

**WYROK**  
**z dnia 21 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2018 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Euvic Sp. z o.o., Qumak S.A., ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Ośrodek Przetwarzania Informacji-Państwowy Instytut Badawczy, Al. Niepodległości 188b, 00-608 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Xcomp Sp. z o. o. sp.k., ul. Białowieska 6B, 71-010 Szczecin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
3. Zasądza od odwołującego : Euvic Sp. z o.o., Qumak S.A., ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice na rzecz zamawiającego Ośrodek Przetwarzania Informacji-Państwowy Instytut Badawczy, Al. Niepodległości 188b, 00-608 Warszawa kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) 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

Ośrodek Przetwarzania Informacji - Państwowy Instytut Badawczy al. Niepodległości 188B 00-608 Warszawa, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa urządzeń do rozbudowy infrastruktury serwerowej i sieciowej OPI PIB” (znak sprawy: infrastruktura-253-2018).

W dniu 30 października 2018 roku Zamawiający powiadomił wykonawców za pośrednictwem wiadomości e-mail o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za taką została uznana oferta złożona przez Xcomp Sp. z o. o. sp.k., ul. Białowieska 6B, 71-010 Szczecin. Od takiej czynności Zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca Konsorcjum: Euvic Sp. z o.o., Qumak S.A., ul. Przewozowa 32, 44-100 Gliwice, dalej zwany „Odwołującym”.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty spółki Xcomp Sp. Z o.o. Sp. k. ul. Białowieska 6b 71-010 Szczecin mimo, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu błędne ustalenie stanu faktycznego oraz naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewykluczenie wykonawcy XComp z udziału w Postępowaniu, mimo, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w zakresie wymaganego personelu wykonawcy,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w Postępowaniu wykonawcy Xcomp mimo, iż podczas procedury wyjaśniania dokumentu prowadzonej przez Zamawiającego, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie spełniania przez Xcomp warunków udziału w Postępowaniu,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2) Ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Xcomp mimo, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 3 Ustawy Pzp a także art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez niezgodne z Ustawa Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Xcomp ,
  2. dokonania ponownej oceny ofert i w zależności od ustaleń:
    - dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
    - wykluczenie wykonawcy Xcomp jako niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu
    - odrzucenia oferty Xcomp jako oferty nie spełniającej wymagań treści SIWZ;
- Odwołujący zarzucił Zamawiającemu błędne ustalenie stanu faktycznego oraz naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewykluczenie wykonawcy XComp z udziału w Postępowaniu, mimo, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w zakresie wymaganego personelu wykonawcy,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w Postępowaniu wykonawcy Xcomp mimo, iż podczas procedury wyjaśniania dokumentu prowadzonej przez Zamawiającego, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie spełniania przez Xcomp warunków udziału w Postępowaniu,

3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Xcomp mimo, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4. art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 3 Ustawy Pzp a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodne z ustawa Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Xcomp ,
2. dokonania ponownej oceny ofert i, w zależności od ustaleń:
  - dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
  - wykluczenie wykonawcy Xcomp jako niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu
  - odrzucenia oferty Xcomp jako oferty nie spełniającej wymagań treści SIWZ;
3. dokonanie wyboru oferty Qumak S.A. jako najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania.

Wskazał, że postępowanie prowadzone przez Zamawiającego jest podzielone na 4 części oznaczone A, B, C i D. W dniu 30 października 2018r. Zamawiający doręczył Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu we wszystkich jego częściach. Oferta Konsorcjum została wybrana jako najkorzystniejsza w częściach B i C. W części A, która jest objęta odwołaniem zostały złożone dwie oferty - oferta wybranego wykonawcy Xcomp oraz oferta Odwołującego.

