

Sygn. akt: KIO 1930/14

WYROK
z dnia 2 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 września 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2014 r. przez **wykonawcę Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łopuszańska 32** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Najwyższą Izbę Kontroli z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 57**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty wykonawcy Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łopuszańska 32,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Najwyższą Izbę Kontroli z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 57 i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łopuszańska 32** tytułem wpisu od odwołania,

2.1 zasądza od **Skarbu Państwa - Najwyższej Izby Kontroli z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 57** na rzecz **wykonawcy Engave spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łopuszańska 32** kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie : piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze 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 w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę urządzeń do tworzenia i przechowywania kopii zapasowych danych zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa- Najwyższą Izbę Kontroli z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrów 57 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 czerwca 2014r. za numerem 2014/S 121-214949.

W dniu 10 września 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania tj. o wyborze oferty wykonawcy Secover spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legionowie, ul. Aleksandra Wilcza 3/2 i sklasyfikowaniu na drugim miejscu w rankingu ofert oferty wykonawcy Helica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Raszyńska 25, a także o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) oferty wykonawcy ENGAVE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Łopuszańska 32 – dalej odwołujący. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający stwierdził, że zgodnie z pkt. 6.6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wymagał w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom przez niego określonym złożenia dokumentacji technicznej producenta oferowanego urządzenia potwierdzającą spełnianie przez zaoferowane urządzenie wymagań w szczególności technicznych wynikających z tabeli nr 2 na druku stanowiącym załącznik nr 9 do siwz. Dopuszczalne było złożenie takiej dokumentacji w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Odwołujący takiej dokumentacji nie załączył, a zamawiający wezwał go do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy tej dokumentacji. Odwołujący dokumentację uzupełnił, ale dokument nie potwierdził spełniania wymagania określonego w pkt 5 tabeli nr 2 w formularzu oferty tj. backup danych środowiska wirtualnego: urządzenia muszą umożliwiać wykonywanie kopii zapasowych (backup) danych ze środowiska wirtualnego VMware. Musi być możliwość przechowywania 30 kopii zapasowych danych, które w surowej (niezdeduplikowanej postaci) zajmują 30TB w środowisku zwirtualizowanym. Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wykazał, że zaoferowane urządzenie spełnia wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w siwz, czego skutkiem jest odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodnej z treścią siwz.

W dniu 19 września 2014r. odwołujący wniósł pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 września 2014r. udzielonego przez prezesa zarządu odwołującego, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do

odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 września 2014r. drogą elektroniczną.

Odwołujący zakwestionował czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność badania i oceny ofert, oraz czynność odrzucenia jego oferty. Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, mimo że spełnia ona «wszelkie wymogi SIWZ»;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Secover Sp. z o.o. oraz Helica Sp. z o.o.;
3. art. 91 ust. 1 ustawy przez błędne zastosowanie kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej oraz błędne zastosowanie kryterium do każdej z ofert złożonych w postępowaniu przez wszystkich wykonawców;
4. art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy przez brak uzasadnienia na czym polega niespełnienie przez odwołującego wymagania określonego w punkcie 5 Tabeli nr 2 w „Formularzu ofert” i jedynie ogólne i lakoniczne stwierdzenie że złożony przez odwołującego dokument „(...) nie potwierdza spełniania (...) wymagania określonego przez zamawiającego (...)
5. art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców — w szczególności z racji na wybiórczą ocenę wyjaśnień składanych przez poszczególnych wykonawców,- w tym nierówne traktowanie oświadczeń wykonawców w zakresie informacji określonych w punkcie 5 Tabeli nr 2 w „Formularzu ofert”;
6. art. 87 ust. 1 ustawy przez bezprawne naruszenie zasady niedopuszczalności wprowadzania przez wykonawcę zmian w treści złożonej oferty w trybie wyjaśnienia jej treści na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust.4 ustawy;
7. inne, wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Wniósł o:

1. unieważnianie czynności badania i oceny ofert;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
5. dopuszczenie dowodów wskazanych w odwołaniu, załącznikach, dokumentacji postępowania;
6. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył do zamawiającego swoją ofertę w postępowaniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w zakresie wskazanym powyżej, w tym poprzez błędne zastosowanie kryteriów oceny ofert i nierówne traktowanie wykonawców, interes odwołującego doznał uszczerbku. Zamawiający

pozbawił odwołującego możliwości realizacji zamówienia mimo, że oferta odwołującego mogła i powinna była zostać oceniona przez zamawiającego w inny sposób, wskutek czego nie zostałyby odrzucona przez zamawiającego. W przypadku gdyby zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert pozostałych wykonawców, które w ocenie odwołującego nie spełniają kryteriów postawionych w siwz, doprowadziłoby to do odrzucenia ich ofert oraz do realizacji zamówienia przez odwołującego. W razie utrzymania podjętych przez zamawiającego czynności interes odwołującego może zostać naruszony, ponieważ pozbawiony on zostanie możliwości realizacji Zamówienia.

Odwołujący, który złożył ofertę zgodną z SIWZ, na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów został pozbawiony możliwości realizacji zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, zaś następnie dokonania przez zamawiającego żądanych czynności w sposób prawidłowy, odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, przez co ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na swoją korzyść.

Ponadto, zamawiający po upływie terminu składania ofert i po ich otwarciu poinformował o zastosowanej przez siebie ocenie złożonych ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą i mogłaby podlegać wyborowi gdyby zamawiający prawidłowo zastosował kryterium oceny ofert oraz prawidłowo zinterpretował zapisy oferty odwołującego, w odniesieniu do wymogów SIWZ.

W razie unieważnienia czynności zamawiającego, odwołujący może liczyć na zawarcie umowy o realizację Zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający w punkcie 6.1. SIWZ wymagał aby „W celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty: 6.1.2 wykaz należycie wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również należycie wykonywanych głównych zamówień w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy ~ w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu”. Wskazał także, że „W wykazie jako główne Zamówienia należy wskazać jedynie zamówienia potwierdzające spełnianie warunku udziału W postępowaniu, o którym mowa W pkt 5.1.2 STWZ.” Tenże punkt z kolei wskazuje wyraźnie, że: Pkt 5.1 0 udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (...) pkt 5.1.2 posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: należycie wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również należycie wykonują w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy ~ w tym okresie co najmniej 2 zamówienia, w tym każde z nich polegające na dostawie i wdrożeniu urządzenia do przechowywania danych posiadających

funkcjonalność deduplikacji zmiennym blokiem, o wartości co najmniej 200 000,00-zł brutto każde.

Na etapie przed upływem terminu składania ofert wykonawcy zwracali się z zapytaniami o wyjaśnienie treści, SIWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 16, zamawiający w dniu 22.07.2014 wyjaśnił, że powyższy warunek rozumieć należy jako:

„(...) Wykonawca- musi wykazać wykonanie (lub wykonywanie) dwóch zamówień, przy czym każde Zamówienie musi polegać na dostawie i wdrożeniu jednego urządzenia, o wartości co najmniej 200.000,00 .zł brutto, do przechowywania danych. Takie urządzenie powinno posiadać funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem. ”

Oferta wykonawcy Secover Sp. z o.o.

Oferta złożona przez Wykonawcę Secover Sp. z o.o. (dalej także „Secover”) zawiera dwa wykazy wykonanych usług. Pierwszy z nich, złożony w terminie składania ofert zawierał dwie pozycje. Mimo istnienia obowiązku podania przez wykonawcę dokumentów poświadczających wykonanie zamówień należycie, wykonawca Secovet załączył do powyższego wykazu zobowiązanie podmiotu trzeciego - S4E S.A. (dalej „S4E”) oraz oświadczenie tego podmiotu, że wykonał należycie zamówienia wskazane w wykazie. Tym samym, wbrew wymogowi zamawiającego nie załączył dowodu potwierdzającego że zamówienia zostały wykonane należycie, gdyż zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w adnotacji dolnej nr 2 Załącznika nr 4, dowodami mogły być 1) poświadczenie lub 2) oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Dodatkowo, załączone oświadczenie podmiotu udostępniającego nie zawiera informacji o wartości urządzenia dostarczonego przez S4E, zaś z wykazu wynika ogólna informacja, że była to wartość powyżej 200.000 złotych.

Oświadczenie nie zostało złożone przez wykonawcę, a przez podmiot udostępniający zasoby, tym samym, w ocenie odwołującego, nie spełnia wymogów postawionych przez zamawiającego. Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią punkt 6.3.2 SIWZ podmiot udostępniający jest traktowany przez zamawiającego jak podmiot biorący udział w realizacji zamówienia.” a nie jak „Wykonawca”, tym samym podmiot udostępniający nie może sam poświadczać swojego doświadczenia.

Następnie, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca Secover dokonał (przy aprobacie zamawiającego) modyfikacji swojej oferty poprzez przedstawienie całkowicie nowego wykazu wykonanych zamówień zawierających listę trzech zamówień, innych niż w pierwotnym wykazie oraz, według odwołującego, co najważniejsze, załączając zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy Secover zasobów innego niż pierwotnie podmiotu — to jest Stofio Sp. z o.o. - co równoznaczne, jest z bezprawnym, gdyż dokonany wtórnie, już po upływie terminu składania ofert, poszerzeniem kręgu podmiotów trzecich

udostępniających zasoby wykonawcy Secover. Takie działanie, poddające pod wątpliwość okoliczność, iż w chwili upływu terminu składania ofert Secover dysponował wymaganym doświadczeniem oraz modyfikacja treści oferty jest, w ocenie odwołującego, niedozwolona na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy i zamawiający powinien był zastosować art. 87 ust. 1 ustawy w związku z niedozwoloną modyfikacją jej treści.

Z ostrożności procesowej odwołujący zwrócił uwagę, że zaktualizowany wykaz oraz dokumenty do niego dołączone również nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Do punktu wskazanego w wykazie 1 dołączona została referencja wystawiona przez Red Ocean Sp. z o.o. (dalej „Red Ocean”) dla S4E S.A. z której wynika że S4E S.A. wykonała dostawę dla Biura Informacji Kredytowej S.A. Jednakże Red Ocean nie jest upoważniona do składania oświadczeń woli w imieniu Biura Informacji Kredytowej S.A., które jako jedyny podmiot może poświadczyć czy Red Ocean wykonała taką dostawę, względnie czy wykonała ją samodzielnie czy za pośrednictwem podwykonawcy S4E. Przyjmując zaś, że dostawa została wykonana przez S4E dla Red Ocean, według odwołującego, nie mamy do czynienia z potwierdzeniem należytego wykonania dostawy urzędnika, gdyż Red Ocean nie był podmiotem, u którego dostawa została wykonana. Dodatkowo, referencje od Red Ocean nie zawierają informacji o wartości urządzenia EMC DataDomain 2500, zaś zaktualizowany wykaz zawiera jedynie ogólną informację, że zamówienie to miało wartość powyżej 200.000 zł. Tym samym, warunek nie został spełniony. Ponadto, z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że oświadczenie złożone przez Red Ocean Sp. z o.o. zostało podpisane przez Wiceprezesa Zarządu — H. A., który zgodnie z zasadami reprezentacji spółki Red Ocean — jest upoważniony do jednoosobowej reprezentacji w zakresie oświadczeń o wartości do 100.000 złotych co jest wiedzą powszechnie znaną, na podstawie danych dostępnych w publicznym rejestrze KRS.

Jako dowód odwołujący powołał odpis z KRS dla Red Ocean Sp. z o.o.

Tym samym oświadczenie referencyjne, nawet gdyby przyjąć że dotyczy zamówienia o wartości powyżej 200.000 zł jest złożone w sposób nieprawidłowy i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem odwołującego warto wskazać w kontekście powyższego, iż zgodnie z poglądem doktryny oraz bogatą linią orzecniczą nie można podzielić poglądu, iż referencje czy oświadczenia składane w ramach postępowania przetargowego nie mają charakteru oświadczeń woli, a jedynie są oświadczeniami wiedzy. Osoby je wystawiające muszą odpowiadać osobom uprawnionym do reprezentowania podmiotów. Jeżeli wykonawca przedstawia referencje lub oświadczenia wystawione przez osoby prawne, to w ramach badania oferty należy sprawdzić czy wymóg SIWZ ich dotyczący został dopełniony, zaś w razie wątpliwości zażądać uzupełnienia bądź wyjaśnień (Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 5 kwietnia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 120/07). Przedstawione przez Sąd

Okręgowy stanowisko; precyzuje dodatkowo opinia KIO, wyrażona w wyroku z 26.07.2011 r., KIO 1467/11, zgodnie z którą, zamawiający nie może zasłaniać się zasadą zaufania do oświadczeń przedkładanych przez wykonawców oraz brakiem normatywnych wymogów co do treści referencji, ponieważ jest zobowiązany do rzetelnej, i wnikliwej weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec wszystkich wykonawców na zasadach równości. Brak możliwości jednoznacznego zidentyfikowania tożsamości podmiotu wskazanego w referencjach i wykazie stanowi natomiast podstawę wszczęcia postępowania wyjaśniającego, względnie jest podstawą do odrzucenia oferty. Powyższe wnioski mają zastosowanie do dalszych zarzutów w stosunku do pozostałych ofert, wykazów, referencji, oświadczeń producentów.

