

WYROK
z dnia 23 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 października 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **06 października 2014 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum firm: 1) Engave Sp. z o. o. (Pełnomocnik Konsorcjum); 2) Secover Sp. z o.o., ul. Aleksandra Wilcza 3 lok. 2, 05-119 Legionowo z adresem dla siedziby pełnomocnika konsorcjum: ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Telewizja Polska S.A., Biuro Zakupów i Zamówień Publicznych, ul. Woronicza 17, Budynek Pc, pok. 204, 00-999 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Content Networks Sp. z o.o., ul. Puławska 474/476, 02-884 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: 1) Engave Sp. z o. o. (Pełnomocnik Konsorcjum); 2) Secover Sp. z o.o., ul. Aleksandra Wilcza 3 lok. 2, 05-119 Legionowo z adresem dla siedziby pełnomocnika konsorcjum: ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm:**
1) Engave Sp. z o. o. (Pełnomocnik Konsorcjum); 2) Secover Sp. z o.o.,
ul. Aleksandra Wilcza 3 lok. 2, 05-119 Legionowo z adresem dla siedziby
pełnomocnika konsorcjum: ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na leasing macierzy dyskowych w ramach zadania „Doposażenie sprzętowe Systemu Produkcji Programów Informacyjnych w 15 oddziałach terenowych”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 138-247446 dnia 22.07.2014 r., przez Telewizja Polska S.A., Biuro Zakupów i Zamówień Publicznych, ul. Woronicza 17, Budynek Pc, pok. 204, 00-999 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 25.09.2014 r. (faxem) Zamawiający poinformował m.in. o wyborze oferty najkorzystniejszej: Content Networks Sp. z o.o., ul. Puławska 474/476, 02-884 Warszawa zwanym dalej: „Content Networks Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”, drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Konsorcjum firm: 1) Engave Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum) ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa; 2) Secover Sp. z o.o., ul. Aleksandra Wilcza 3 lok. 2 05-119 Legionowo zwane dalej: „Konsorcjum Engave - Secover” albo „Odwołującym”. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez błędne zastosowanie kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej w stosunku do oferty złożonej przez Content Networks Sp. z o.o. w postępowaniu poprzez uznanie przedmiotowej oferty za prawidłową podczas gdy nie spełnia ona wymagań określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty Content Networks Sp. z o.o., podczas gdy podlegała ona odrzuceniu z uwagi na niespełnienie wymogów SIWZ;
3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - w szczególności z racji na wybiórczą, sprzeczną ocenę i weryfikację proponowanych przez Content Networks Sp. z o.o. i ITC S.A. rozwiązań dotyczących parametrów oferowanego sprzętu będącego przedmiotem zamówienia, oraz uznanie, iż przy identycznych niezgodnych z wymaganiami SIWZ rozwiązaniach, jedynie oferta ITC S.A. zasługiwała na odrzucenie oraz okoliczności bezpodstawnego uznania nieaktualnego zaświadczenia Content Networks Sp. z o.o. za dokument spełniający wymogi SIWZ;
4. inne, wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności badania i oceny oferty Content Networks Sp. z o.o. o.;
3. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty Content Networks Sp. z o.o. o.;
4. odrzucenie oferty Content Networks Sp. z o.o. o. jako niespełniającej wymogów przedstawionych w treści SIWZ;
5. dopuszczenie dowodów wskazanych w odwołaniu, załącznikach, dokumentacji Postępowania oraz dowodów powołanych w trakcie rozpoznania sprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą;
6. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odnośnie Kryteriów technicznych. Zamawiający w pkt 8 Zał. nr 1 do SIWZ, tj. Opisie przedmiotu zamówienia określił minimalne wymagania dotyczące funkcjonalności deduplikacji poprzez doprecyzowanie: *"urządzenie musi obsługiwać funkcja eliminacji identycznych plików i/ lub ich fragmentów — tzw. deduplikacji; deduplikacja musi być realizowana na plikach we wszystkich udziałach zaprezentowanych przez protokoły wymienione w pkt. 7 niniejszej tabeli, deduplikacja musi być realizowana dla wszystkich rodzajów danych i bez względu na udział, w którym dostępny jest plik — także w przypadku istnienia tego samego pliku (lub części pliku) w dwóch różnych udziałach"*. Zamawiający wybrał w przedmiotowym postępowaniu ofertę Content Networks Sp. z o.o. Oferta tego wykonawcy zawiera system FAS2554. Jednakże, dla zaoferowanego przez tego wykonawcę systemu deduplikacja działa TYLKO w obrębie pojedynczego wolumenu „FlexVol”. Stąd też niewątpliwie należy uznać, iż niemożliwym jest spełnienie wymagań odnoszących się do deduplikacji - *"także w przypadku istnienia tego samego pliku (lub części pliku) w dwóch różnych udziałach"*. Zastosowany rodzaj deduplikacji w rozwiązaniu oferowanym przez wygrywającego wykonawcę nie uwzględnia takich samych plików i części plików pomiędzy różnymi wolumenami i nie jest możliwe uzyskanie jakichkolwiek oszczędności wynikających z działania tej funkcji. W związku z powyższym oferta nie spełnia wymagań pkt 8 SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu co do zasady każdy z wykonawców mógłby zaproponować konfigurację zawierającą jedno rozwiązanie FlexVol dla wszystkich udziałów, co pozwalałoby na ominięcie ograniczenia związanego z deduplikacją dla pojedynczego wolumenu, jednakże należy zauważyć, iż w konkretnym rozwiązaniu zaoferowanym przez Content Network Sp. z o.o. dla proponowanego modelu macierzy FAS, zgodnie z dokumentacją rozwiązania tegoż producenta maksymalny rozmiar pojedynczego FlexVol w trybie 64bitowym pozwala na deduplikację wynoszącą maksymalnie jedynie 60TB. Takowa okoliczność jednoznacznie stwierdza, iż uniemożliwia to zbudowanie wymaganej przez Zamawiającego konfiguracji o pojemności użytecznej 72TB z działającą deduplikacją pomiędzy wszystkimi udziałami jednocześnie - co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ

i równoznaczne jest z niespełnieniem postawionych w nim wymagań. Rozwiązanie FlexVol jest swoistą formą rozwiązania w którym umieszczane są różne udziały danych. Zgodnie z najlepszymi praktykami stosuje się zasadę, że jedno rozwiązanie FlexVol odpowiada jednemu udziałowi. Natomiast technicznie możliwe jest umieszczenie w jednym FlexVol wielu udziałów. Deduplikacja w rozwiązaniu zaoferowanym w ofercie wygrywającej (oparta na rozwiązaniach firmy NetApp) działa tak, że uwzględnia identyczne repliki tylko w obrębie tego samego FlexVol. W związku z tym, jeśli istnieją dwa podobne pliki w tym samym FlexVolu, to zostaną one zdeduplikowane i przechowywana będzie tylko unikalna część tych plików. Wszystko, co jest takie samo, będzie zredukowane do jednej kopii, co wprost przeczy wymogom Zamawiającego. Jeśli jednak podobne pliki zostaną umieszczone w dwóch różnych kontenerach FlexVol, to system nie będzie potrafił ich zdeduplikować i będą one traktowane jako dwa różne pliki (nawet jeśli tylko nieznacznie będą się różnić zawartością) i całe rozwiązanie nie będzie w stanie uzyskać żadnych oszczędności wymaganych przez Zamawiającego, przy pomocy mechanizmu deduplikacji. Co więcej, nawet przy założeniu że zbudowany zostałby jeden duży FlexVol, mieszczący wszystkie wymagane udziały, to tak aby deduplikacja działała dla wszystkich rodzajów danych bez względu na udział w którym umieszczony jest dany plik, z technologicznego punktu widzenia w zaproponowanym modelu macierzy NetApp jest to niewykonalne. Maksymalny rozmiar FlexVol, jaki jest obsługiwany w zaproponowanym modelu macierzy wynosi 60TB, podczas gdy wymaganiem Zamawiającego jest dostarczenie systemu o pojemności 72TB. To z kolei prowadzi do wniosku, że realizując wymagania Zamawiającego, konieczne jest wykonanie co najmniej dwóch kontenerów FlexVol. To z kolei oznacza, że wówczas nie jest możliwa realizacja przez Content Networks Sp. z o.o. wymagana deduplikacja dla pojemności 72TB. Koniecznym do podkreślenia jest fakt, iż zaoferowany przez Content Networks Sp. z o.o. rodzaj deduplikacji w systemie FAS działa w obrębie pojedynczych FlexVol, które nie zapewniają wymiany oraz archiwizacji takich samych plików, ani również części plików pomiędzy różnymi wolumenami. W związku z powyższym nie jest możliwe uzyskanie jakichkolwiek oszczędności wynikających, z działania tej funkcji, a co za tym idzie - przez Content Network Sp. z o.o. nie został spełniony wymóg zapewnienia deduplikacji, która była kluczowym wymaganiem przedmiotu zamówienia i miała być realizowana na plikach we wszystkich udziałach.