W niniejszym odwołaniu Odwołujący wskazuje, że czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Xcomp jako najkorzystniejszej, nie znajduje podstawy w przepisach ustawy Pzp oraz treści SIWZ. Odwołujący stoi na stanowisku, iż badanie przez Zamawiającego ofert Xcomp jest obarczone błędem, na skutek którego jako najkorzystniejsza w części A została wybrana oferta, która powinna podlegać odrzuceniu. Odwołujący zarzuca, że oferta Xcomp jest ofertą niezgodną z SIWZ, a zatem nie powinna być najwyżej oceniona w Postępowaniu, a także w dalszej kolejności Zamawiający nie powinien był badać spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez wykonawcę Xcomp.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Xcomp jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu podał, że Zamawiający w na 3 stronie SIWZ w punkcie 6. Opis spełniania warunku udziału w postępowaniu, wymagał od wykonawców składających ofertę na część A, aby wykazali się stosownymi kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem, w związku z czym zamieścił następujący wymóg dotyczący wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia 6.1.2 dysponują co najmniej 1 osobą, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadającą następujące kwalifikacje zawodowe i doświadczenie:

- w zakresie dla części A - minimum jeden inżynier z min. 3 letnim doświadczeniem w zakresie administrowania serwerami, macierzami dyskowymi, posiadający kwalifikacje potwierdzone certyfikatem na poziomie zawansowanym (professional) producenta oferowanych urządzeń;

Z załączonych przez wykonawcę tj. firmę Xcomp dokumentów w szczególności wykazu osób wynika, iż wykonawca ten dysponuje 1 osobą inżyniera (Pan D.C.), który posiada certyfikat Huawei Certified NetWork Professional Storage. Zgodnie z wymogiem Zamawiającego wykonawca musiał wykazać się dysponowaniem inżynierem z zakresu administrowania serwerami oraz macierzami dyskowymi, która to umiejętność i doświadczenie miała być potwierdzona certyfikatem na poziomie zawansowanym (professional) producenta oferowanych urządzeń, czyli w tym przypadku firmy Huawei.

Przedstawiony przez Xcomp dokument, zgodnie z informacjami na stronie producenta, potwierdza kompetencje jedynie z zakresu administrowania produktami „storage”, w tym konkretnym przypadku macierzami dyskowymi serii OceanStore.

Wskazał, że według tłumaczenia treści certyfikatu ze strony internetowej to jego posiadacz posiada uprawnienie do „*HCNP-Storage to certyfikacja IT, mająca na celu budowanie kwalifikacji profesjonalnych inżynierów pamięci masowej oraz weryfikację wiedzy i umiejętności wymaganych w zakresie technologii produktów, planowanie i projektowanie, zarządzanie i konserwację, rozwiązywanie problemów dla produktów Huawei Storage*”. Oraz „*Dzięki certyfikowanym inżynierom HCNP-Storage przedsiębiorstwa mogą wdrażać i administrować systemami pamięci masowej Huawei, a także wdrażać i zarządzać systemem tworzenia kopii zapasowych OceanStor i systemem OceanStor DR*”.

Tym samym Odwołujący stwierdził, że legitymując się powyższym certyfikatem osoba posiada tylko wymagane przez SIWZ uprawnienia w zakresie macierzy, a nie posiada w zakresie serwerów. Dalej w odwołaniu wskazał, że w toku procedury badania dokumentów formalnych wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, Xcomp przedstawił Zamawiającemu łącznie z certyfikatem oświadczenie podpisane przez pracownika lokalnego oddziału firmy Huawei z którego ma wynikać, iż załączony do oferty certyfikat HCNP-Storage obejmuje również „administrowanie serwerami”. Na rozprawie Odwołujący w tym zakresie dodał, że ze złożonego oświadczenia Przystępującego wynika, że certyfikat ten wskazuje na posiadanie uprawnień serwerowych, jednakże Odwołujący zwraca uwagę w tym zakresie, że oświadczenie nie jest wystawione przez Huawei i podmiot, który nie jest uprawniony do ich wystawienia, ale jest wystawiony przez Polski oddział Huawei, a tym samym podmiot który nie jest uprawniony do wystawienia certyfikatu. Ponadto podpisująca go osoba jest osobą niezidentyfikowaną, więc nawet z tego względu nie jest wiadomo czy była ona uprawniona do podpisania tego rodzaju oświadczeń w imieniu spółki Huawei.