Na potwierdzenie punktu 2 zaktualizowanego wykazu zamówień Secover dołączył List referencyjny wystawiony przez Steinpol Central Services Sp. o.o. (dalej „Steinpol”). W kontekście treści listu referencyjnego i wymogów zamawiającego, wykaz w punkcie 2 wraz z listem referencyjnym nie stanowi potwierdzenia, że dostarczone urządzenia były o wartości przekraczającej 200.000 zł. Fakt, iż cała wartość projektu wynosiła ponad 2.000.000 zł brutto nie stanowi wystarczającego potwierdzenia wartości poszczególnych urządzeń. Należy według odwołującego wskazać iż z treści referencji wynika, że całość projektu opiewająca na wskazaną kwotę składała się z wielu elementów — w tym m.in. systemu wirtualizacji, aplikacji, rozwiązania firmy Microsoft, infrastruktury serwerowej, storage. Tym samym z załączonego dokumentu nie można wywnioskować, że elementy w postaci urządzeń do przechowywania danych miały wartość powyżej 200.000 złotych brutto każde. W przypadku tak niejasnych i nieprecyzyjnych informacji, które miały fundamentalne znaczenie dla oceny kwalifikacji oferty jako spełniającej kryteria SIWZ lub decydującej o jej odrzuceniu, Zamawiający zgodnie z dyspozycją regulacji prawa zamówień publicznych zobligowany był do wyjaśnienia tak istotnych kwestii, czego jednakże zaniechał. Co więcej, odwołujący uważa, że oświadczenie złożone przez podmiot udostępniający zasoby deklarujący, iż przedmiotowe urządzenie miało wartość 208.482,59 zł -brutto nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zostało złożone przez podmiot udostępniający zasoby, a nie przez wykonawcę. Względnie nie zostały przedstawione obiektywne kryteria dla których nie można było przedstawić poświadczenia. W przedstawionym kontekście, zarzuty do pierwotnego wykazu opisane powyżej w odwołaniu co do charakteru dowodów i poświadczeń należy odpowiednio stosować do pozycji 2 wykazu. Dodatkowo, oświadczenie zostało podpisane w imieniu Steinpol przez Pana J. J., który nie jest osobą upoważnioną do reprezentacji tego zamawiającego, co jasno wynika z treści odpisu z KRS, zaś do referencji nie został załączony dokument "potwierdzający prawo do reprezentacji dla osoby podpisującej. Jako dowód odwołujący powołał odpis z KRS dla Steinpol Central Services Sp. z o.o.

Na potwierdzenie pozycji 3 zaktualizowanego wykazu została dołączona referencja od Zelmer S.A. z której wynika, że podmiot udostępniający zasoby wykonał kilka czynności: dostawę, instalację, wdrożenie urządzeń, w tym urządzenie do deduplikacji EMC Data Domain 2500, ze wskazaniem wartości projektu na poziomie 227.191,90 zł brutto. Przy przyjęciu tego listu referencyjnego za prawdziwy i potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający musiałby oprzeć się na błędnym założeniu, że jedno urządzenie EMC Data Domain 2500 miało wartość ok. 200.000 zł brutto, zaś inne urządzenia, dostawa, instalacja oraz wdrożenie miały wartość łącznie ok. 27.000 zł brutto, co według odwołującego należy uznać za niemożliwe, pozbawione podstaw, w tym logicznych, finansowych, ekonomicznych. Dodatkowo, oświadczenie zostało podpisane w imieniu Zelmer przez Pana M. P., który nie jest osobą upoważnioną do reprezentacji tego zamawiającego, co wynika z treści odpisu z KRS, zaś do referencji nie został załączony dokument potwierdzający prawo do reprezentacji dla osoby podpisującej. Jako dowód odwołujący powołał odpis z KRS dla Zelmer SA.

Tym samym, według odwołującego, wszystkie pozycje wykazu, wraz z referencjami nie stanowiły potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Secover, zaś w konsekwencji, przez wzgląd na niewykazanie przez wykonawcę Secover spełniania podstawowych wymogów postawionych przez zamawiającego, oferta Secover -powinna podlegać odrzuceniu.

Dodatkowo, w ocenie odwołującego zamawiający powinien był wezwać Secover do wyjaśnienia treści referencji i potwierdzenia wartości pojedynczych urządzeń, względnie do przedstawienia umów łączących udostępniających zasoby z ich zamawiającymi, aby próbować wykazać wartość pojedynczych urządzeń tak, jak zamawiający uczynił to chociażby w przypadku oferty Helica. Tym samym, opisane działania zamawiającego wobec jednego z wykonawców oraz jednoczesne zaniechania tych działań przy analogicznym stanie faktycznym wobec innego wykonawcy jest, według odwołującego, bezpośrednim potwierdzeniem nierównego traktowania wykonawców przez zamawiającego. Wybiórcze korzystanie ze swoich uprawnień do żądania wyjaśnienia treści ofert oraz brak wezwania wszystkich oferentów do składania takich samych wyjaśnień wyczerpujących. Wszelkie wątpliwości wynikające z dokumentów, bezsprzecznie wypełnia przesłanki naruszenia podstawowej zasady zamówień publicznych opisanej w art. 7 ust 1 ustawy, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle powyższego, wobec zaniechania zamawiającego, czynność wybrania oferty- Secover jako najkorzystniejszej oraz przyznanie jej największej ilości punktów nie znajduje, w ocenie odwołującego, odzwierciedlenia w przepisach prawa, narusza procedurę postępowania przetargowego, zaś jako taka nie powinna się ostać.

Dodatkowo, wykonawca Secover załączył do oferty oświadczenie pochodzące rzekomo od producenta - Quantum. Nie sposób jednak, zdaniem odwołującego, uznać, że treść tego dokumentu stanowi potwierdzenie przez producenta spełniania warunków technicznych oferowanego sprzętu. W nagłówku oświadczenia jest informacja, że jest to Quantum z siedzibą w Francji, na końcu dokumentu widnieje pieczęć Quantum Storage GmbH z siedzibą w Szwajcarii, zaś podpis został złożony przez Pana M. K. w imieniu Quantum Corporation. W związku z takimi rozbieżnościami i niejednoznacznościami treść tegoż dokumentu nie może być jednoznacznie zinterpretowana, co prowadzi do bezpośredniego, w ocenie odwołującego, wniosku, iż zamawiający powinien co najmniej zwrócić się do Secover lub do Quantum o wyjaśnienie, w czyim imieniu oświadczenie zostało złożone lub wobec braku dołączenia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających - w czyim imieniu Pan M. K. występuje (np. odpis z rejestru spółek francuskich, w tym przykładowo wskazujące, że spółka szwajcarska reprezentuje spółkę francuską, a Pan K. jest pełnomocnikiem lub osobą reprezentującą którąś ze spółek z grupy Quantum).

Oferta wykonawcy Helica Sp. z o.o.

Z wykazu zamówień wykonanych przez Helica, zdaniem odwołującego, wynika, że w pozycji 1 wykonawca wykonał dostawę urządzenia o wartości powyżej 200.000 zł. podczas gdy z załączonego .protokołu oraz z umowy na wykonanie przedmiotowego zamówienia wynika, że wartość urządzenia wynosiła netto 134.579.00 zł (ok. 165.000 zł brutto). Tym samym, warunek postawiony przez zamawiającego nie został spełniony. Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł, że oprogramowanie do archiwizacji danych nie może być traktowane jako część urządzenia, gdyż urządzenie jest niezależne od oprogramowania, które w szczególności może być zakupowane przez zamawiających oddzielnie, może być już w dyspozycji zamawiających etc.

Co więcej, z referencji wystawionych przez KNF nie wynika wartość urządzenia, tym samym dokument ten nie może stanowić potwierdzenia spełnienia wymogów.

Niezależnie od powyższego, dokument złożony rzekomo przez producenta rozwiązania nie zasługuje, zdaniem odwołującego, na uwzględnienie, gdyż podpisany został przez osobę nieupoważnioną do reprezentacji spółki Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (dalej „Fujitsu”) - Pana A. D. . Odwołujący wskazał, że Fujitsu jest podmiotem udostępniającym zasoby dla wykonawcy Helica. Helica dołączyła do oferty m.in. odpis z KRS określający osoby reprezentujące Fujitsu. Oświadczenie o udostępnieniu zasobów zostało podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji. Nie może zatem zasługiwać na uwzględnienie dokument pochodzący rzekomo od tego samego podmiotu — Fujitsu — który jest podpisany przez inną osobę, niewskazaną w odpisie z KRS, względnie bez wykazania umocowania do reprezentacji Fujitsu.

Zamawiający powinien był podjąć kroki w celu wyjaśnienia tych okoliczności, a wobec swojego zaniechania nie mógł uznać, że oferta Helica spełnia wymogi określone w SIWZ i powinien był odrzucić ofertę Helica jako niezgodną z SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Helica złożyła dokument w którym wskazała -na prawidłowość dokonania dostawy. Zamawiający wezwał do wykazania prawidłowości wdrożenia, natomiast wykonawca Helica odpowiedział na to wykazując przedmiot wykonania zamówienia - na co przedłożył umowę z zamawiającym. Tym samym, dokument ten nadal nie potwierdza prawidłowości wdrożenia, gdyż protokół odbioru nie uległ zmianie, zaś umowa nie potwierdza prawidłowości wdrożenia, a jedynie zakres zamówienia. Treść protokołu wskazuje jedynie na pozytywne dokonanie odbioru urządzenia (cyt. „Sprzętu”), brak w nim jednak elementów ocennych wdrożenia. Referencje potwierdzają zatem tylko dostawę, a nie wdrożenie, a co za tym idzie wykonawca nie udzielił wyjaśnień w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również nie przedłożył dokumentu prawidłowo potwierdzającego okoliczności, które były przedmiotem wątpliwości zamawiającego, tj. prawidłowości wdrożenia. Tym samym, działając zgodnie z zasadą prawa zamówień publicznych - jednokrotności wezwania — zamawiający w związku z okolicznością nieudzielenia mu żądanych informacji, co skutkowało niespełnieniem i niewykazaniem przez Helica wymaganych przez zamawiającego warunków określonych w SIWZ, zobligowany był do odrzucenia przedmiotowej oferty.

Odwołujący reasumując, w kontekście powyższego — zarówno wykonawca Secover jak i Helica - w pierwotnie złożonych dokumentach oraz późniejszych uzupełnieniach nie wykazali spełniania wymogów określonych w SIWZ. Dostawy wskazane przez wykonawcę Secover nie odpowiadają swoją wartością minimalnym wymogom postawionym przez zamawiającego, zaś załączone referencje są nieprawidłowe. Wykonawca na dzień składania ofert nie posiadał niezbędnego doświadczenia, czego nie zmieniła także okoliczność nieuprawnionej modyfikacji oferty dokonanej po wezwaniu zamawiającego. Przedłożone referencje zostały wystawione w sposób nieprawidłowy oraz nie poświadczają prawidłowego wykonania zamówienia, w rozumieniu poświadczenia i dowodów określonych przez zamawiającego.

W kontekście dokumentów złożonych przez Helica nie można, w ocenie odwołującego, zgodzić się z twierdzeniem, iż umowa dołączona do oferty stanowi potwierdzenie posiadania doświadczenia, gdyż to, że dany wykonawca posiada jakieś doświadczenie, nie wynika z zawartej umowy, w tym na minimalną kwotę odpowiadającą wymogom stawianym przez danego zamawiającego, ale z innych dokumentów poświadczających doświadczenie - tu potwierdzających wykonanie wdrożenia.

Oferta Odwołującego

Jako podstawę odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że wykonawca nie potwierdził spełniania wymogów i powołał się na jeden punkt Opisu Przedmiotu Zamówienia dotyczący parametru, którego odwołujący rzekomo nie spełniał — punkt 5 Tabeli nr 2 w „Formularzu oferty”. Tym samym z samej literalnej treści oświadczenia zamawiającego wynika, że niespełniony został jeden punkt więc mogło dojść do niepotwierdzenia „spełnienia” a nie „spełniania” wymogów. Ponadto, zwracamy uwagę, że całe -uzasadnienie odrzucenia sprowadza się do skopiowania i zacytowania treści SIWZ, opisanie stanu faktycznego - podejmowanych przez strony postępowania czynności, natomiast faktyczny powód odrzucenia, wbrew dyspozycji ustawy, nie został zdefiniowany. Podanie jedynie ogólnikowego stwierdzenia, iż odwołujący nie spełnia stawianych w SIWZ wymogów, bez wyjaśnienia toku rozumowania zamawiającego, jego motywacji i przedstawienia szczegółowych argumentów, które doprowadziły do tak istotnej i ważącej na sytuacji odwołującego decyzji o odrzuceniu jego oferty, zgodnie z literą prawa w żaden sposób nie zasługuje, w ocenie odwołującego, na uwzględnienie i nie może mieć miejsca w porządku prawnym.