Odnośnie kryteriów formalnych. Zgodnie z treścią pkt 7.3 SIWZ Zamawiający dopuścił możliwość polegania przez Wykonawców na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Stosownie jednak do zdania drugiego niniejszego zapisu - Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, będzie dysponował zasobami niezbędnymi do

realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednoznacznie z analizy dokumentów ofertowych przedłożonych przez Content Networks Sp. z o.o., wynika, iż podmiot ten chciał skorzystać z przewidzianej powyżej możliwości. Zarówno wykaz dostaw stanowiący Zał. nr 5, jak i przedłożone do niego referencje wystawione odpowiednio przez Skanska S.A. oraz Politechnikę Wrocławską, świadczą, iż przedmiotowe dostawy zostały wykonane przez Spółkę Comtegra Sp. z o.o. - która jak wynika z całości dokumentacji ofertowej nie występuje w żadnej formie jako Wykonawca ubiegający się o zamówienie wraz z Content Networks Sp. z o.o. Tym samym należy uznać, iż Content Networks Sp. z o.o. w swoim zamiarze miała skorzystać przy wykonaniu przedmiotu zamówienia z zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego jakim był Comtegra Sp. z o.o. Jednakże wskazana ścieżka dedukcyjna, zgodnie z wyżej wskazanym zapisem SIWZ nie jest wystarczająca dla Zamawiającego ani Wykonawcy dla stwierdzenia powyższych faktów. Content Networks Sp. z o.o. tym samym była zobligowana do przedłożenia dokumentu poświadczającego powierzenie jej zasobów przez podmiot trzeci, czego jednakże nie uczyniła. Należy również zauważyć, że w takiej sytuacji Zamawiający na etapie badania i weryfikacji ofert powinien był w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać Wykonawcę do przedłożenia brakującego dokumentu. Niewątpliwie w sytuacji gdy nie przedłożono wymaganego wprost w SIWZ oświadczenia Content Networks Sp. z o.o. zasługiwał na wykluczenie jako niespełniający minimalnych wymagań doświadczenia.

Zwrócił również uwagę na fakt, iż w bezsprzecznej, prawidłowej i obiektywnej ocenie Odwołującego nie można nie zakwestionować oferty Content Networks Sp. z o.o. w aspekcie nieprawidłowego a przedłożonego przez Wykonawcę zaświadczenia z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach przez Content Networks Sp. z o.o. Co prawda na przedmiotowym zaświadczeniu widnieje data wystawienia – 27.05.2014 r., jednakże z samej treści zaświadczenia wynika fakt niezalegania według stanu na dzień 20.05.2014 r. Tym samym o ile data wystawienia mogłaby nie zasługiwać na poddawanie jej w wątpliwość w świetle spełnienia warunku wystawienia na dzień nie wcześniej niż termin składania ofert - 27.08.2014 r., o tyle należy się jednak kierować tutaj intencjami ustawodawcy i Zamawiającego. Celem tak postawionego wymogu jest wykazanie, iż potencjalny Wykonawca nie zalegał z opłacaniem podatków w okresie co najmniej 3 miesięcy przed terminem złożenia ofert. Jednoznaczne jest to ze stwierdzeniem, iż przedmiotowe zaświadczenie nie spełnia niniejszego kryterium - gdyż jedynym wnioskiem jaki można z niego wysnuć jest okoliczność, iż Wykonawca nie zalegał z takimi opłatami na termin przekraczający 3 miesięczną tolerancję - tj. 3 miesiące i 7 dni przed wymaganym terminem. Podkreślił, iż przyjęcie, takiego dokumentu oraz uznawanie go za ważny i spełniający