Podał nadto, że oświadczenie to jest sprzeczne z informacjami pochodzącymi bezpośrednio od producenta i zamieszczonymi przez niego na oficjalnej stronie internetowej z których jednoznacznie wynika, iż nie jest to certyfikat obejmujący swoim zakresem administrowanie serwerami. Potencjalnie, zdaniem Odwołującego takie oświadczenie mogłoby być uznane za wiarygodne, gdyby zostało wystawione przez wystawcę certyfikatu, który uprawniony jest do interpretowania, wyjaśniania i zmiany własnych oświadczeń, a nie podmiot trzeci. Złożone oświadczenie pracownika Huawei Polska nie ma zatem żadnego znaczenia dla ustalenia zakresu kompetencji i wiedzy, który potwierdza przedstawiony przez Xcomp certyfikat.

Podkreślił, że producent tj. firma Huawei dysponuje oczywiście certyfikatami z zakresu administrowania serwerami np. HCNP-Data Center który to właśnie obejmuje zakres poświęcony między innymi serwerom, natomiast Xcomp nie wykazał, że Pan D.C. spełnia te wymagania i posiada adekwatny do wymagań Zamawiającego certyfikat.

Podkreślił, że w tej sytuacji wykonawca Xcomp nie tylko nie wykazał zatem spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale składając dokumenty w odpowiedzi na wezwanie przez Zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, posługując się oświadczeniem mijającym się z prawdą, wprowadził tymi informacjami w błąd Zamawiającego co do faktów mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu - tu na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. Uznać należy, że działania te wynikają z lekkomyślności lub niedbalstwa Xcomp.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazał, że Zamawiający wymagał na 10 stronie w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, Cześć A, pkt 6. Szafa serwerowa, dostarczenia szaf serwerowych spełniających następujące wymagania:

3. Kolorystyka i wykonanie:

- Preferowany kolor czarny,
- Szerokość max. 19",
- Min. nośność 800 kg przy zastosowaniu kółek,
- Min, nośność 950 kg przy zastosowaniu cokołu.
- Perforowane drzwi przednie z zamkiem z możliwością przełożenia na lewo/prawo,
- Perforowane drzwi tylnie dwuskrzydłowe,
- Zamawiający wymaga szafy z cokołem.

W formularzu oferty wykonawcy Xcomp zamieszczone zostały informacje z których wynika, że zaoferowano szafę „ZPAS-WZ-IT-428010-45AA-2-161 z wymaganymi akcesoriami oraz cokołem i kółkami o nośności 800kg zgodnie z SIWZ. Z opisu wynika, iż zaoferowany produkt nie jest zgodny z wymaganiami SIWZ ponieważ szafa zarówno dla cokołu jak i kółek ma nośność 800kg. Zamawiający natomiast wymagał dostawy szafy serwerowej z cokołem o nośności min 950kg, a tylko dla szafy z kółkami nośności 800 kg. Skoro wykonawca zamieścił w formularzu parametry techniczne oferowanej szafy mógł to zrobić prawidłowo, w sposób nie budzący wątpliwości, iż jest to produkt spełniający wymagania Zamawiającego, jeżeli produkt ten w rzeczywistości te parametry spełnia, np. „ZPAS-WZ-IT-428010-45AA-2-161 z wymaganymi akcesoriami oraz cokołem o nośności 950kg i kółkami o nośności 800kg zgodnie z SIWZ". Odwołujący podkreśla, że nośność szafy serwerowej przy zainstalowaniu kółek i przy zainstalowaniu cokołu jest różna. Z treści oferty Xcomp wynika natomiast, że albo ta wartość jest identyczna w obydwu przypadkach - co jako podkreśla Odwołujący nie jest możliwe, albo Xcomp zaoferował szafę serwerową bez wskazania lub potwierdzenia nośności przy zastosowaniu cokołu, a jedynie dla zastosowania kółek. Technicznie nie jest natomiast możliwe jednoczesne zainstalowanie w szafie zarówno kółek jak i cokołu, a Zamawiający wymagał - co wynika wprost z SIWZ - dostarczenia szafy z cokołem.

