonywał poprawy ich ofert w tym zakresie. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy. W zakresie wiersza 15 odwołujący DCS.pl twierdził, że pojęcie „backup” jest szersze niż „sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów”, gdyż obejmuje m.in. zapis i brak wskazania, że biblioteka umożliwia zapis powoduje, że nie została zaoferowana pełna funkcjonalność wymagana przez zamawiającego. Zamawiający temu twierdzeniu zaprzeczył uznając, że w jego ocenie użyte przez wykonawców Asseco i Fujitsu pojęcia gwarantują wykonywanie bezpośredniego backupu. Izba stwierdziła, że odwołujący swoich twierdzeń nie udowodnił, nie wykazał nawet, że istnieje biblioteka taśmowa, która umożliwia sterowanie robotyką i przesyłanie danych do napędów, ale nie umożliwia zapisu. W tym stanie rzeczy zarzut należało uznać za nieudowodniony i oparty wyłącznie na twierdzeniach odwołującego. Odwołujący DCS.pl podniósł też zarzut nieprawidłowego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, który w uzasadnieniu odwołania wyraźnie połączył z wyjaśnieniami wykonawców Asseco i Fujitsu dotyczącymi wiersza 15. Przy czym zamawiający wzywał wykonawców do wyjaśnień nie w zakresie zaoferowania „pełnej funkcjonalności bezpośredniego backupu”, ale w zakresie potwierdzenia, że biblioteki zaoferowane wykorzystują sieć SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX. Odwołujący nie przedstawił żadnych twierdzeń dotyczących tego, że zaoferowane przez Asseco i Fujitsu biblioteki nie wykorzystują sieć SAN dla systemów Windows, Linux, HP-UX. Zarzut nie zasługiwał zatem na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Fujitsu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pomimo niezaoferowania wymaganej ilości przewodów połączeniowych oraz niezgodnego z ustawą zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy tj. poprawienie omyłki poprzez dopisanie w ofercie Fujitsu ilości oferowanego przewodu, Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie. Bezsporne jest, że wykonawca Fujitsu zaoferował przewody światłowodowe zakończone złączami LC o długości 15m i nie podał ilości zaoferowanych przewodów. Zamawiający zaś wymagał przewodów o długości 5 m z końcówkami typu LC-

45

LC 5 szt. Tym samym w ofercie brak było informacji na temat tego ile przewodów wykonawca zaoferował.

Izba stwierdza, że wzajemna relacja art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest następująca:

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o wszelkich nieprawidłowościach oferty wykonawcy, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Pojęcie „nie odpowiada” jest pojęciem szerokim obejmuje zarówno:

- sprzeczność (niezgodność) treści oferty z treścią siwz, czyli sytuację, gdy z oferty wynika wprost zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego
- jak również sytuację, gdy z oferty nie wynika element, czy fragment elementu, którego zaoferowania wymagał zamawiający.

Jednocześnie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jak już wspomniano powyżej, przewiduje się możliwość odrzucenia oferty tylko, o ile opisane powyżej „nieodpowiedniości” nie dadzą się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nakazuje zamawiającemu poprawić takie omyłki, które spełniają łącznie dwa warunki :

- polegają na niezgodności oferty ze siwz i
- ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W zakresie pierwszej z przesłanek należy stwierdzić, że odnosi się ona wyłącznie do sprzeczności treści oferty z treścią siwz. Pojęcie „niezgodności” jest węższe niż pojęcie „nieodpowiedniości”. Tym samym do poprawienia nadają się wyłącznie omyłki, które polegają na sprzeczności treści oferty z treścią siwz i to wyłącznie takie, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający zatem stosując art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzuca ofertę, gdy popełniona omyłka polega na sprzeczności oferty z treścią siwz, a jej poprawienie prowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty, a także odrzuca ofertę w sytuacji, gdy omyłka (niezależnie od tego czy jest istotna czy też nie) nie polega na sprzeczności treści oferty z treścią siwz.

W badanej sytuacji w ofercie Fujitsu nie ma niezgodności z treścią siwz, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ale jest brak, który mieści się w pojęciu nie odpowiadania przez treść oferty treści siwz. Braku tego nie da się naprawić, bo w ofercie nie ma jakichkolwiek danych pozwalających na ustalenie, że zaoferowano wymaganą ilość kabli. Cena w zakresie bibliotek taśmowych jest ceną zryczałtowaną za bibliotekę jako całość, nie da się wyodrębnić ceny jednostkowej poszczególnych elementów składających się na bibliotekę, w tym cen przewodów. Zamawiający zatem nie ma danych w ofercie pozwalających usunąć brak. Co więcej z oświadczenia odwołującego DCS.pl wynika, że przewody nie są elementem składowym biblioteki, ale wyposażeniem dodatkowym, które może ale nie musi być

46

dostarczone razem z bibliotekę. Temu twierdzeniu nie przeczył ani zamawiający, ani przystępujący Fujitsu. Sam fakt zaoferowania dłuższego od wymaganego przewodu (15 m zamiast 5m) nie pozwala na uznanie, że została zaoferowana wymagana ilość, gdyż brakuje jeszcze 10 m przewodu i brak jest w ofercie danych na temat wymaganej ilości złącz LC-LC. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do poprawienia oferty i zaniechał odrzucenia oferty Fujitsu, czy naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez jego błędne zastosowanie, a art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania do czego był zobowiązany. Izba nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność poprawienia omyłki przez nadanie treści tabeli do pkt 1.1. formularza ofertowego w wierszu 13 „przewody połączeniowe” brzmienia „Przewody światłowodowe zakończone złączami LC-LC o długości 15m w ilości 5 sztuk” w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w ofercie Fujitsu i nakazuje zamawiającemu dokonać czynności odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na niezaoferowanie przez tego wykonawcę wymaganej ilości przewodów połączeniowych, co nie odpowiada treści rozdziału I pkt. (2) ppkt. 3 wiersza 13 tabeli siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 i art. 96 ust. 3 ustawy oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej Uuznk”) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom zastrzeżonych przez firmę AGN Polska Sp. z o.o. jako niejawnych części oferty w zakresie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut został przez odwołującego cofnięty na rozprawie i nie podlegał rozpoznaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołania zostały uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba obciążyła zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującym kosztów postępowania tj. wpisów i zastępstwa na rozprawie zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), przy

47

czym ograniczyła żądanie odwołującego J..... M..... w zakresie zwrotu kosztów zastępstwa prawnego do maksymalnej kwoty zwrotu przewidzianej przez rozporządzenie tj. 3 600zł. .

Przewodniczący

.....

48