warunki prowadzi do swoistego paradoksu. Zgodnie z wiodącą linią orzecniczą w zakresie zarzutu przedstawienia nieaktualnego zaświadczenia z właściwego US należy uznawać go za zasadny. Stosownie do treści § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów wykonawcy na potwierdzenie warunku wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp Wykonawcy mogą zostać zobowiązani do złożenia wraz z ofertą m.in. aktualnego zaświadczenia właściwego US potwierdzającego, że nie zalegają z opłacaniem podatków, wystawionego jednak nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie ze wskazaniem Słownika Języka Polskiego słowo "aktualny" należy rozumieć jako właściwy współczesności, ważny w czasie obecnym. Dokument musi więc być zarówno aktualny, jak i wystawiony nie wcześniej niż 3 m-ce przed upływem terminu składania ofert. Wyprzedzając ripostę Content Networks Sp. z o.o. nie można twierdzić, iż słowo "aktualny" oznacza tyle, co *"wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert"* (wyrok ZA z dnia 24.11.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-3440/05). Teza zawarta w przywołanym stanowisku zasługuje w pełni na uznanie przez wzgląd na swoją logiczną strukturę i jej klarowne uzasadnienie. Zaznaczył, iż opłacenie podatku VAT ma miejsce do 25 dnia każdego miesiąca, co oznacza, iż brak płatności w tym terminie powoduje zaległość począwszy już od dnia kolejnego. Dokument taki powinien zostać wystawiony najpóźniej w dniu składania ofert, jednak przepis jednoznacznie wskazuje dzień, na który wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków. Naruszenie niniejszej zasady prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Bezspornie, złożone przez Content Networks Sp. z o.o. zaświadczenie wykazuje stan na dzień wcześniejszy niż dopuszczalny zarówno w przywoływanym rozporządzeniu, jak i samej treści SIWZ. Należy mieć na uwadze, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, a art. 26 ust. 3 Pzp wyraźnie określa dzień, na który wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie przewiduje odstępstw w tym zakresie. Niewątpliwie jest, iż Zamawiający po otrzymaniu zaświadczenia wydanego w dniu 27.05.2014 r. wykazującego stan na dzień 20.05.2014 r. nie mógł w żaden sposób stwierdzić, czy brak zaległości nie zaistniał w okresie 7 dni od daty wskazanej w treści poświadczenia do dnia jego wystawienia. Tym samym nie można wykluczyć ewentualności, iż w przeciągu wskazanych 7 dni nie pojawiła się zaległość, zaś wówczas Wykonawca na dzień 27.05.2014 r. wykazywałby się taką cechą, która jednoznacznie przesądzałaby o jego wykluczeniu z postępowania przetargowego wskutek niespełnienia wymagań podmiotowych SIWZ i Pzp. Mając na uwadze powyższe oferta Content Networks Sp. z o.o. zarówno wskutek braków i niezgodności formalnych, jak też w związku z niekompatybilnością techniczną oferowanych urządzeń i rozwiązań zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bezspornie podlegała odrzuceniu jako niespełniająca wymagań SIWZ.

W dniu 06.10.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Engave - Secover wniosło na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 06.10.2014 r. (e-mailem).

Zamawiający pierwotnie oświadczył, że nie wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż nie otrzymał kopii odwołania. W wyniku weryfikacji przez Izbę, oddalenia wniosku o odrzucenie odwołania (uzasadnienie w dalszej części orzeczenia) Zamawiający dokonał stosownego wezwania 16.10.2014 r. (faxem) po odroczeniu posiedzenia (pierwszy termin - 15.10.2014 r.) przed wyznaczonym drugim terminem.

W dniu 20.10.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Content Networks Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugą pozycję w rankingu złożonych ofert (Cena -100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutu względem oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Oдноśnie wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 7 Pzp w zw. z art. 180 ust. 5 Pzp złożonego na posiedzeniu w dniu 15.10.2014 r. przez Zamawiającego, Izba uznała brak podstaw do jego uznania.

Art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp przewiduje konieczność odrzucenia odwołania, gdy Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. Z kolei zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp Odwołujący przesyła kopię odwołania Zamawiającemu

przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 Pzp (tj. faksem lub drogą elektroniczną). Przepis ten reguluje zatem w szczególności sposób zasady przesłania kopii odwołania.