Jakiegokolwiek zmiany w formularzu oferty na tym etapie są niedopuszczalne i prowadzą do zmiany treści oferty. Odwołujący podkreślił również, że ewentualne wyjaśnienia oferty na tym etapie postępowania, prowadzone na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, prowadziłyby do negocjacji z wykonawcą Xcomp treści oferty, w szczególności jej przedmiotu. Zgodnie bowiem z treścią oferty nie jest jasne, czy Xcomp twierdzi, że wskazana nośność 800 kg dotyczy szafy serwerowej z cokołem czy z kółkami. Reasumując zarzucaną niezgodność stwierdził, że w związku z tym, że oferta ww. wykonawcy nie może być uzupełniona lub zmieniona we wspomnianym powyżej zakresie, Zamawiający powinien na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, ofertę wykonawcy odrzucić.

W zakresie trzeciego zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał dostarczenia Macierzy dyskowej typ I oraz Macierzy dyskowej typ II, która zgodnie z zapisem punktu 14 zamieszczonym w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia. Część A miała obsługiwać:

*„Macierz musi umożliwiać dokonywanie na żądanie tzw. migawkowej kopii danych w ramach macierzy za pomocą wewnętrznych kontrolerów macierzowych. Kopia migawkowa wykonuje się bez konieczności wcześniejszego alokowania dodatkowej przestrzeni dyskowej na potrzeby kopii. Zajmowanie dodatkowej przestrzeni dyskowej następuje w momencie zmiany danych na dysku źródłowym lub na jego kopii. Macierz musi wspierać minimum 2048 kopii migawkowych per wolumen logiczny i minimum 65000 wszystkich kopii migawkowych”.*

Wskazał, że z formularza oferty firmy Xcomp wynika, iż zaoferowana została macierz Huawei OceanStor 5500 V5, która zgodnie z informacjami na stronie producenta obsługuje jedynie 64000 kopii migawkowych. Dla uzasadnienia prawdziwości swoich danych w odwołaniu wskazał na linki ze stron internetowych. Dodatkowo wskazał, iż wykonawca Xcomp składając w dniu 16.10.2018 wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11.10.2018r wprowadził go w błąd sugerując, iż wymienione w dokumentacji producenta macierzy Huawei OceanStor 5500 V5 wartości dwóch odrębnych parametrów tj. „Maximum numer of LUN snapshots” oraz „Maximum numer of read-only snapshots in a file system” można sumować. Jest to nie prawdą. Parametr „Maximum numer of LUN snapshots” w tłumaczeniu „Maksymalna liczba kopi migawkowych na LUN (LUN = wolumen logiczny) określa jaką liczbę kopi migawkowych obsługuje macierz per pojedynczy wolumen logiczny tzw. LUN. Z kolei „Maximum numer of read-only snapshots in a file system” w tłumaczeniu „Maksymalna liczba kopi migawkowych do odczytu w systemie plików jest parametrem który określa maksymalną obsługiwaną przez daną macierz liczbę kopi migawkowych. Skoro parametr „Maximum numer of read-only snapshots in a file system” jest wartością maksymalnej liczby kopi migawkowych obsługiwaną przez daną macierz dyskową, to

wartość ta nie może zostać zwiększona poprzez sumowanie, gdyż określa ona technicznie iż powyżej tej wartości tj. 64000 więcej kopi migawkowych nie jest już obsługiwane.

Powyższe zdaniem Odwołującego jednoznacznie potwierdza, iż oferowany produkt Huawei OceanStor 5500 V5 nie spełnia wymagań specyfikacji Zamawiającego.

W związku z tym, że oferta ww. wykonawcy nie może być uzupełniona we wspomnianym powyżej zakresie, Zamawiający powinien na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, ofertę wykonawcy odrzucić.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie oraz w założonym na posiedzeniu przed KIO piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego. Ponadto odnosząc się do poszczególnych zarzutów podał:

- w zakresie zarzutu dotyczącego niespełniania warunku udziału w postępowaniu z powodu nie wskazania do realizacji zamówienia osoby spełniającej postawione wymagania w zakresie posiadania certyfikatów profesjonalistów podał, że zarzut ten jest niezasadny. W uzupełnieniu dokumentacji, dokonanej przez wybranego wykonawcę, na żądanie Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania, Wykonawca - Xcomp, w dokumencie wykaz osób, przedstawił certyfikat Huawei Certified Network Professional Storage (HCNP storage) dla Pana D. C., potwierdzający kwalifikacje na poziomie zaawansowanym w zakresie technologii produktów, planowania i projektowania, zarządzania i konserwacji produktów Huawei Storage. Ponadto, Wykonawca przedstawił pisemne oświadczenie podpisane przez przedstawiciela firmy Huawei (producenta oferowanego sprzętu), z którego wynika, iż wymieniony wyżej certyfikat HCNP-Storage obejmuje również administrowanie rozwiązaniami serwerowymi. Wskazał także, że dokonując analizy w zakresie dysponowania przez Huawei certyfikatami z zakresu odnoszącym się wyłącznie do administrowania serwerami, to brak jest w ogóle możliwości wydania takiego certyfikatu przez ww. producenta z uwagi na fakt, iż ww. producent nie dysponuje tego typu certyfikatami.

-odnośnie zarzutu drugiego dotyczącego niezgodności zaoferowanej szafy Zamawiający wskazał, że w ocenie Odwołującego z opisu przedmiotu zamówienia wynika, iż zaoferowany produkt nie jest zgodny z wymaganiami SIWZ, ponieważ szafa zarówno dla cokołu jak i kółek ma nośność 800kg, zaś Zamawiający wymagał dostawy szafy serwerowej z cokołem o nośności min 950kg, a tylko dla szafy z kółkami nośności 800 kg. W odpowiedzi na przedmiotowe zarzuty, Zamawiający podał iż, w formularzu oferty wykonawcy Xcomp zaoferowano szafą „ZPAS-WZ-IT-428010-45AA-2-161”. W ramach oceny ofert Zamawiający zwrócił się do producenta zaoferowanej szafy serwerowej o kartę katalogową oferowanego produktu.



W dniu 9 października 2018 r. Regionalny Menadżer Sprzedaży firmy ZPAS przesłał w formie PDF kartę katalogową rodziny szaf SZB IT. Wymienione parametry potwierdzają że szafa spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ dla oferowanej szafy o szerokości 800 mm głębokości 1000 mm i wysokości 42U. W ocenie Zamawiającego opis zawarty w formularzu ofertowym o treści „ZPAS-WZ-IT-428010-45AA- 2-161 z wymaganymi akcesoriami oraz cokołem i kółkami o nośności 800kg zgodnie z SIWZ” miał za zadanie utwierdzenie Zamawiającego że oferowana szafa umożliwia zastosowanie kółek o nośności 800 kg. Wymagana przez Zamawiającego nośność kółek wymaga indywidualnego przygotowania szafy przez producenta w tym przypadku firmę ZPAS.

Jednocześnie Zamawiający zinterpretował oświadczenie Wykonawcy zawarte w ofercie, w którym wskazano, iż zaoferowany przedmiot umowy jest zgodny z SIWZ. Powyższe zostało także potwierdzone przez Przystępującego w złożonych przez niego dokumentach.

- w zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego prawidłowości w zaoferowaniu macierzy dyskowej typ I oraz macierzy dyskowej typ II Zamawiający wskazał iż, wyspecyfikowany w punktach Macierzy dyskowej typ I oraz Macierzy dyskowej typ II, punkt 14 zamieszczonym w załączniku nr 1 do SIWZ parametr. „Macierz musi wspierać minimum 2048 kopii migawkowych peer wolumen logiczny i minimum 65000wszystkich kopii migawkowych” miał za zadanie zapewnić Zamawiającemu dostawę sprzętu o wysokiej wydajności koniecznej do obsługi systemów przez niego utrzymywanych.

Z uwagi na to, że Zamawiający w opisie minimalnych wymagań użył zwrotu „wszystkich kopii migawkowych” bez uszczegółowienia opisu np. wszystkich kopi migawkowych realizowanych przez LUN lub wszystkich kopi migawkowych realizowanych przez system itd., uznał że obydwaj Wykonawcy spełniają ten wymóg i złożona oferta firmy Xcomp spełnia minimalne wymagania SIWZ.

Przystępujący do postępowania wykonawca Xcomp Sp. z o. o. sp.k., ul. Białowieska 6B, 71-010 Szczecin poparł stanowisko Zamawiającego i w oparciu o przedłożone dowody wskazywał iż zarzuty odwołania wobec jego oferty są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołane jest nie zasadne i podlega oddaleniu.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.. Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga kwestia, że stan faktyczny sprawy wynikający z treści odwołania i prezentowany przez strony na etapie rozprawy jest taki jak podany w odwołaniu, co skutkuje brakiem potrzeby ponownej jego prezentacji dla wykazania stanu faktycznego w oparciu o który dokonano przedmiotowego rozstrzygnięcia sprawy.