Odwołujący przedstawił w Tabeli 2 informację na temat oferowanego rozwiązania w zakresie przechowywania danych informując między innymi-

W pkt. 5 backup danych środowiska wirtualnego – wymaganie zamawiającego: -urządzenia muszą umożliwiać wykonywanie kopii zapasowych (backup) danych ze środowiska wirtualnego VMware. Musi być możliwość przechowywania 30 kopii zapasowych danych, które w surowej (niezdeduplikowanej postaci) zajmują 30 TB w środowisku zwirtualizowanym, odwołujący zaoferował : każde z oferowanych urządzeń DD 2500 posiada powierzchnię brutto 66 TB brutto, co daje 49,25 TB powierzchni netto, średni współczynnik deduplikacji osiągną w przypadku środowisk wirtualnych jest na poziomie 20 (...30):1, w przypadku backup'u składającego się z 30- u kopii volumenu 30TB przy współczynniku deduplikacji 20:1 zajętość netto na DataDomain wyniesie 45TB. W załączeniu dokument DataDomain.pdf w przypadku którego podana została pojemność netto oraz osiągnane pojemności logiczne.

Dokumentacja pochodząca od pozostałych wykonawców w postępowaniu dot. deduplikatorów nie zawiera informacji jednoznacznie wskazującej wielkość współczynnika deduplikacji dla konkretnego środowiska. Tym samym odwołujący uważa, że faktycznie tylko on wykazał spełnianie tego warunku, co zostało wykorzystane przeciwko niemu i stanowi kolejny wyraz nierównego traktowania wykonawców. Sytuacja taka spowodowana jest faktem, iż każde środowisko zróżnicowane jest pod względem rodzajów danych oraz ich zdywersyfikowaną podatnością na deduplikację. W celu szacowania pojemności deduplikatora można posłużyć się przedziałem średnich współczynników deduplikacji otrzymywanych dla środowisk określonego typu.

Zamieszczone przez odwołującego w uzupełnieniu oferty wyjaśnienie dot. oferowanej przestrzeni deduplikacji dla urządzenia Data Domain 2500 - zaczerpniętych z dokumentacji producenta — co zostało uwzględnione w przesłanym dokumencie DataDomain.pdf - będącym dokumentacją techniczną w rozumieniu SIWZ. Na pierwszej stronie tego dokumentu można znaleźć informację, że maksymalna pojemność netto urządzenia wynosi 133 TB, max. pojemność logiczna 1,3 ... 6,6 PB co daje współczynnik deduplikacji na poziomie 10 ... 50 : 1. Bazując na doświadczeniu odwołującego, co jest także powszechną wiedzą specjalistyczną dla podmiotów z branży informatycznej - w zakresie rozwiązań deduplikacyjnych przyjmuje się, że „średnio” w przypadku środowisk wirtualnych osiągany współczynnik deduplikacji dla urządzeń Data Domain, oscyluje, na poziomie 20 ... 30:1 (co jak najbardziej mieści się w wyżej podanym zakresie zaczerpniętym przesłanej dokumentacji). Niemniej jednak, ze względu na profesjonalny charakter przedmiotu zamówienia do szacowania przyjęty został mniej optymistyczny wariant, czyli 20:1. W* przypadku zastosowania wskazanego przez zamawiającego współczynnika deduplikacji, 30- iokrotna kopia wskazanego w wymaganiach wolumenu nie powinna zająć więcej niż 45TB netto na urządzeniu DataDomain. Z kolei zaoferowana przez odwołującego przestrzeń to 49,72TB. Tym samym stawiany warunek został spełniony z nawiązką.

Dodatkowo, literalne spełnienie wymagań przedstawionych w punkcie 5 Tabeli 2, zdaniem odwołującego, można przedstawić w następujący sposób:

Zgodnie z przesłanymi wyjaśnieniami dotyczącymi wymagań z pkt. 17 Tabeli 2:

Pkt 14 - Tworzenie migawek (snapshot) wymagane zamawiającego: urządzenia muszą umożliwiać stworzenie minimum 30 migawek istniejących jednocześnie na każdymi nich, zaoferowano Str. 218 docu53505_Dała-Domain-Operating-System-5.5.-Administration-Giude.pdf - 750 snapshot'ów.

Urządzenie DataDomain umożliwia realizację 750 snapshot'ów (szybkich kopii) danych składowanych na DataDomain. Po przekopiowaniu 30TB danych zabezpieczanych danych (o których mowa w pkt. 5- Tabeli 2), bez względu na podatność tych danych na deduplikację, urządzenie DataDomain umożliwia realizację 750 snapshot'ów (szybkich kopii) tych danych, co jest jednoznaczne z możliwością przechowywania 750 kopii zapasowych danych na oferowanym Data Domain 2500, które w surowej (niezdeduplikowanej postaci) zajmują 30TB w środowisku zwirtualizowanym, co znacznie przekracza wymagania z pkt. 5 Tabeli 2.

Tym samym odwołujący uważa, że jego oferta nie zasługiwała na odrzucenie, gdyż spełniała z nawiązką wymogi stawiane przez zamawiającego, zaś w pozostałym zakresie nie było do niej zastrzeżeń zamawiającego.

W dniu 22 września 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 29 września 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o odrzucenie odwołania i z ostrożności procesowej, w przypadku nie uwzględnienia pierwszego z żądań, o jego oddalenie w całości.

Zamawiający uważa, że odwołanie Engave Sp. z o.o.2 powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 7 ustawy, gdyż odwołujący nie mógł ponieść szkody w wyniku wybrania innej oferty, gdyż kwota, którą zaproponował za wykonanie zamówienia (696 072, 50 zł) była znacznie wyższa od kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia (610 000,00 zł). Jako dowód zamawiający powołał pismo z dnia 13 sierpnia 2014 r. do wykonawców.

Ponadto, zamawiający podniósł, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii załączników do odwołania. Obowiązek przesłania kopii odwołania, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy obejmuje jego pełną treść, na którą składa się pismo zawierające m.in. zarzuty i żądania sposobu rozstrzygnięcia odwołania, ale również dokumenty załączone do tego pisma. Załączniki, zdaniem zamawiającego, stanowią bowiem integralną część odwołania i zamawiający powinien mieć możliwość jeszcze przed rozprawą odnieść się do każdego dokumentu, na który powołuje się odwołujący tak Izba w wyroku z dnia 17 czerwca 2010r. sygn. akt KIO 1091/10. Zamawiający podkreślił, że z treści odwołania wynika, że do jego oryginału załączono dokumenty, które nie znajdują się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego, w ocenie zamawiającego, przedmiotowe odwołanie należałoby oddalić w całości. W zakresie zarzutów związanych z uzupełnieniem przez Secover sp. z o.o, dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia, zamawiający podniósł, że w wezwaniu Secover Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów (pismo z dnia 27 sierpnia 2014 r.) wskazał, że uzupełnienie dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia może nastąpić również przez przedstawienie dwóch nowych zamówień nie ujętych dotychczas w załączonym do oferty wykazie wykonanych/wykonywanych zamówień. W takim przypadku wykonawca zobowiązany był również do uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie/wykonywanie tych uzupełnionych nowych zamówień. Jako dowód zamawiający powołał pismo z dnia 27 sierpnia 2014 r. do Secover Sp. z o.o. Secover Sp. z o.o, uzupełnił dokumentację przedstawiając nowe zamówienia wraz ze stosownymi dowodami. Wykaz ten potwierdzał, że wykonawca posiadał wymaganą przez zamawiającego wiedzę i doświadczenie w dniu złożenia oferty, co zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwą Krajowej Izby Odwoławczej wystarczające jest dla wykazania spełnienia

warunku wymaganego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podparł się stanowiskiem doktryny P. Granecki Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Warszawa 2014 str. 315.

Za bezpodstawne zamawiający uznał też stwierdzenie, że uzupełnienie wykazu zamówień poprzez wskazanie nowych zamówień stanowi zmianę treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy. Takie twierdzenie mogłoby się ostać jedynie w przypadku uznania ww. dokumentacji za część oferty. Przez ofertę (zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego (Dz. U. t.j. z 2014r. poz. 121)) należy rozumieć oświadczenie woli skierowane do drugiej strony, jako propozycja zawarcia umowy, zawierająca co najmniej minimalną treść proponowanej umowy. Tak Izba w wyroku z dnia 6 kwietnia 2011r. sygn. akt KIO 636/11.

Z powyższego, zdaniem zamawiającego, wynika, że przedmiotowy wykaz nie odpowiada definicji oferty. Na marginesie należy wskazać, że konsekwencją uznania takich dokumentów za ofertę byłby zakaz uzupełniania takich dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Nadto zamawiający wskazał, że obowiązujące przepisy ustawy i aktów wykonawczych wydanych w zakresie delegacji ustawowej nie dają zamawiającemu podstaw do weryfikacji osób uprawnionych do działania w imieniu podmiotów, na rzecz których wykonywane były określone prace wykazywane przez wykonawcę w ramach potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu – tak wyrok Izby z dnia 6 lipca 2010r. sygn. akt KIO 1271/10. Zamawiający zauważył, że dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie usługi może być także protokół odbioru prac, który z reguły nie jest zatwierdzany przez osoby wymienione w odpowiednim rejestrze jako uprawnione do reprezentacji danego podmiotu- vide wyrok Izby z dnia 9 września 2011r.. Odnosząc się do referencji z pkt 1 wykazu, na marginesie podniósł, że wystawienie poświadczenia nie stanowi zaciągnięcia zobowiązania, wobec czego nie mogą tu mieć zastosowania zasady dotyczące reprezentacji podmiotu ujawnione w rejestrze przedsiębiorców.

Odnosnie braku dokładnej kwoty zamówienia w poświadczeniu, zamawiający podkreślił, że nie ma uprawnienia do kwestionowania takiego dokumentu tylko z tego powodu, iż nie potwierdza wszystkich okoliczności związanych z warunkiem udziału w postępowaniu. Nieuprawnionym byłoby żądanie od wykonawców uzyskiwania referencji o ściśle określonej treści związanej z wymaganiami ustalonymi na potrzeby danego postępowania – tak Izba w wyroku z dnia 9 września 2011r. sygn. akt KIO 1873/11. Wystarczające jest, aby takie dokumenty potwierdzały jedynie należyte wykonanie zamówienia, a zakres robót ujęty w dowodach wskazujących na należyte wykonanie robót budowlanych, dostaw i usług nie był rozbieżny z oświadczeniem wykonawcy, ujętym w wykazie. W tym zakresie zamawiający podparł się stanowiskiem doktryny – J. Olszewska – Stompel „Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane” Lex nr 144453. W zakresie zarzutu potwierdzania za zgodność z oryginałem przez

podmiot udostępniający zasoby poświadczeń, zamawiający wskazał, że w przypadku korzystania z zasobów innego podmiotu, tylko ten podmiot jest uprawniony do poświadczania dokumentacji (§ 7 ust. 2 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Odnosząc się do wystawienia poświadczenia przez wykonawcę zamówienia dla podwykonawcy zamawiający zwrócił uwagę, że przepisy ustawy nie wskazują jaki podmiot jest uprawniony do wydania poświadczenia. Taki dokument może wystawić przede wszystkim podmiot, który był odbiorcą zamówienia, niezależnie od faktu, czy był on końcowym użytkownikiem produktu – tak Izba w wyroku z dnia 26 marca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 315/09. Odbiorcą prac podwykonawcy jest nie tylko zamawiający, ale również - jak w tym przypadku - główny wykonawca.

Z ostrożności procesowej zamawiający podniósł, że Secover Sp. z o.o. w uzupełnieniu dokumentów przedstawił trzy zamówienia przy dwóch wymaganych przez zamawiającego.

Odnosnie do zarzutów odwołującego związanych z uzupełnieniem przez Secover Sp, z o.o. i Helica Sp. z o.o. dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający wskazał, że oświadczenia producentów zaoferowanych urządzeń o spełnianiu przez zaoferowane urządzenie wymagań określonych przez zamawiającego zostały złożone przez ww. wykonawców w odpowiedzi na żądanie uzupełnienia dokumentacji technicznej producenta oferowanego urządzenia.

Wskazał, że dokumentacja techniczna jest dokumentem, którego zamawiający może żądać na podstawie § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (opis produktu, który ma zostać dostarczony). Ww. rozporządzenie nie wymaga zachowania szczególnej formy dla złożenia takiego dokumentu (np. formy pisemnej w rozumieniu art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego), a zamawiający nie żądał poświadczenia jego autentyczności.

Ponadto, w celu uniknięcia wątpliwości zamawiający w pismach z dnia 27 sierpnia 2014 r. (prośba o uzupełnienie dokumentów) skierowanych do Secover Sp. z o.o. i Helica Sp. z o.o. wskazał, że „dokumentacja techniczna rozumiana jest na potrzeby zamawiającego jako dokument potwierdzający/określający/wskazujący konkretne wymagania danego urządzenia”. Jako dowody zamawiający powołał pisma z dnia 27 sierpnia 2014 r. do Secover Sp, z o.o. oraz Helica Sp. z o.o.