W konsekwencji Zamawiający nie może poprzez postanowienia SIWZ np. takie jak przywołane na posiedzeniu, ograniczyć /zawęzić/ wskazanych w przepisie form, tym bardziej, że odesłanie nie dotyczy art. 27 ust.1 Pzp. Należy również zauważyć, że kopia odwołania nie mieści się w katalogu korespondencji pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą wskazanym w art. 27 Pzp, co dodatkowo potwierdza brak możliwości ograniczenia i narzucenia przez Zamawiającego formy przesłania kopii odwołania poprzez stosowne postanowienia SIWZ dotyczące sposobu porozumiewania się pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcami. Nadto generalnie, zasady przesłania kopii odwołania uregulowane są ustawowo w art. 180 ust. 5 Pzp, który dopuszcza każdą formę przekazania kopii odwołania, która zapewnia Zamawiającemu możliwość zapoznania się z jego treścią. (podobnie w wyroku KIO z 22.02.2013 r., sygn. akt: KIO 286/13).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. postanowień SIWZ, zał. nr 1 do wzoru umowy, odpowiedzi na pytanie 4 (pismo z dnia 05.08.2014 r. wraz z modyfikacją postanowień SIWZ z tego dnia, oferty Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 25.09.2014 r., odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie. Nadto, Izba uznała jako dowód w sprawie wydruki przedłożone na rozprawie przez Odwołującego ze strony internetowej producenta NetApp wraz z tłumaczeniem. Izba uznała również, iż dokument graficzny złożony na rozprawie przez Odwołującego ma jedynie charakter zobrazowania argumentacji Odwołującego. Izba uznała także jako dowód - zaświadczenia z US złożone przez Przystępującego na rozprawie zastrzegając, iż jego ocena będzie miała miejsce w ramach orzeczenia Izby.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych odwołań:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawiony przez Zamawiającego, w tym także

przywołane postanowienia SIWZ, jak i odpowiedzi Zamawiającego z 05.08.2014 r. oraz z oferty Przystępującego.

Izba w szczególności przywołuje:

Oдноśnie kwestii deduplikacji. Zgodnie z zał. nr 1 do wzoru umowy – Opisem Przedmiotu Zamówienia; 1. Specyfikacja techniczna – macierz dyskowa z dostępem typu NAS, 15 szt. (tabela). Zamawiający w pkt 4 tabeli określił: - pojemność: „*min. 72 TB pojemności użytkowej, prezentowanej za pomocą protokołów NFS lub CIFS w ramach dwóch systemów plików, z czego jeden o pojemności użytkowej min. 50 TB pojemności użytkowej (..)*”. Zaś, w pkt 8 tabeli: - funkcjonalność systemu: „*(...) urządzenie musi obsługiwać funkcję eliminacji identycznych plików i/lub ich fragmentów – tzw. deduplikację; deduplikacja musi być realizowana na plikach we wszystkich udziałach zaprezentowanych przez protokoły wymienione w pkt 7 niniejszej tabeli, deduplikacja musi być realizowana dla wszystkich rodzajów danych i bez względu na udział, w którym dostępny jest plik – także w przypadku istnienia tego samego pliku (lub części pliku) w dwóch różnych udziałach (...)*”. W wyniku odpowiedzi na pytanie 4 (pismo z dnia 05.08.2014 r.) Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, tzn. w zał. nr 1 do wzoru umowy w pkt 4 tabeli zmienił zapis z: „*min 50 TB pojemności użytkowej*” na zapis „*min. 16 TB pojemności użytkowej*”.

Na rozprawie Odwołujący przedłożył dowody w sprawie, tj. wydruki ze strony internetowej producenta NetApp wraz z tłumaczeniem. W pierwszym wypadku: wydruk w języku angielskim wraz z tłumaczeniem parametrów urządzenia zaoferowanego przez Przystępującego - na okoliczność potwierdzenia, że urządzenie zaoferowane przez Przystępującego dysponuje pojemnością 60 TB dla jednego wolumenu. W drugim wypadku: wydruk ze stron internetowej producenta NetApp, tzn. stronę tytułową dokumentu oraz str. 159 wraz z tłumaczeniem strony 159 na okoliczność, że urządzenie zaoferowane przez Przystępującego umożliwia jedynie realizację funkcjonalności deduplikacji w zakresie jednego wolumenu FlexVol. Przedstawił także dokument graficzny - jako zobrazowanie swojej argumentacji. Zamawiający oraz Przystępujący w toku rozprawy w dniu 22.10.2014 r. przyznali, że Odwołujący trafnie przedstawił sposób działania urządzenia zaoferowanego przez Przystępującego (okoliczność przyznana – art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp.). Przy czym, w odróżnieniu od Odwołującego zgodnie oświadczyli, że powyższy sposób działania zaoferowanego urządzenia był dopuszczalny biorąc pod uwagę obowiązujące postanowienia SIWZ.