Odnosząc się na wstępie do podniesionych zarzutów Izba wskazuje, że odwołanie okazało się niezasadne zarówno, ze względów merytorycznych, gdyż przedstawione przez Zamawiającego i Przystępującego dowody potwierdzały poprawność i zgodność z wymaganiami oferty Przystępującego, jak ze względów dowodowych ponieważ dowody odwołującego stanowiły wydruki ze stron internetowych.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba uznała, że wyłączone oświadczenie strony nie może stanowić podstawy uznania jej zarzutów za skuteczne. Strony winne bowiem przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń. Podkreślić należy, że odnosząc się do treści art. 6 kc, statuującego ciężar udowodnienia faktu, należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (podobnie vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07, publ. w: Lex nr 487510).

Izba stwierdza, że Odwołujący podnosząc przedmiotowe zarzuty nie przytoczył żadnych wiarygodnych argumentów uzasadniających swoje stanowisko i nie przedstawił dowodów na ich poparcie. Odwołujący jako dowody wskazywał na linki do stron internetowych a na rozprawie na wydruki z ze stron internetowych. Izba zauważa, że żaden z przedłożonych wydruków nie był podpisany przez uprawnioną osobą stwierdzającą, że przedłożony wydruk jest zgodny ze zrzutem ze strony internetowej.

Izba za ugruntowanym orzecnictwem zarówno sądów jak i KIO stwierdza, że wydruki ze stron internetowych nie stanowią dowodu mogącego potwierdzać zasadność podniesionych zarzutów. Przyjmując takie stanowisko, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż powszechnie wiadomym jest, że informacje ze stron internetowych, nawet jeżeli są to strony internetowe producentów urządzeń czy oprogramowania, zawierają informacje ogólne, wręcz uniwersalne. Argumentowanie swoich twierdzeń w oparciu o informacje powzięte z Internetu

nie mogą stanowić przeciwwagi do oświadczenia producenta, które w ocenie Izby, może być uznane za jedynie wiarygodne w zakresie w nim wskazanym. Wydruki ze stron internetowych mogą co najwyżej stanowić wzmocnienie dowodów złożonych na piśmie, a pochodzących od określonego producenta sprzętu czy jego dostawcy. Za wyrokiem wyrok SO w Białymstoku z dnia 7.10.2009 roku sygn. akt II Ca 718/09 wskazać należy, że informacje zamieszczone na stronach internetowych wykonawców czy producentów nie mogą stanowić źródła odniesienia przy ocenie oferty, ponieważ Informacje tego typu, jako nie mające mocy wiążącej nie mogą być dowodem w sprawie. W tym zakresie za wyrokiem SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17 stwierdzić należy, że aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne.

Zdaniem Izby Odwołujący przedstawiając dowody w postaci wydruków ze strony internetowej, w żaden sposób także niepotwierdzonych co do zgodności treści zrzutu z ekranu z treścią przedłożonych pism, stracił z pola widzenia fakt, że aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być(jw. Wskazano) na tyle pewne i jednoznaczne, aby w oparciu o nie możliwe było wzruszenie kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zauważyć należy, że nawet sama formuła prezentowanych zarzutów wskazuje, że Odwołujący tylko zakłada daną niezgodność w Ofercie z wymogami Zamawiającego, jako przykład wskazać można chociażby na argumentacje w zakresie niezgodności zaoferowanej szafy, gdzie Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazuje, że „Zgodnie bowiem z treścią oferty nie jest jasne, czy Xcomp twierdzi, że wskazana nośność 800 kg dotyczy szafy serwerowej z cokołem czy z kółkami”. To na Odwołującym spoczywał w tym przypadku ciężar dowodowy i to Odwołujący winien tą niezgodność w sposób kategoryczny wykazać. Próba wykazywania zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów w oparciu o występujące zdaniem Odwołującego wątpliwości nie może być podstawą do ich uwzględnienia.