Zdaniem zamawiającego nie ma również podstaw, aby określenie „producent” ograniczyć tylko do wytwórcy towaru. Ustawa wprowadza definicji tego pojęcia, ale pewną wskazówką mogą być przepisy ustawy z dnia 12 grudnia 2003r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. z 2003r. nr 229 poz. 2275 ze zm.). Zgodnie z art. 3 ust. 2 tej ustawy przez producenta należy rozumieć nie tylko przedsiębiorcę prowadzącego działalność polegającą na wytwarzaniu produktu, ale także każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak

towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, osobę, która naprawia lub regeneruje produkt, przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela - importera produktu oraz przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu.

Wobec powyższego, żądanie podjęcia dodatkowych czynności wyjaśniających w odniesieniu do przedmiotowej dokumentacji technicznej należy, w ocenie zamawiającego, uznać za bezpodstawne.

W zakresie zarzutów związanych z potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia Helica sp z o.o., to zamawiający odnosząc się do dowodu należytego wykonania przez Helica Sp. z o.o. zamówienia z pkt 1 wykazu wskazał, że w drodze uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawca przedstawił umowę, z której wynika, że przedmiot zamówienia obejmował: sprzedaż, dostawę, uruchomienie i konfigurację urządzenia, przeszkolenie pracowników zamawiającego, jak również świadczenie usług serwisowych, napraw gwarancyjnych, konsultacyjnych i pomoc techniczną (§1 pkt 1 i 2 umowy Nr 62/Helica/PN/MSW/2012). Wartość zamówienia wynikająca z umowy przekraczała kwotę 200 000 zł.

Z § 2 ust. 4 umowy wynika ponadto, że protokół odbioru wystawiany jest po spełnieniu świadczenia obejmującego zarówno dostawę jak i wdrożenie.

Mając na względzie powyższe zamawiający uznał, że Helica sp. z o.o. przedstawiła wymagane dokumenty, które potwierdzają wykonanie zamówienia obejmującego dostawę i wdrożenie urządzenia na kwotę przekraczającą 200 000 zł. Jako dowód zamawiający powołał umowę Nr 62/Helica/PN/MSW/2012

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego poświadczenia należytego wykonania zamówienia z pkt 2 wykazu, zamawiający zauważył, że kwestionowane poświadczenie nie może zostać uznane za sprzeczne z treścią wykazu tylko z tego powodu, że nie wskazuje wartości urządzenia (patrz również argumenty podniesione wyżej w niniejszej odpowiedzi).

Co do stanowiska odwołującego związanego z odrzuceniem jego oferty, to zamawiający wskazał, że kryterium z pkt 5 tabeli nr 1 opisu przedmiotu zamówienia i tabeli nr 2 formularza oferty składa się z dwóch elementów:

„Urządzenia muszą umożliwiać wykonywanie kopii zapasowych (backup) danych ze środowiska wirtualnego VMware. Musi być możliwość przechowywania 30 kopii zapasowych danych, które w surowej (niezdeduplikowanej postaci) zajmują 30 TB w środowisku zwirtualizowanym.”.

Tak sformułowany warunek wskazuje, że zamawiający oczekiwał kompletnego rozwiązania do tworzenia kopii zapasowych środowiska wirtualnego. Kryterium to zostało dodatkowo doprecyzowane w wyjaśnieniach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (data publikacji w dniu 22 lipca 2014 r.):

Pytanie nr 17

Przy użyciu jakiej aplikacji Zamawiający planuje backup'ować zasoby VMware vSphere 5.1 (wyszczególnione w OPZ) na urządzenia będące przedmiotem zapytania?

Odpowiedź:

Narzędzia do backupu środowiska VMware mają zostać dostarczone wraz z urządzeniami. Patrz tabela 1 pkt 5 opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący potwierdził w ofercie, że spełnia ten wymóg. Nie załączył jednak jakiegokolwiek dokumentacji technicznej producenta, która potwierdzała by ten fakt. W związku z tym, zamawiający zwrócił się do niego i wezwał do uzupełnienia dokumentów, w szczególności dokumentacji technicznej producenta, z której wynikałoby spełnienie parametrów technicznych wskazanych w OPZ i na formularzu ofertowym.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący dostarczył dokumentację oferowanego urządzenia, która nie potwierdzała spełnia wymogu backupu środowiska wirtualnego VMware wskazanego w pierwszym zdaniu pkt 5 tabeli nr 1 OPZ oraz tabeli nr 2 formularza oferty. Nie zawierała ona żadnej informacji o narzędziach/mechanizmach/sposobach za pomocą których możliwe będzie tworzenie kopii zapasowej środowiska wirtualnego. Także dokumenty złożone przez Wykonawcę po terminie przewidzianym na uzupełnienie dokumentacji nie zawierały tych informacji.

Odnosząc się do kwestii braku współczynnika deduplikacji zamawiający przedstawił następujące stanowisko.

Deduplikacja jest to eliminowanie powtarzających się części w zbiorze danych. Jest to proces stosowany przy okazji tworzenia kopii zapasowych danych (tzw. backup). Celem procesu deduplikacji jest ograniczanie ilości miejsca potrzebnego do przechowywania kopii zapasowych.

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że w OPZ nie postawił żadnych wymagań na współczynnik deduplikacji, ze względu na jego dużą zmienność w odniesieniu do danych dla których tworzona jest kopia zapasowa oraz różne podejście producentów urządzeń do jego interpretacji i wyznaczania. Wskazana została ilość danych przed deduplikacją (30 TB), jakie mają być przechowywane na dostarczanych urządzeniach, bez określania wymaganego współczynnika ich deduplikacji. W związku z tym, rozważania odwołującego przedstawione w odwołaniu w zakresie poziomu deduplikacji możliwego do osiągnięcia na oferowanych urządzeniach czy też tworzenia migawek są nieistotne z punktu widzenia oceny jego oferty i nie były one podstawą do jej odrzucenia. Odwołujący w odwołaniu stwierdza „po przekopiowaniu 30TB danych zabezpieczanych”, ale nie wskazał w żadnym miejscu oferty w jaki sposób te dane znajdują się na oferowanym urządzeniu zgodnie z przytoczonym powyżej wymaganiem zamawiającego.

Reasumując, z dokumentacji przedstawionej przez odwołującego wynika, że zaoferowane urządzenie nie spełnia kryterium wykonywania kopii zapasowych (backup) danych ze środowiska, wirtualnego VMware. Wobec powyższego, rozważania w odwołaniu kwestii wielkości deduplikacji, nie mają znaczenia w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący w piśmie przygotowawczym z dnia 30 września 2014r. podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu i odnosząc się do kwestii „uzupełnienia dokumentów” przez Secover Sp. z o.o. - tj. wykazu zrealizowanych dostaw wskazujących na doświadczenie wykonawcy, nie zgodził się z zamawiającymi, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień lub ewentualnie przedstawienie nowego wykazu mieściło się w ramach regulacji prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający wzywa w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. — dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wskazujących przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego. Art.26 ust 3 z kolei stanowi, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Powyższe, w ocenie odwołującego, wyklucza możliwość wezwania w trybie art. 26 ustawy wykonawcy do zmiany dokumentu, który nie zawierał błędów, lub przedłożenia nowego dokumentu, który pierwotnie został złożony. Tym samym czynność, której dokonał zamawiający w niniejszej sprawie była niegodna z dyspozycjami ustawy, przez co doszło do bezprawnego złożenia całkowicie nowego dokumentu w miejsce poprzedniego spełniającego stawiane wymogi. Powierzenie wykonawcy tak dużej dowolności - odpowiednio albo wyjaśnienia treści dokumentu lub w przypadku niemożności wykazania się prawidłowymi referencjami pozwolenie mu na złożenie innego dokumentu stoi w sprzeczności z zasadą równości wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Potwierdzeniem działania zamawiającego z pominięciem regulacji prawa zamówień publicznych może być również okoliczność, iż w samym wezwaniu z 27 sierpnia 2014 r. nie powołał się na żadne podstawy prawne uzasadniające swoje wezwanie, zaś wskazał dowolne opcje z których mogło skorzystać Secover Sp. z o.o.

W świetle powyższego twierdzenia zamawiającego dotyczące definicji oferty oraz jej zmiany są zbędne, zaś kwestia jak sam wskazał zamawiający uzupełnienia dokumentów w przytoczonym art. 26 ust. 3 ma tutaj, zdaniem odwołującego, decydujące znaczenie.

Uzupełnienie dokumentów wprost oznacza przedłożenie brakujących lub poprawę błędów w złożonych, nie zaś dowolną zamianę dokumentu.

Odwołujący nie mógł zgodzić się z argumentacją zamawiającego, iż referencje na które powołują się wykonawcy mogą zostać podpisane przez osoby przypadkowe. Częściowo argumentacja w tym zakresie została przytoczona w odwołaniu i podtrzymywana jest w odpowiedzi na odpowiedź na odwołanie. Referencje oznaczają poświadczenie prawidłowości wykonania usługi lub dostawy, stanowią oświadczenie podmiotu je odbierającego i weryfikującego. Nawet protokół odbioru zgodnie z linią orzecniczą może wskazywać spełnienie takiego warunku, jednakże osoba, która podpisała się na takowym dokumencie musi wykazać się swoim umocowaniem do wykonania takiej czynności. Stosownie do zasad reprezentacji, które są powszechnie dostępne i ujawnione we właściwych rejestrach, tylko określone osoby mogą składać „oświadczenia” (nawet treść odpisu z KRS wskazuje na możliwość składania oświadczeń, np. w przypadku Zelmer SA) w imieniu danego podmiotu. Jeżeli wykonawcy przedłożyli referencje podpisane przez osoby niewidniejące w rejestrze, zobligowani są do wykazania co było podstawą umocowania takich osób. Gdyby dopuścić argumentację zamawiającego, zdaniem odwołującego, doszłoby do paradoksalnych sytuacji, w których właściwie każdy powołując się na danego zamawiającego mógłby złożyć takowe poświadczenie prawidłowości wykonanego zamówienia, zaś prawdziwość takiego dokumentu nie mogłaby być w żaden sposób weryfikowalna.

Na marginesie odwołujący dodał, iż zasady reprezentacji podmiotu nie odnoszą się jedynie do zaciągania zobowiązań, lecz do każdej reprezentacji w tym składania wszelkich oświadczeń w imieniu podmiotu. Oświadczenia zaś złożone z pominięciem tych zasad są nieważne i bezskuteczne.

Oдноśnie braku dokładnej kwoty zamówienia w poświadczeniu odwołujący w niniejszej sytuacji chodzi o uszczegółowienie treści takiego poświadczenia poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę. Jeżeli zamawiający w odpowiedzi na zadane zapytania jeszcze przed otwarciem ofert wskazał, iż nie całość zamówienia lecz urządzenie, którego dostawę i wdrożenie miał wykazać wykonawca musi opiewać na kwotę co najmniej 200.000 zł brutto, wówczas jego obowiązkiem jest dokładne i skrupulatne zbadanie czy przedstawiane przez wykonawców dokumenty spełniają ten wymóg. Tym samym, w ocenie odwołującego, po raz kolejny zamawiający nie dołożył należytej staranności i zaniechał czynności do której zgodnie z zasadami PZP był obowiązany.

W zakresie wydania referencji-poświadczenia dla podwykonawcy Storio Sp. z o.o. przez wykonawcę Red Ocean Sp. z o.o. odwołujący uznał, iż również tutaj zamawiający nie ma racji. Sam stosunek podwykonawstwa zakłada, iż wykonawca, który nie może (np. przez wzgląd na brak odpowiednich możliwości technicznych) lub z innych powodów nie chce wykonać części zamówienia, do którego wykonania zobowiązał się przed

zamawiającym, powierza jego wykonanie na rzecz zamawiającego podwykonawcy. Tym samym oznacza to, iż przedmiot zamówienia świadczony jest na rzecz zamawiającego i to tylko on jako podmiot odbierający zamówienie, podmiot końcowy, posiadający określone oczekiwania względem efektu pracy może ocenić czy zamówienie zostało prawidłowo wykonane. W przeciwnym razie, zdaniem odwołującego, doszlibyśmy do absurdalnego wniosku, że każdy może wydać oświadczenie o tym że współpracował z innym podmiotem i wie że ten podmiot wykonał jakieś zadanie prawidłowo.

Odwołujący podniósł, że nie kwestionuje, iż w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów skierowanym do Secover Sp. z o.o. i Helica Sp. z o.o. uściślił, iż „dokumentacja techniczna rozumiana jest na potrzeby zamawiającego jako dokument potwierdzający/określający/wskazujący konkretne wymagania danego urzędnika”, jednakże takie sformułowanie nie wyłącza konieczności spełniania wymogów formalnych takowego dokumentu.