Oдноśnie kwestii zaświadczenia z US załączonego do oferty Przystępującego, nie było sporu co do jego treści, w tym zakresie Zamawiający oraz Przystępujący nie negowali jego opisu przedstawionego przez Odwołującego w odwołaniu. Spór dotyczył jedynie oceny jego treści w kontekście § 3 ust.1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający

od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 19 lutego 2013 r., poz. 231). Przystępujący złożył na rozprawie zaświadczenia z US z 22.08.2014 r.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący sformułował w dowołaniu następujące zarzuty:

1. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez błędne zastosowanie kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej w stosunku do oferty złożonej przez Content Networks Sp. z o.o. w postępowaniu poprzez uznanie przedmiotowej oferty za prawidłową podczas gdy nie spełnia ona wymagań określonych w SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty Content Networks Sp. z o.o., podczas gdy podlegała ona odrzuceniu z uwagi na niespełnienie wymogów SIWZ;
3. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - w szczególności z racji na wybiórczą, sprzeczną ocenę i weryfikację proponowanych przez Content Networks Sp. z o.o. i ITC S.A. rozwiązań dotyczących parametrów oferowanego sprzętu będącego przedmiotem zamówienia, oraz uznanie, iż przy identycznych niezgodnych z wymaganiami SIWZ rozwiązaniach, jedynie oferta ITC S.A. zasługiwała na odrzucenie oraz okoliczności bezpodstawnego uznania nieaktualnego zaświadczenia Content Networks Sp. z o.o. za dokument spełniający wymogi SIWZ;
4. inne, wskazane w uzasadnieniu odwołania (art. 26 ust. 3 Pzp). Powyższe zarzuty odniósł do kwestii: nie spełnienia funkcjonalności deduplikacji w zaoferowanym przez Przystępującego urządzeniu, braku złożenia zobowiązania o udostępnieniu na rzecz Przystępującego w zakresie wykazywanej wiedzy i doświadczenia zasobów podmiotu trzeciego oraz przedłożenia nieaktualnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego do oferty przez Przystępującego. Na rozprawie Odwołujący wycofał zarzut dotyczący braku złożenia zobowiązania o udostępnieniu na rzecz Przystępującego w zakresie wykazywanej wiedzy i doświadczenia zasobów podmiotu trzeciego.

Izba odniesie się do przedstawionych i podtrzymanych zarzutów łącznie z uwagi na ich charakter, który *de facto* skupiał się na kwestii nie spełnienia funkcjonalności deduplikacji w zaoferowanym przez Przystępującego urządzeniu oraz przedłożenia nieaktualnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego do oferty przez Przystępującego. Uznając, generalnie, że podlegają one oddaleniu, jak i całe odwołanie.

Odnośnie kwestii nie spełnienia funkcjonalności deduplikacji w zaoferowanym przez