Izba wskazuje, że aprobeuje stanowisko Zamawiającego wraz z przedłożonymi dowodami mającymi uzasadniać brak podstaw do uwzględnienia podniesionych zarzutów, przyjmując przedstawioną argumentację za prawidłową i czyni je podstawą własnych ustaleń i oceny podniesionych zarzutów.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego braku wskazania osoby posiadającej odpowiednie kwalifikację wskazać należy, iż zdaniem Izby Zamawiający w sposób poprawny wywiódł z przedstawionego certyfikatu, złożonych wyjaśnień Przystępującego oraz informacji podmiotu prowadzącego szkolenia w zakresie certyfikacji dla Huawei, iż wskazana osoba D.C. posiada wystarczające uprawnienia dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, iż ww. osoba posiada tylko certyfikat na wymaganym poziomie dla

macierzy, a nie posiada dla serwerów. W tym zakresie wskazać należy na wyjaśnienie autoryzowanego partnera szkoleniowego Huawei tj. spółki S4E, która w piśmie z dnia 19.11.2018 r. S4E SA. informuje, że w programie szkoleń i certyfikacji Huawei nie występują szkolenia/certyfikaty, które odnoszą się bezpośrednio do systemów dla rozwiązań serwerowych. Autoryzowany partner szkoleniowy wyjaśnia ponadto, że aby uzyskać certyfikację HCPN-Storage osoba musi posiadać zaawansowaną wiedzę z zakresu serwerów. Wobec tego, że przedmiotem zamówienia są zarówno serwery jak i macierze, a ww. certyfikat potwierdza kwalifikacje i doświadczenie w tych dziedzinach należy uznać, że osoba wskazana w wykazie osób spełnia wymagania Zamawiającego. Nadto wskazać należy, że producent Huawei nie przeprowadza certyfikacji odrębnie w zakresie macierzy i serwerów tak jak to czyni np. firma HP, producent urządzeń które zaoferował Odwołujący. Izba uznała za istotne w sprawie pismo Huawei z dnia 22.10.2018 roku w którym oświadczone, że „W imieniu firmy Huawei Sp. z o.o. niniejszym oświadczam, że: certyfikat HCNP przedstawiony w ww. postępowaniu przez partnera handlowego firmę Xcomp Sp. z o.o. sp. k., wystawiony na osobę D.C., zawiera również administrowanie rozwiązaniami internetowymi”.

Niezasadny jest też zarzut Odwołującego, że ze złożonego ww. oświadczenia nie wynika, iż certyfikat ten wskazuje na posiadanie uprawnień serwerowych, gdyż jego zdaniem zauważyć należy, że ww. oświadczenie jest wystawione przez Huawei Polska tj. podmiot, który nie jest uprawniony do wystawienia certyfikatów, a nadto podpisująca go osoba jest osobą niezidentyfikowaną, gdyż nie jest wpisana do KRS spółki Huawei.

Izba wskazuje, że poza sporem jest, iż przedmiotowe oświadczenie jest dokumentem firmy Huawei i nie zostało wykazane, że treść tego oświadczenia jest niezgodna z prawdą. Odwołujący kwestionował nie tyle treść oświadczenia co brak uprawnień po stronie podmiotu go wystawiającego. Nadto nie wykazano, że zostało podpisane przez osobę nie mającą wiedzy w tym zakresie. Fakt, iż dana osoba nie jest wpisana do rejestru spółek nie stanowi dowodu, że taka osoba nie pełni w spółce funkcji prokurenta. Wskazać należy iż osoba ta w dniu 13 listopada 2018 roku podpisywała pisma jeszcze jak pełnomocnik spółki Huawei, a już 19 listopada jako prokurent spółki. Wskazać należy, że zgodnie z art. 201§1 k.s.h. wpis do rejestru spółek w zakresie członków zarządu w tym prokurentów ma charakter deklaratoryjny, co oznacza, że do skutecznego ustanowienia członka zarządu, czy prokurenta dochodzi z chwilą podjęcia w tym zakresie uchwały przez organ statutowy spółki, a nie z chwilą wpisu danej osoby do właściwego rejestru.