Z powyższego bezpośrednio wynika, iż żądany dokument musi zostać wystawiony przez podmiot posiadający wiedzę we wskazanym zakresie oraz upoważniony do złożenia takowego oświadczenia wiedzy obejmującego wymagania techniczne danego urzędnika. Jednoznaczne jest to z koniecznością wskazania kim jest podmiot uprawniony do przedstawienia i poświadczenia danych technologicznych sprzętu oraz podstaw umocowania takiej osoby. Odwołujący podkreślił, iż w jego ocenie nie chodzi o wprost kwestionowanie przedłożonych dokumentów, lecz jedynie dostateczne wyjaśnienie okoliczności mogących budzić uzasadnione wątpliwości nie tylko po stronie zamawiającego lecz także pozostałych wykonawców.

Odnosząc się do dowodu należytego wykonania przez Helica Sp. z o.o. zamówienia z pkt 1 wykazu, odwołujący zauważył, iż wykonawca złożył jedynie dokument o nazwie „Protokół odbioru sprzętu” z którego wynikała jedynie prawidłowość dokonanej dostawy urządzeń. Na wezwanie zamawiającego wykonawca przedłożył wzór umowy na podstawie którego miało dojść do realizacji wymaganej przez zamawiającego usługi. Z treści umowy co prawda wynika, iż przedmiot obejmował zarówno wdrożenie jak i dostawę sprzętu, jednakże odwołujący nie może zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, iż Helica Sp. z o.o. wykazała prawidłowość dokonania wdrożenia. W §2 pkt 4 do którego w odpowiedzi na odwołanie odwołuje się zamawiający jest mowa o dokumencie - Protokół przyjęcia-przekazania, stanowiący załącznik nr 1 do umowy. Wykonawca, jako że nie przedłożył załączników do przedmiotowej umowy przez co uniemożliwił zamawiającemu weryfikację w zakresie tożsamości tych dwóch dokumentów. Zdaniem odwołującego z pierwotnie złożonego Protokołu odbioru sprzętu nie sposób wywieść wniosku, iż potwierdza on prawidłowość wykonania wdrożenia. Jego treść bezpośrednio wskazuje, iż strony potwierdzają przekazanie konkretnego sprzętu z końcowym wynikiem odbioru jako

pozytywny, jednakże w żadnym miejscu w dokumencie nie ma mowy o wdrożeniu. Argumenty zamawiającego, iż niejako opierając się na dołączonej niekompletnej (brak załączników) umowie swobodnie uznał on, iż przedłożony protokół jest tym samym dokumentem o którym mowa w §2 pkt 4 umowy jest, w ocenie odwołującego, niedopuszczalne. Zamawiający w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wątpliwość musi zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień lub przedłożenie dodatkowych dokumentów. Niedopuszczalne jest, zdaniem odwołującego, ażeby opierać prawidłowość załączonych do oferty dokumentów na domniemaniach lub swobodnych domysłach zamawiającego. Takie działanie byłoby bowiem sprzeczne z priorytetowymi założeniami ustawowymi i ideą zamówień publicznych.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego w kwestiach technicznych, odwołujący zwrócił uwagę że zamawiający, na etapie wyjaśniania treści SIWZ, oceny ofert oraz odrzucenia oferty odwołującego dokonał niedozwolonej modyfikacji lub doprecyzowania SIWZ, celem uzasadnienia swojego wyboru oraz podejmowanych czynności, co nie może być uznane.

Zamawiający zwrócił uwagę, że kryterium z pkt 5 tabeli nr 1 opisu przedmiotu zamówienia i tabeli nr 2 formularza oferty składa się z dwóch elementów;

"Urządzenia muszą umożliwiać wykonywanie kopii zapasowych (backup) danych ze środowiska wirtualnego VMware. Musi być możliwość przechowywania 30 kopii zapasowych danych, które w surowej (niededuplikowanej postaci) zajmują 30 TB w środowisku zwiidualizowanym."

Tak sformułowany warunek wskazuje, że zamawiający oczekiwał kompletnego rozwiązania do tworzenia kopii zapasowych środowiska wirtualnego. Kryterium to zostało dodatkowo doprecyzowane w wyjaśnieniach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (data publikacji w dniu 22 lipca 2014r.).

Podstawowe i pierwotne wymaganie w tym zakresie w żadnym stopniu nie sugerują, że aplikacja backup'owa była przedmiotem postępowania. Obecnie podnoszone stwierdzenie, że „Urządzenia muszą umożliwiać wykonywanie kopii zapasowych (backup) danych ze środowiska wirtualnego VMware” utwierdzają odwołującego w przekonaniu, że przedmiotem postępowania były urządzenia a nie aplikacja.

Kryterium to zostało dodatkowo doprecyzowane w wyjaśnieniach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (data publikacji w dniu 22 lipca 2014 r.):

Pytanie nr 17

Przy użyciu jakiej aplikacji Zamawiający planuje backup'ować zasoby VMwam vSphere 5.1 (wyszczególnione w OPZ) na urządzenia będące przedmiotem zapytania?

Odpowiedź:

Narzędzia do backupu środowiska VMware mają zostać dostarczone wraz z urządzeniami Patrz tabela 1 pkt 5 opis przedmiotu zamówienia,

Skoro zatem Zamawiający „włączył” aplikację w zakres przetargu, to zmianie powinna ulec treść SIWZ, co jednak nie nastąpiło, a w konsekwencji odwołujący nie może ponosić negatywnych tego skutków. Treść SIWZ nie uległa zmianie od kątów aplikacji backup'owej, zamawiający nie zwrócił się także z prośbą o wyjaśnienia dot. aplikacji backup'owej. Mimo to zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego powołując się na ten argument.

Ponadto, skoro zamawiający oczekiwał w SIWZ zgodnie z tabelą nr 1 załącznika do siwz OPZ, aby nie wypleniać informacji na temat Backupu danych środowiska wirtualnego, to oferta Engave mogła zawierać przykładowo inną darmową wersję oprogramowania VEEAM, umożliwiającą backup VMware'a, co nie ma wpływu na ocenę oferty odwołującego. Przykładowy opis takiego oprogramowania odwołujący załączył do pisma przygotowawczego - dokumentacja techniczna Veeam Free.

Reasumując, podstawą wykluczenia przez zamawiającego jest tylko punkt 5 wskazany powyżej, co do którego zamawiający nie oczekiwał szczegółowych wskazań od wykonawców. Opis tego punktu wskazuje wyraźnie na "urządzenia". Tymczasem zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia, wyjaśnieniach, odpowiedzi na odwołanie konsekwentnie próbuje udowodnić że postawił takie wymogi zarówno urządzeniu jak i aplikacji do tego urządzenia. Przyznanie racji takiej interpretacji zamawiającego oznaczałoby akceptację modyfikacji SIWZ, która następuje na etapie oceny ofert lub nawet postępowania odwoławczego — czyli w niedozwolonym momencie. Wbrew twierdzeniom zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie cech aplikacji jest znacznie więcej niż cech deduplikatora. Zamawiający nie wyspecyfikował cech, jakimi aplikacja powinna się legitymować. A jeśli tak, to jest to zmiana SIWZ co do cech aplikacji, zatem sugerowanie że odwołujący powinien dostarczyć dokumentację aplikacji jest bezzasadne i bezpodstawne w kontekście brzmienia SIWZ, w którym kryteria co do aplikacji nie zostały określone. Zatem w ramach oferty można dostarczyć dowolną aplikację, w tym także freeware, shareware, o dowolnych parametrach, co nie ma wpływu na ocenę ofert i pozwała na wybór oferty Odwołującego. Skoro nie było wymogów w tym zakresie to nie ma podstaw do odrzucenia oferty. Można także przyjąć, że punkt 5 dotyczył „wielkości” urządzenia a nie „wielkości i możliwości” oprogramowania. Zatem jeśli urządzenie zaoferowane przez odwołującego oferuje funkcjonalności i parametry określone w pkt. 5 (co zostało wykazane m.in. w treści oferty i opisane w treści Odwołania), to wymóg został spełniony przez urządzenie a nie przez software. Na osobną uwagę zasługuje w ocenie odwołującego, że żaden producent nie podaje takich szczegółowych danych, o czym świadczą oferty pozostałych wykonawców

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści specyfikacji z dnia 22 lipca 2014r., oferty

odwołującego, Secover i Helica, wezwań zamawiającego kierowanych do tych wykonawców w dniu 27 sierpnia 2014r. udzielonych przez nich wyjaśnień i uzupełnień, odpisów z KRS dla Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że zamawiający wymagania dotyczące opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, dokumentów jakich składania żądał na potwierdzenie spełniania warunków, wymogów w zakresie dokumentów przedmiotowych oraz sposobu sporządzenia oferty i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł w poniższych postanowieniach siwz i załączników nr 1, 4 i 9 do siwz:

„5. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

5.1.2 posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: należycie wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również należycie wykonują w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 2 zamówienia, w tym każde z nich polegające na dostawie i wdrożeniu urządzenia do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem, o wartości co najmniej 200 000,00 zł brutto każde,

6. Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają złożyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz tego, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

6.1 W celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty:

6.1.1 oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (wzór wg Załącznika nr 3 do SIWZ),

6.1.2 wykaz należycie wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również należycie wykonywanych głównych zamówień w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zamówienia zostały wykonane (wzór wg Załącznika nr 4 do SIWZ),

W wykazie jako główne zamówienia należy wskazać jedynie zamówienia potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2 SIWZ.

6.1.3 dowody potwierdzające, że przedstawione w ww. wykazie zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

6.3 Korzystanie z zasobów innych podmiotów.

6.3.1 Jeżeli Wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonywania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, musi on udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami

niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (wzór wg Załącznika nr 8 do SIWZ lub inny dokument, z którego takie zobowiązanie wynika np. umowa, itp.) oraz odpowiednie dokumenty określone w pkt 6.1.2 – 6.1.4 SIWZ.

UWAGA:

Wykazy, o których mowa w pkt. 6.1.2 i 6.1.4 SIWZ muszą być podpisane przez Wykonawcę.

6.3.2 Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 5.1.2 SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, podmioty te traktowane są jako podmioty, które będą brały udział w realizacji zamówienia.

6.3.3 Pisemne zobowiązanie, o którym mowa w pkt 6.3.1, musi być podpisane przez osobę / osoby uprawnioną/e do reprezentowania podmiotu użyczającego zasoby. Do oferty należy załączyć dokument, z którego takie upoważnienie będzie wynikało.

Forma dokumentów:

1) dokumenty, o których mowa w pkt 6.3.1, tj.:

- pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia – musi być złożone w formie oryginału,
- inne dokumenty, za pomocą których Wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia – muszą być złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej własnoręcznym podpisem i dopiskiem „za zgodność z oryginałem”,

2) dokument upoważniający osobę/y do podpisania zobowiązania, o którym mowa w pkt 6.3.3 musi być złożony w formie oryginału lub kopii poświadczonej własnoręcznym podpisem i dopiskiem „za zgodność z oryginałem”, z zastrzeżeniem, że jeśli tym dokumentem będzie pełnomocnictwo, to musi być ono złożone w formie oryginału lub poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem kopii sporządzonej przez notariusza.

Zgodność z oryginałem może potwierdzić podmiot użyczający zasoby (osoba uprawniona) lub Wykonawca jeżeli posiada stosowne umocowanie do działania (reprezentowania) w imieniu podmiotu użyczającego zasoby.

6.6 W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty:

6.6.1 dokumentację techniczną producenta oferowanego urządzenia, o którym mowa w pkt 3.1.1 SIWZ, potwierdzającą spełnianie przez zaoferowane urządzenie wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności parametrów technicznych wskazanych w wypełnionej Tabeli nr 2 na druku stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ „Formularz oferty”.

Dopuszcza się dołączenie takiej dokumentacji w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski.

Forma dokumentów:

· Zamawiający odstępuje od poświadczania autentyczności 1 ww. dokumentacji technicznej.

10. Opis sposobu przygotowywania oferty.

10.1. Ofertę należy przygotować w języku polskim w formie pisemnej, w sposób czytelny i trwały, na druku stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ. W przypadku sporządzenia oferty przez Wykonawcę na własnym formularzu wymaga się, żeby Wykonawca uwzględnił w nim wszystkie oświadczenia i elementy zawarte w Załączniku nr 9 do SIWZ.

UWAGA !!!

Załącznik nr 9 do SIWZ będzie stanowić treść oferty i w związku z tym nie podlega on uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Niezłożenie tego dokumentu będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

10.2. Do oferty należy załączyć dokumenty i oświadczenia wyszczególnione w pkt 6 SIWZ, w formie dla nich określonej w SIWZ.

10.3. Oferta oraz wszystkie załączone do niej dokumenty i oświadczenia, powinny być podpisane lub poświadczane przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z właściwym aktem rejestracyjnym lub dołączonym do oferty pełnomocnictwem.

10.4. Pełnomocnictwa złożone wraz z ofertą muszą być złożone w formie oryginału lub poświadczonych notarialnie za zgodność z oryginałem kopii sporządzonej przez notariusza.

10.5. Ofertę należy złożyć w oryginale oraz kopii w wersji elektronicznej, tj. ofertę zeskanowaną w formacie jednego nieedytowalnego pliku PDF na dowolnym nośniku elektronicznym.