Przystępującego urządzeniu. Izba w tym zakresie, oddaliła zarzut, podzieliła argumentację Zamawiającego, co do braku podstaw do kwestionowania rozwiązania przyjętego w ramach urządzenia zaoferowanego przez Przystępującego w zakresie oczekiwanej deduplikacji. Przedmiotem sporu bowiem nie była kwestia, czy urządzenie zaoferowane działa, czy nie działa w sposób wskazany przez Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie. W tym zakresie Przystępujący – przyznał na rozprawie, jak i Zamawiający – że tak jest rzeczywiście (okoliczność przyznana – art.190 ust. 5 zd. 2 Pzp.). Istotą jest bowiem, czy postanowienia SIWZ pozwalały na zaoferowanie rozwiązania, które będzie spełniało oczekiwaną funkcjonalność deduplikacji w sposób przedstawiony na rozprawie przez Odwołującego. W ocenie Izby, postanowienia zał. nr 1 do wzoru umowy w pkt 4 i 8 tabeli w związku z modyfikacją postanowień SIWZ z 05.08.2014 r., mają taki charakter, że dopuszczają dwie równoważne interpretacje zapisów SIWZ, tj. osiągnięcie funkcjonalności w sposób uznany przez Odwołującego za niedopuszczalny oraz w sposób uznany przez Odwołującego za docelowy. W rezultacie Izba, kierując się zasadą, że niejednoznaczne postanowienia SIWZ nie mogą działać na niekorzyść Wykonawców oddalił zarzut, a w konsekwencji całe odwołanie. Dopuszczalne bowiem było zarówno rozwiązanie, w którym domeną deduplikacji jest jeden wolumen, jak i takie w którym domeną deduplikacji jest cała dostępna pojemność dyskowa, niezależnie od przynależności do wolumenu. Izba zwraca uwagę, że w pkt 4 tabeli wskazuje się na dwa systemy plików, z czego jeden o pojemności użytkowej min. 16 TB (po modyfikacji z 05.08.2014 r.). Niewątpliwie więc zasadne jest stanowisko Przystępującego, że systemy plików miały być rozłączne. Z kolei w pkt 8 tabeli stwierdza się, co prawda, że deduplikacja musi być realizowana na plikach we wszystkich udziałach (...), czy też że deduplikacja musi być realizowana dla wszystkich rodzajów danych i bez względu na udział, w którym dostępny jest plik – także w przypadku istnienia tego samego pliku (lub części pliku) w dwóch różnych udziałach. Jednakże, Zamawiający nie sprecyzował, czy udziały muszą być częścią jednego, czy wielu wolumenów, czyli systemów pliku, ani tego, czy deduplikacja ma się odbywać w ramach urządzenia, czy wolumenu, czyli systemu plików. Zamawiający nie określił, aby cała pojemność użytkowa mieściła się w jednym wolumenie FlexVol. Nie nakazał, aby w ramach dwóch wolumenów, zachodziła deduplikacja między nimi.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie kwestii przedłożenia nieaktualnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego do oferty przez Przystępującego. Izba przedmiotowy zarzut również oddaliła. Należy podkreślić, że nie było sporu co do samej treści zaświadczenia z US przedłożonego przez Przystępującego do oferty, ale jedynie oceny jego treści w kontekście § 3 ust.1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 19 lutego 2013 r., poz. 231).

Względem zaś zaświadczenia z US z dnia 27.05.2014 r., Izba stoi na stanowisku, że jest ono zgodne z § 3 ust.1 pkt 3 wskazanego rozporządzenia, a konsekwencji brak jest podstaw do jego kwestionowania, tudzież uzupełniania w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Izba wskazuje, że w przedmiotowym przepisie rozporządzenia mamy do czynienia z przyjęciem określonej fikcji prawnej zgodnie z którą aktualnym zaświadczenie z US jest takie, które zostało wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W rezultacie okoliczność, że treść zaświadczenia stwierdza określony stan na dzień: 20.05.2014 r. jest bez znaczenia w przedmiotowej sprawie. Izba podkreśla, że przyjęta fikcja prawna ma na celu umożliwienie Wykonawcom udział w postępowaniu, albowiem realna aktualność mogłaby skutkować brakiem możliwości uzyskania zaświadczenia przedstawiającego stan rzeczy na konkretny dzień - tzn. na termin składania ofert. Przystępujący złożył na rozprawie zaświadczenia z US z 22.08.2014 r. Izba w zakresie przedłożonego na rozprawie zaświadczenie stwierdza, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę „*stan rzeczy ustalony w toku postępowania*”. Zaś sformułowanie „*w toku postępowania*” odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W ww. zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku SO w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13. Jednocześnie podkreślić należy, że przyjęcie przeciwnego poglądu oznaczałoby de facto, że ocena oferty Odwołującego dokonana zostałaby, po raz pierwszy dopiero przez Izbę. W konsekwencji, przedmiotowe zaświadczenie mogłoby jedynie pojawić się w przedmiotowym postępowaniu przetargowym w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co jednakże z uwagi na przyjęte przez Izbę stanowisko nie jest konieczne. Należy jedynie stwierdzić, w kontekście przedstawionej na wstępie argumentacji, że celowość uznania istnienia określonej fikcji prawnej w przepisie wskazywanego na wstępie rozporządzenia, potwierdza także polemiczna argumentacja Odwołującego z rozprawy w kontekście przedłożonego na rozprawie zaświadczenia z US z 22.08.2014 r., który także podważał przedmiotowe zaświadczenie, gdyż w jej treści był wskazany stan na dzień 22.08.2014 r. i nie odnosił się do stanu z 01.06.2014 r., 01.07.2014 r., czy też 27.05.2014 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba podkreśla, że nie ma możliwości uwzględnienia jakiegokolwiek wniosku o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie norm przepisanych, albowiem w postępowaniu odwoławczym - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika mogą być przez Izbę zasądzone wyłącznie na podstawie przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy rachunku.

Przewodniczący :

.....