Odwołujący w tym zakresie żadnych przekonujących dowodów nie przedłożył poza wydrukiem ze stron internetowych, będących w języku angielskim, tylko po części przetłumaczonych.

Tym samym przedmiotowy zarzut jako niewykazany Izba uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego niezgodności z SIWZ oferowanej szafy wskazać należy, że zarzut jest niezasadny. Zdaniem Izby dowodem przesądającym jest Deklaracja zgodności producenta szafy, tj. Zakład Produkcji Automatyki Sieciowej S.A., który potwierdza w piśmie z dnia 20.11.2018 r., że oferowana szafa ZPAS-WZ-IT-428010-45AA-2-161 posiada nośność na cokole 1000 kg a po zamontowaniu układu jezdnego — 800 kg. Tym samym powyższe wskazuje na spełnienie wymagań Zamawiającego. Odwołujący swój zarzut w tym zakresie oparł na być może mało precyzyjnym oświadczeniu Przystępującego w formularzu ofertowym. Jednakże i w tym zakresie wskazać należy, że Przystępujący ponad wymóg Zamawiającego, podał także symbol oferowanego produktu z którego można było wywieść iż brak jest niezgodności z SIWZ w tym zakresie. Odwołujący żadnego przekonującego dowodu w tym zakresie także nie przedstawił.

W zarzucie trzecim Odwołujący zarzucił zaoferowanie niewłaściwej macierzy w zakresie ilości wykonywanych kopii migawkowych. Osłą sporu w przedmiotowym zarzucie była kwestia, czy Zamawiający dopuszczał możliwość wykazania się wymaganymi min 65 tys. kopii migawkowych poprzez łączenie ilości migawek w systemie plikowym i blokowym. Wskazać należy, że zgodnie z zapisem punktu 14 zamieszczonym w Załączniku nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Część A miała obsługiwać: „Macierz musi umożliwiać dokonywanie na żądanie tzw. migawkowej kopii danych w ramach macierzy za pomocą wewnętrznych kontrolerów macierzowych. Kopia migawkowa wykonuje się bez konieczności wcześniejszego alokowania dodatkowej przestrzeni dyskowej na potrzeby kopii. Zajmowanie dodatkowej przestrzeni dyskowej następuje w momencie zmiany danych na dysku źródłowym lub na jego kopii. Macierz musi wspierać minimum 2048 kopii migawkowych peer wolumen logiczny i minimum 65000 wszystkich kopii migawkowych”. Odwołujący wskazał, iż z formularza oferty firmy Xcomp wynika, iż zaoferowana została macierz Huawei OceanStor 5500 V5, która zgodnie z informacjami na stronie producenta obsługuje jedynie 64000 kopii migawkowych.

W tym zakresie wskazać należy na ustalenia Zamawiającego, który wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że w trakcie oceny ofert poprosił o złożenie wyjaśnień wszystkich Wykonawców uczestniczących w Postępowaniu o potwierdzenie spełniania wymagań określonych w wyżej wymienionych punktach. W odpowiedzi na powyższe obydwaj Wykonawcy - zarówno wybrany Wykonawca jak i Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie wskazali na konkrety parametr wyszczególniony w dokumentacji, lecz na sumę dwóch lub trzech parametrów ujętych w dokumentacji technicznej dających w sumie minimalną wartość która została określona w SIWZ.

Zdaniem Izby przesądającym dowodem w sprawie jest oprócz powyższego stanowiska Zamawiającego, także oświadczenie firmy Huawei z dnia 19 listopada w którym producent

stwierdził, iż „Firma Huawei Polska Sp. z o.o. potwierdza, że zaproponowana przez naszego partnera, firmę Xcomp spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w ramach postępowania, którego przedmiotem jest „Dostawa urządzeń do rozbudowy infrastruktury serwerowej i sieciowej OPI BIP” (znak sprawy: Infrastruktura-253-2018) macierz Huawei OceanStor 5500 V5 umożliwia wykonanie 68096 wszystkich kopii migawkowych”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdza także, że brak jest jakichkolwiek podstaw dla przyjęcia, że Przystępujący składając ofertę czy też wyjaśnienia Zamawiającemu wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez złożenie nieprawdziwych informacji o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Izba orzekła, jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....