10.6. W przypadku uzupełniania przez Wykonawcę jakichkolwiek dokumentów lub oświadczeń lub składania jakichkolwiek wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, wraz z tymi dokumentami należy również przesłać / złożyć ich kopię w wersji elektronicznej, tj. skan w formacie jednego nieedytowalnego pliku PDF przesłać na adres e-mail: nik_zp@nik.gov.pl lub złożyć na dowolnym nośniku elektronicznym.

Załącznik nr 1 do SIWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ)

Część I Podstawowe wymagania Zamawiającego dotyczące oferowanego sprzętu

1. Specyfikacja techniczna wymaganych przez Zamawiającego podstawowych parametrów urządzenia do backupu dyskowego

1. Wykonawca musi dostarczyć dwa urządzenia o parametrach co najmniej takich jakie zostały opisane w Tabeli nr 1.

UWAGA !!!

W tabeli poniżej znajduje się kolumna pn. „Oferowane parametry”, którą Wykonawca musi wypełnić na druku stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ „Formularz oferty”.

pkt. 5 Backup danych środowiska wirtualnego - urządzenia muszą umożliwiać wykonywanie kopii zapasowych (backup) danych ze środowiska wirtualnego VMware. Musi być możliwość przechowywania 30 kopii zapasowych danych, które w surowej (niezdeduplikowanej postaci) zajmują 30 TB w środowisku zwirtualizowanym.

pkt 14 Tworzenie migawek (snapshot) - urządzenia muszą umożliwiać stworzenie minimum 30 migawek istniejących jednocześnie na każdym z nich.

rozdział 7. Zakończenie prac

Potwierdzeniem zakończenia instalacji i konfiguracji, przeprowadzenia testów, dostarczenia dokumentacji powykonawczej oraz przeprowadzenia warsztatu poinstalacyjnego będzie podpisanie protokołu odbioru końcowego bez uwag.

Załącznik nr 4 wykaz zamówień

Dostawa i wdrożenie urządzenia do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem - co najmniej 200 000,00 zł brutto

Uwaga!

Dla wszystkich wyżej wymienionych zamówień należy dołączyć do oferty dowody potwierdzające, że zostały one wykonane należycie lub są wykonywane należycie. Nie ma obowiązku załączania dowodu w przypadku, gdy podmiotem na rzecz którego Wykonawca wcześniej wykonywał zamówienie wskazane w niniejszym wykazie był Zamawiający (NIK).

Kolumnę nr 6 należy wypełnić tylko wtedy, gdy Wykonawcą zamówienia był/jest podmiot używający zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, wskazany w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów (Załącznik nr 8 do SIWZ). W przypadku, gdy Wykonawcą zamówienia był/jest podmiot składający ofertę, kolumny nr 6 nie należy wypełniać.

Dowodami są:

1) poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych zamówień okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

2) oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1).”

Zamawiający dokonał także w dniu 22 lipca 2014r. wyjaśnień dotyczących treści siwz i w sporny zakresie udzielił odpowiedzi na następujące pytania:

Na pytanie nr 10 o treści „Jaki jest przybliżona suma wszystkich zasobów dyskowych wykorzystywanych jako serwery plików/archiwa plików. To pytanie dotyczy oszacowania możliwego poziomu deduplikacji”, zamawiający udzielił odpowiedzi „Deduplikacji ma podlegać do 30 TB danych, które stanowią systemy działające w środowisku wirtualnym.”

Na pytanie nr 11 o treści „Jaka jest liczba i rozmiar backupów (per jednostka) baz danych oraz oprogramowania użytkowego (np. Oracle, poczta elektroniczna, usługi katalogowe). To

pytanie dotyczy oszacowania możliwego poziomu deduplikacji” zamawiający odpowiedział „Patrz odpowiedź na pytanie 10”

Na pytanie 16 o treści „Warunki udziału w postępowaniu pkt 5.1.2. SIWZ. Czy należy rozumieć, iż Zamawiający uzna za spełnienie warunku określonego w pkt 5.1.2. SIWZ wykazanie przez wykonawcę należytego wykonania (...) co najmniej 2 zamówień, w tym każde z nich polegające na dostawie wdrożeniu jednego lub większej liczby urządzeń (w zamach jednego zamówienia) do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem, o łącznej wartości tych urządzeń co najmniej 200 000,00zł. brutto w ramach każdego zamówienia? Powyższe stanowi interpretację aktualnego brzmienia zapisu SIWZ. Biorąc pod uwagę aktualne brzmienie warunku, wydaje się, że intencją Zamawiającego było dopuszczenie możliwości wykazania zamówienia obejmującego jedno ;lub kilka urządzeń, wskazuje na to podkreślony poniżej fragment przedmiotowego wymagania: (...) tj. należycie wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych również należycie wykonują w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej 2 zamówienia, w tym każde z nich polegające na dostawie i wdrożeniu urządzenia do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem o wartości co najmniej 200 000,00zł. brutto. Pierwszy fragment warunku odnosi się do jednego urządzenia, natomiast w dalszej części zamawiający używa liczby mnogiej („posiadających funkcjonalność”). Uprzejmie prosimy o skorygowanie rozbieżności w tym zakresie”, zamawiający odpowiedział „W celu spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca musi wykazać wykonanie (lub wykonywanie) dwóch zamówień, przy czym każde zamówienie musi polegać na dostawie i wdrożeniu jednego urządzenia o wartości co najmniej 200 000,00zł. brutto do przechowywania danych. Takie urządzenie powinno posiadać funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem.”

Na pytanie 17 o treści „Przy użyciu jakiej aplikacji Zamawiający planuje backupować zasoby VMware v Sphere 5.1 (wyszczególnione w OPZ) na urządzenia będące przedmiotem zapytania?”, zamawiający odpowiedział „Narzędzia do backupu środowiska VMware mają zostać dostarczone wraz z urządzeniami. Patrz: Tabela 1 pkt 5 opis przedmiotu zamówienia”.

Na pytanie nr 23 o treści „Zamawiający w OPZ podał „Urządzenia muszą umożliwiać wykonywanie kopii zapasowych (backup) danych ze środowiska wirtualnego VMware. Musi być możliwość przechowywania 30 kopii zapasowych danych, które w surowej (niezdeduplikowanej postaci) zajmują 30 TB w środowisku zwirtualizowanym.”

Oraz „Urządzenie musi poprawnie współpracować z posiadaną infrastrukturą Zamawiającego:

- Tivoli Storage Manager 6.2

- VMware vSphere 5.1”

Czy kopia zapasowa środowiska wirtualnego będzie odbywać się za pomocą ITSM, gdzie na przestrzeni udostępnionej z urządzenia będą definiowane Storage Pools, czy urządzenia „samo w sobie” powinno mieć możliwość integracji ze środowiskiem wirtualnym i przeprowadzenie niezależnej od ITS kopii zapasowej?”, zamawiający odpowiedział „Kopia zapasowa środowiska wirtualnego nie będzie odbywać się za pomocą TSM. Ponadto patrz odpowiedź na pytanie nr 17.”

Na str. 8 str. oferty Secover znajduje się wykaz zamówień, gdzie w poz. 1 wskazano „Dostawa i wdrożenie urządzenia do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem co najmniej 200 000,00 zł brutto w okresie od 25.09.2012-05.12.2012 na rzecz Inteco Business Solutions sp. zo.o. z siedzibą w Poznaniu przez wykonawcę S4E S.A. z siedzibą w Krakowie”, a w poz. 2 wskazano „Dostawa i wdrożenie urządzenia do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem co najmniej 200 000,00 zł brutto w okresie od 30.06.2014 – 22.07.2014r. na rzecz AGN Polska sp.z o.o. z siedzibą w Warszawie przez S4E S.A. z siedzibą w Krakowie”. Na str. 9 załączono oświadczenie S4E SA jako dystrybutora rozwiązań Quantum, że wdrożenia wymienione w załączniku nr 4 zostały wykonane należycie. Oświadczenie zostało podpisane przez członka zarządu K. M. i prokurenta J. K. . Na str. 25 znajduje się zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez S4E SA dla Secover w postaci wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonywania zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Udostępnienie ma polegać na instalacji i konfiguracji urządzenia do tworzenia i przechowywania kopii zapasowych danych. Będą brali udział w realizacji zamówienia. Zobowiązanie zostało podpisane przez prezesa zarządu P. P. i prokurenta J. K. . Na str. 26-33 znajduje się dokumentacja techniczna w języku angielskim. Na str. 36 – 43 znajduje się odpis z KRS S4E SA upoważniający osoby podpisujące oświadczenie i zobowiązanie do działania w imieniu firmy S4E.

Na str. 5 oferty odwołującego znajduje się załącznik nr 9 do siwz, gdzie oświadczone, iż zaoferowano urządzenie Data Domain DD2500, a w poz. 5 i 14 zawarto oświadczenie „TAK”. Do oferty nie załączono dokumentacji technicznej oferowanego urządzenia.

Na str. 11 oferty Helica znajduje się wykaz dostaw, gdzie w poz. 1 oświadczone Dostawa i wdrożenie urządzenia do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem co najmniej 200 000,00 zł brutto w okresie 20.12.2012r. na rzecz Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Warszawie przez Helica sp. z o.o., a w poz. 2 Dostawa i wdrożenie urządzenia do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem co najmniej 200 000,00 zł brutto w okresie 17.12.2013r. na rzecz Komisji Nadzoru Finansowego z siedzibą w Warszawie przez Fujitsu Technology

Solutions. Na str. 12 znajduje się protokół odbioru sprzętu wystawiony przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych, z którego wynika, że wirtualna biblioteka taśmowa Quantum miała wartość 134 579,00 zł. netto, a oprogramowanie do archiwizacji danych wartość 65 419,00zł. netto, a końcowy wynik odbioru był pozytywny. Na str. 13 znajduje się zaświadczenie o realizacji umowy na rzecz UKNF, z którego wynika, że Fujitsu zrealizowało usługę rozbudowy środowiska backup oraz kontynuuje realizację 3 –letniego wsparcia technicznego. Wartość zrealizowana umowy na dzień 22 kwietnia 2014r. przekroczyła 3 300 000,00 zł. brutto. Firma realizuje swoje zobowiązania zgodnie z postanowieniami umowy nr 553/2013 z dnia 16 października 2013r. Na str. 17 znajduje się zobowiązanie Fujitsu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w tym wiedzy i doświadczenia przez cały okres realizacji zamówienia, w każdy sposób jaki okaże się niezbędny. Jednocześnie upoważniono Helica do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów wystawionych na rzecz Fujitsu. Zobowiązanie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta figurujących w odpisie z KRS Fujitsu załączonym do oferty na str. 18-21.

W dniu 27 sierpnia 2014r. zamawiający wezwał Secover w spornym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do wyjaśnień albo uzupełnienia dokumentów. Zamawiający wskazał, że do oferty załączono poświadczeni podmiotu trzeciego dotyczące wdrożeń wymienionych w poz. 1 i 2 wykazu, ale brak jest wyjaśnienia lub jakiegokolwiek informacji, z której jednoznacznie wynikałoby, że załączenie takiego oświadczenia wynika z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, ponieważ wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczania. Zamawiający wskazał, że jeśli wykonawca uzna, że złożenie żądanych wyjaśnień nie będzie prowadzić do potwierdzenia spełniania warunku udziału, wówczas ma obowiązek przedstawić dwa nowe zamówienia nie ujęte dotychczas z załączonym do oferty wykazie. Nowe zamówienia muszą potwierdzać spełnianie warunku. W takim przypadku zamawiający wezwał też do złożenia nowych dowodów potwierdzających należyte wykonanie wykonywanie tych uzupełnionych nowych zamówień .

W tym samym dniu zamawiający wezwał też odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy tj. dokumentacji technicznej i oświadczenia wykonawcy, że wszystkie składowe elementy oferowanych urządzeń pochodzą od jednego producenta, lub oświadczenia wykonawcy o pełnej wzajemnej kompatybilności tych elementów składowych. Zamawiający wezwał także wykonawcę Helica w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do uzupełnienia dowodu potwierdzającego, że przedstawione w poz. 1 wykazu zamówienia zostało wykonane należycie. Zamawiający wskazał, że jeśli wykonawca uzna, że złożenie żądanych wyjaśnień nie będzie prowadzić do potwierdzenia spełniania warunku udziału, wówczas ma obowiązek przedstawić dwa nowe zamówienia nie ujęte dotychczas z załączonym do oferty wykazie. Nowe zamówienia muszą potwierdzać spełnianie warunku. W

takim przypadku zamawiający wezwał też do złożenia nowych dowodów potwierdzających należyte wykonanie wykonywanie tych uzupełnionych nowych zamówień .

W dniu 2 września 2014r. Helica przedłożyła poza załączonym już do oferty protokołem odbioru sprzętu także umowę nr 62/Helica/PN/MSW/2012, z której wynika, że przedmiotem umowy jest sprzedaż, dostawa, uruchomienie i konfiguracja przez wykonawcę na rzecz zamawiającego wirtualnej biblioteki taśmowej Dxi6701 Appliance firmy Quantum wraz z oprogramowaniem do archiwizacji danych Backup Exec firmy Symantec oraz przeszkolenia wybranych pracowników zamawiającego, świadczenie usług serwisowych, naprawy gwarancyjne, konsultacje i pomoc techniczna, dostęp do najnowszych wersji BIOS, firmware, sterowników, uaktualnień i poprawek, dostarczenie licencji producenta nieograniczonych w czasie i przestrzeni. Z par. 2 pkt 1 wynika, że za prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w kwocie 245 997,54zł. brutto. Z par. 3 pkt 12 wynika, że MSW dokona odbioru przedmiotu umowy przez podpisanie protokołu przejęcia – przekazania, którego wzór stanowi załącznik nr 2 do umowy lub zgłosi zastrzeżenia uzasadniające odmowę dokonania odbioru. Zamawiający ma prawo podmówić odbioru w szczególności w przypadku stwierdzenia wad urządzenia, oprogramowania lub niekompletności wykonania przedmiotu umowy.

W dniu 2 września 2014r. Engave dostarczył dokumentację techniczną – EMC Data Domain Operating System version 5.5 Administration Guide, EMC DATA DOMAIN DEDUPLICATION STORAGE SYSTEMS, The Business Value of Data Domain, EMC Data Domain ES30 Expansion Shelf version DD)S 5.4, zaś w dniu 4 września 2014r. przedłożył dodatkowe wyjaśnienia do poz. 5 i 14 załącznika nr 9 do siwz i dal pkt 5 wskazał : każde z oferowanych urządzeń DD 2500 posiada powierzchnię brutto 66 TB brutto, co daje 49,25 TB powierzchni netto, średni współczynnik deduplikacji osiągnany w przypadku środowisk wirtualnych jest na poziomie 20 (...30):1, w przypadku backup'u składającego się z 30- u kopii volumenu 30TB przy współczynniku deduplikacji 20:1 zajętość netto na DataDomain wyniesie 45TB. W załączeniu dokument DataDomain.pdf w przypadku którego podana została pojemność netto oraz osiągnane pojemności logiczne, a dla pkt 14 wskazał. str. 218 docu 53504_Data-Domain-Operating-System-5.5.- Administration – Guide.pdf. 750 snapshotów.

W dniu 2 września 2014r. Secover przedłożył oświadczenie firmy Quantum z siedzibą we Francji podpisane przez M. K. Regional Sales Manager Quantum Corporation z pieczęcią firmową Quantum Storage GmbH z siedzibą w Szwajcarii.

Nowy wykaz zamówień, gdzie w poz. 1 wskazano – dostawa i wdrożenie dwóch urządzeń do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem wartość dostarczonych urządzeń posiadających funkcję deduplikacji oraz wykonanych usług co najmniej 200 000zł. brutto okres wykonania styczeń 2014r. na rzecz Biura Informacji Kredytowej przez S4E SA, w poz. 2 centralizację systemów informatycznych w tym dostawa i

wdrożenie urządzenia do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem, wartość dostarczonych urządzeń posiadających funkcję deduplikacji oraz wykonanych usług co najmniej 200 000zł. brutto okres wykonania styczeń 2013 – marzec 2013 na rzecz Steinpol Central Services sp.z o.o. z siedzibą w Rzepinie, przez Storio sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce i poz. 3 dostawa i wdrożenie urządzeń do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem wartość dostarczonych urządzeń posiadających funkcję deduplikacji oraz wykonanych usług co najmniej 200 000zł. brutto okres wykonania lipiec 2014 na rzecz Zelmer SA z siedzibą w Rzeszowie przez Storio sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce.

Do wykazu załączono firmy Red Ocean sp.z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 10 czerwca 2014r. udzielone S4E przez H. T. A. wiceprezesa zarządu potwierdzające wdrożenie i dostawę w firmie Biuro Informacji Kredytowej dwóch urządzeń EMC Data Domain 2500 wraz z systemem backupu EMC Avamar wykonane z należytą starannością i zgodnie z oczekiwaniami i wymaganiami zamawiającego.

Załączono zobowiązanie Storio na rzecz Secover w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez okres wykonania zamówienia przez pomoc w przygotowaniu planu instalacji i konfiguracji i udział w realizacji zamówienia. Zobowiązanie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu A. M., upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z uzupełnionym odpisem z KRS. Złożono także list referencyjny z dnia 18 czerwca 2013r. wystawiony przez firmę Steinpol Central Services wykonawcy Storio, z którego wynika, że całkowita wartość zakończonej części projektu wynosiła 2mln. zł., a dostawa i usługi zostały przeprowadzone terminowo, profesjonalnie i z należytą starannością. Referencje podpisał Kierownik Działu Informacji J. J. . Załączono również oświadczenie firmy Storio, że część opisana jako backup zawierała dostawę i wdrożenie urządzenia firmy EMC do przechowywania danych posiadających funkcję deduplikacji ze zmiennym blokiem, Wartość tego urządzenia wynosiła 208 482,59zł. brutto. Oświadczenie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu A. M. . Z listu referencyjnego firmy Zelmer wynika, że Storio wykonała dostawę, instalację i wdrożenie urządzeń do przechowywania danych posiadających funkcję deduplikacji ze zmiennym blokiem. Łączna wartość projektu wynosiła 227 191,90 zł. brutto. Dostawa została przeprowadzona z należytą starannością. Pismo podpisał Kierownik ds. Usług Utrzymaniowych IT M. P. .

Z KRS Fujitsu Technology Solutions wynika, że przy zarządzie wieloosobowym reprezentuje spółkę dwóch członków zarządu łącznie lub członek zarządu łącznie z prokurentem – członkami zarządu są Ba. N. H., D. D., O. M., zaś prokurentami D. T., K. D. .

Z KRS Steinpol Central Services wynika, że reprezentuje ją dwóch członków zarządu łącznie lub członek zarządu łącznie z prokurentem – członkami zarządu są J. M., J. B., a prokurentami są U. G., J. S., B. F., F. J., J. H., J. Ż., R. B. i B. D..

Z KRS Zelmer wynika, że reprezentuje ją dwóch członków zarządu łącznie lub członek zarządu łącznie z prokurentem – członkami zarządu są J. H., T. M., a prokurentem jest G. A..

Z KRS Red Ocean wynika, że reprezentuje ją do 100 000zł. każdy z członków samodzielnie, a powyżej 100 000zł. prezes samodzielnie lub dwóch członków zarządu łącznie lub członek zarządu łącznie z prokurentem – członkami zarządu są M. R., H. A., prokurentów nie ma.

Z dokumentacji technicznej Veeam Backup Free Edition wynika, że umożliwia tworzenie kopii zapasowych maszyn wirtualnych VMware i Hyper-V przy użyciu obrazów. Wersja Free Edition tworzy tylko kopie zapasowe Veeam ZIP.

Z oświadczenia A. W. Dyrektora Generalnego EMC² EMC Computer Systems Poland sp. z o.o. wynika, że wartość jednego urządzenia EMC dostarczonego przez Red Ocean dla BIK SA wyniosła 87 330 zł. brutto , a wartość za całość zamówienia systemu EMC Avamar 400 000zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy. Izba postanowiła oddalić wnioski zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na brak wykazania możliwości poniesienia szkody oraz z uwagi na nieprzekazanie w całości kopii odwołania. W zakresie pierwszej z podstaw odrzucenia, Izba stwierdziła, że wypełnienie art. 179 ust. 1 ustawy jest elementem materialnoprawnym badania dopuszczalności wnoszonego odwołania i jako taki nie stanowi podstawy do odrzucenia odwołania. Podlega badaniu na etapie rozprawy i może powodować jedynie oddalenie odwołania. Merytorycznie odnosząc się do tego zarzutu, to art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy ma zastosowanie dopiero w przypadku, gdy zamawiający dokona wyboru oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną, której kwota przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Zatem kwota, która zamawiający podaje na otwarciu oferty nie musi równać się możliwościom finansowym zamawiającego w dacie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Zatem opisane zdarzenie dotyczy okoliczności, które nie zaistniały jeszcze w niniejszej sprawie. Zamawiający nie dokonał wyboru oferty odwołującego i nie podejmował decyzji o możliwości podwyższenia zamówienia. Art. 179 ust. 1 ustawy ma zastosowanie zarówno do szkody już rzeczywiście poniesionej jak też jedynie do możliwości poniesienia szkody. Niewątpliwie dopóki wybór oferty najkorzystniejszej może być jeszcze wzruszony środkami ochrony prawnej każdy wykonawca może ponieść szkodę w wyniku nieprawidłowych zachowań zamawiającego uniemożliwiających mu uzyskanie zamówienia. Hipotetycznie bowiem nie można wykluczyć, że zamawiający oświadczenie o braku zamiaru podwyższenia kwoty na sfinansowanie zamówienia składa biorąc pod uwagę fakt, że ma inne pozostające w postępowaniu oferty o niższych cenach. Nie znana jest jednak decyzja zamawiającego jaką by podjął w sytuacji,

gdy jedyną ważną pozostałaby oferta odwołującego. W tym stanie rzeczy odwołujący potencjalnie może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakłada z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Izba nie dopatryła się także zaistnienia przesłanki odrzucenia z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy. W ocenie Izby, co wynika wprost z treści odwołania, kwestionowane przez zamawiającego załączniki do odwołania zostały przez odwołującego dołączone jako dowody z dokumentów tj. odpisy z KRS. Zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. 2 ustawy dowody mogą być powoływane przez strony, aż do zamknięcia rozprawy. Tym samym fakt nie przedłożenia ich w odpisie dla strony przeciwnej w odwołaniu nie wywołuje żadnych negatywnych skutków dla odwołującego, gdyż przedstawienie tych dokumentów może także nastąpić na rozprawie. Ustawa nie zna instytucji prekluzji dowodowej i nie wywodzi negatywnych skutków prawnych z faktu niedoręczenia dowodów w odwołaniu. Zamawiający nie przeczył, że kopia samej treści odwołania została mu doręczona. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatryła się podstaw odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy. Zamawiający nie kwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący zmierza odwołaniem do przywrócenia jego oferty do postępowania, a jednocześnie do wyeliminowania pozostałych wykonawców. W tej sytuacji, gdyby odwołanie zostało uwzględnione, miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Tym samym Izba uznała, że przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, mimo że spełnia ona wszelkie wymogi SIWZ

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o obowiązku odrzucenia przez zamawiającego oferty w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie nadaje się do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Aby zamawiający mógł zastosować treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy najpierw musi ustalić treść siwz, a następnie ocenić czy treść badanej oferty jest zgodna, czy też odpowiada ustalonej treści siwz. Zamawiający twierdził na rozprawie, że z wiersza 5 tabeli 1 załącznika nr 1 do siwz zd. 1 w związku z odpowiedzią na pytanie 17 z dnia 22 lipca 2014r. należało wywieść, że wykonawca ma obowiązek załączyć do oferty dokumentację techniczną narzędzia umożliwiającego wykonywanie kopii zapasowych (backup) danych ze środowiska wirtualnego VMware. Izba stwierdza natomiast, że wyjaśnienia treści siwz zawarte tak w odpowiedzi na pytanie 17 jak i 23 nie odnosiły się do zakresu dokumentacji technicznej jaka miała być przez wykonawców składania. Z treści pkt. 6.6.1 siwz wynika, że wykonawca miał obowiązek przedłożyć dokumentację oferowanego urządzenia, zaś załącznik nr 1 do siwz zawierał tabelę określającą specyfikację techniczną wymaganych

przez zamawiającego podstawowych parametrów urządzenia do backupu. Dalszy wymóg wynikający z załącznika nr 1 wskazuje, że wykonawca musi dostarczyć dwa urządzenia o parametrach co najmniej takich jakie zostały opisane w tabeli. Zatem postanowienia siwz i załącznika nr 1 do siwz wyraźnie odnoszą się do urządzenia do przechowywania danych, a nie do wszelkiego rodzaju dodatkowych narzędzi jakie powinny być przez wykonawcę dostarczone w celu prawidłowego wdrożenia. Dobitnie w ocenie Izby świadczy o tym właśnie pkt. 2 załącznika nr 1 do siwz, który mówi o parametrach dwóch urządzeń. Zamawiający na rozprawie potwierdził, że jego wątpliwości nie budziło oświadczenie tak w wierszu 5 tabeli nr 2 załącznika nr 9 do siwz w ofercie odwołującego, a podstawą odrzucenia oferty był brak dokumentacji technicznej potwierdzającej to „TAK” na wymóg możliwości wykonywania kopii zapasowych (backup) danych ze środowiska wirtualnego VMware. Skoro jednak zamawiający wymagał dokumentacji technicznej na potwierdzenie parametrów technicznych parametrów technicznych wskazanych w wypełnionej Tabeli nr 2 na druku stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ „Formularz oferty”, a te parametry były parametrami technicznymi dwóch urządzeń które miały być dostarczone. To w świetle istniejącej siwz odwołujący miał prawo wyłożyć jej treść w taki sposób, że zamawiającego interesuje jedynie dokumentacja techniczna urządzenia oferowanego w jego przypadku Data Domain 2500, a nie narzędzi jakie zamierza dostarczyć wraz z nią.

Natomiast pytanie 17 i 23 dotyczyły etapu wdrożenia, a nie ofertowania – pierwsze dotyczyło aplikacji, którą zamawiający planuje backupować zasoby VMware i na to pytanie zamawiający odpowiedział, że mają być dostarczone narzędzia do backupu wraz z urządzeniami (a więc nie na etapie ofertowania, ale dostawy) i analogicznie pytanie 23 dotyczy przyszłości „czy kopia zapasowa środowiska wirtualnego będzie się odbywać (...) i na tom pytanie zamawiający odpowiedział, że kopia nie będzie się odbywać, a więc ponownie na etapie dostawy i wdrożenia za pomocą TSM. Zamawiający odesłał do odpowiedzi na pytanie 17, czyli obowiązku dostawy urządzenia wraz z narzędziami do backupu. W żaden jednak sposób z odpowiedzi na powyższe pytania nie wynika, że zamawiający rozszerzył obowiązek dowodzenia dokumentacją techniczną spełniania wymagań zamawiającego na parametry narzędzi do backupu. Nawet jeśli taka była intencja zamawiającego to nie wynika ona z literalnego brzmienia siwz, a udzielone wyjaśnienia także tej intencji nie wyrażają. Tym samym rację należy przyznać odwołującemu, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niedokładności popełnionych przez zamawiającego przy opisie swoich wymagań. Z tego względu Izba uznała, że zamawiający nieprawidłowo ustalił treść siwz i w konsekwencji nie prawidłowo ocenił treść oferty odwołującego, co do jej zgodności z treścią siwz, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1. pkt 2) ustawy przez brak uzasadnienia na czym polega niespełnienie przez odwołującego wymagania określonego w punkcie 5 Tabeli nr 2 w „Formularzu ofert” i jedynie ogólne i lakoniczne stwierdzenie że złożony przez odwołującego dokument „(...) nie potwierdza spełniania (...) wymagania określonego przez zamawiającego (..

W ocenie Izby zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym informacji o odrzuceniu oferty odwołującego nie podał rzeczywistej przyczyny odrzucenia. Wskazał jedynie na niezgodność oferty z treścią siwz polegającą na tym, że dokumentacja techniczna nie potwierdziła spełniania wymagania określonego w pkt 5 tabeli nr 2 w formularzu oferty tj. backup danych środowiska wirtualnego: urządzenia muszą umożliwiać wykonywanie kopii zapasowych (backup) danych ze środowiska wirtualnego VMware. Musi być możliwość przechowywania 30 kopii zapasowych danych, które w surowej (niezdeduplikowanej postaci) zajmują 30TB w środowisku zwirtualizowanym. Takie sformułowanie nie wskazywało jednak, że zamawiający nie kwestionuje wykazania zdolności do przechowywania wymaganej ilości kopii o określonej pojemności danych, ani że nie kwestionuje zaoferowania urządzenia umożliwiającego wykonywanie kopii zapasowych. Zamawiający nie podał, że faktyczną przyczyną odrzucenia był brak załączenia do oferty dokumentacji technicznej narzędzia umożliwiającego wykonywanie kopii zapasowych. Art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu podanie podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia. Zamawiający podał podstawę prawną odrzucenia, ale nie opisał w sposób jednoznaczny podstawy faktycznej odrzucenia, czym naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Secover Sp. z o.o. oraz Helica Sp. z o.o.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał na czym polega naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Secover i Helica. Odwołujący formułował uzasadnienie faktyczne dla tych zaniechań oparte o nieprawidłowe zweryfikowanie przez zamawiającego spełniania warunku wiedzy i doświadczenia odwołujący podnosił bowiem że Helica i Secover:

- w części wykazywanego doświadczenia nie potwierdzili poświadczeniami, czy referencjami wartości urządzeń do przechowywania danych przekraczającej 200 000zł.,
- w części nie wykazali należytego wykonania zamówienia, gdyż oświadczenia i poświadczenia nie zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji wystawców

tych dokumentów, z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, ani nie złożyli stosownych pełnomocnictw,

- w części z przedłożonych dowodów należytego wykonania zamówienia nie wynika pozytywna ocena nabytego doświadczenia,

- w części oświadczenie o należyтым wykonaniu zamówienia pochodzi od podmiotu udostępniającego zasoby, a nie od wykonawcy.

Wszystkie te zarzuty faktyczne nie mieszczą się powołanej przez odwołującego postawie prawnej tj. w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, który nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawców, wtedy, gdy oferta ta w swojej treści nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tej niezgodności nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Stan faktyczny powołany przez odwołującego popada w rzeczywistości pod normę prawną art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy tj. przepis nakazujący zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Naruszenia zaś tej normy prawnej odwołujący nie zarzucał. Jednak nawet gdyby przyjąć, że odwołujący omyłkowo błędnie zakwalifikował stan faktyczny pod normę prawną i w rzeczywistości zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawców Secover i Helica, to również i tak postawiony zarzut nie zasługiwałby na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zamawiający w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia postawił wymóg, aby wykazać się co najmniej dwoma zamówieniami o dowolnej wartości, ale takimi, w których dostarczono i wdrożono urządzenie do przechowywania danych posiadające funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem o wartości co najmniej 200 000zł. brutto. Izba nie wywiodła z odpowiedzi na pytanie 16 z dnia 22 lipca 2014r. właśnie takiego wniosku. Przede wszystkim pkt. 5.1.2. siwz posługiwał się zdaniem złożonym pierwsze zdanie brzmiało (...) w tym okresie co najmniej dwa zamówienia o wartości co najmniej 200 000, 00zł. brutto każde i w to zdanie przez oddzielenie przecinkami wtrącono zdanie „w tym każde (w domyśle zamówienie) polegające na dostawie i wdrożeniu urządzenia do przechowywania danych posiadających funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem. Zatem z pierwotnego brzmienia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wynikało w ocenie Izby jednoznacznie i bez jakichkolwiek wątpliwości, że zamawiający nie oczekuje wykazania się przez wykonawców wartością dostarczanych i wdrażanych urządzeń, ale wartością zamówień. Odpowiedzi na pytanie 16 natomiast w ocenie Izby nie można rozpatrywać w oderwaniu od zadanego pytania, otóż pytanie to nie dotyczyło wątpliwości wykonawcy związanych z tym do czego należy odnosić wartość 200 000zł., ale do konstrukcji zdania wtrąconego, które było niepoprawne gramatycznie i z jednej strony posługiwało się pojęciem w liczbie pojedynczej Dostawa i

wdrożenie urządzenia”, a z drugiej liczbą mnogą „posiadających funkcjonalność”. Stąd też odpowiedź zamawiającego należy analizować przez pryzmat zadanego pytania i zamawiający wyjaśnił, że chodzi tu o pojedyncze urządzenie - „(...) Wykonawca- musi wykazać wykonanie (lub wykonywanie) dwóch zamówień, przy czym każde Zamówienie musi polegać na dostawie i wdrożeniu jednego urządzenia, o wartości co najmniej 200.000,00 .zł brutto, do przechowywania danych. Takie urządzenie powinno posiadać funkcjonalność deduplikacji ze zmiennym blokiem.” Zamawiający jednak w żaden sposób nie dokował zmiany postawionego przez siebie warunku i nie zmienił wymagania dotyczącego wartości zamówienia. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił pozycję poz. 1, 2 i 3 wykazu uzupełnionego przez Secover. Wszystkie pozycje wykazu potwierdzały wykonanie zamówienia o wartości powyżej 200 000zł., co więcej, dla poz. 2 i 3 dodatkowym dowodem są także poświadczenia Steinpol Central Services i Zelmer, z których wynika, że wartość zamówień przekraczała kwotę 200 000zł. brutto. Nadto Izba w całej rozciągłości podziela stanowisko zamawiającego i przywołane przez niego orzecznictwo Izby przyjmuje za własne, że poświadczenia czy oświadczenia nie mają na celu potwierdzania, ani dowodzenia spełniania poszczególnych wymagań zamawiający zawartych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale wyłącznie dowiedzeniu należytego wykonania dostaw lub usług. W tym przypadku clara non sunt interpretanda, gdyż par 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 2013r. poz. 231) stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Czyli jedynymi dowodami, o których mowa w tym przepisie są dowody należytego wykonania. Natomiast par. 1 ust. 2 stanowi, że dowodami, o których mowa w ust. 1 3, są:

- 1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;
- 2) w przypadku zamówień na roboty budowlane - inne dokumenty - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1;

3) w przypadku zamówień na dostawy lub usługi - oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1.

Stąd z literalnego brzmienia powyższych przepisów wynika niezbicie, że poświadczenia, inne dokumenty lub oświadczenie wykonawcy mają służyć wyłącznie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Oczekiwanie zatem przez odwołującego, że będą dowodami także na inne okoliczności nie znajduje usprawiedliwienia w przepisach obowiązującego prawa.

Analogicznie sytuacja ma się w przypadku wykonawcy Helica. W obu pozycjach wykazu wykonawca ten wskazał wartość zamówień powyżej 200 000zł., co wypełniało wymaganie zamawiającego. Nadto nadmiarowo wartość tę potwierdzały oba złożone przez Helica poświadczenia tj. protokół odbiorczy i poświadczenie UKNF, a dodatkowo dla poz. 1 także przedstawiona umowa.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowej weryfikacji złożonych poświadczeń i oświadczeń i brak ustalenia, że dokumenty te nie zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji wystawców tych dokumentów, z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, ani nie złożyli stosownych pełnomocnictw, to w ocenie Izby ten zarzut nie może się ostać. Przede wszystkim Izba nie podziela stanowiska, że poświadczenie jest oświadczeniem woli podmiotu je wystawiającego. Oświadczenia Red Ocean, Steinpol Central Services, Zelmer, UKNF, czy protokół odbioru MSW potwierdzały jedynie fakt spełnienia uzgodnionego świadczenia przez wykonawców odpowiednio S4E, Storio, Fujitsu i Helica. W ocenie Izby takie oświadczenie na gruncie Kodeksu cywilnego powinno być kwalifikowane jako pokwitowanie – czyli potwierdzenie wykonania zobowiązania. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 grudnia 2007 r. (II PK 95/07, nie publ.) pokwitowanie należy do oświadczeń wiedzy, mających charakter potwierdzenia faktów. Nie wpływa na ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego. Jego funkcją jest ułatwienie dłużnikowi udowodnienia, że spełnił świadczenie. Pokwitowanie może być jednak zakwestionowane, ponieważ stan w nim stwierdzony jako fakt podlega ocenie w kategoriach prawdy lub fałszu. (tak też wyrok SN z dnia 2 lipca 2009r.sygn. akt V CSK 4/09).

Skoro pokwitowanie nie wpływa na treść umowy, to również jego podważenie nie zmienia kształtu istniejącego stosunku prawnego. Pokwitowanie nie wymaga zatem zachowania innej formy niż pisemna i nie podlega weryfikacji według zasad wynikających z art. 65 kc. Zgodnie z art. 462 kc w związku z art. 466 kc z pokwitowania wynika domniemanie wykonania zobowiązania. Zatem osoba, która się nim posługuje korzysta z domniemania, że zobowiązanie wykonała. Również cytowane wyżej rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów określa poświadczenia, inne dokumenty jako dowody na okoliczność, że dana osoba podpisała oświadczenie określonej treści. Tym samym w ocenie Izby, jeśli z

poświadczenia czy innego dokumentu wykona wystawca dokumentu, oznaczone jest zobowiązanie, którego wykonanie poświadcza i oznaczony jest podmiot, dla którego wystawione jest poświadczenie, to już z tych faktów można wywodzić, że zobowiązanie zostało wykonane. Skoro zaś do obowiązków dłużnika, zgodnie z art. 355 kc należy należyta staranność, ewentualnie staranność profesjonalisty, jeśli dokonuje czynności w ramach prowadzonej przez siebie działalności zawodowej, to w ocenie Izby z faktu wystawienia poświadczenia czy innego dokumentu można wywieść, że dane zobowiązanie zostało wykonane z należyłą starannością (skoro do wykonania zobowiązania w ogóle potrzebna jest właśnie należyta staranność). Skoro jak wywiedziono powyżej poświadczenie, czy inny dokument jest oświadczeniem wiedzy, co do tego, że dany fakt (wykonanie zobowiązania) miał miejsce, to w ocenie Izby wystawić je może każdy, kto zna taki fakt. Izba nie podziela obaw odwołującego, że prowadzić to będzie do swobody w wystawianiu poświadczeń, albowiem wystawca poświadczenia musi mieć świadomość, że jego oświadczenie wiedzy w każdym czasie podlega weryfikacji pod kątem prawdy lub fałszu. Odwołujący natomiast nie obalił domniemania wykonania zamówienia tkwiącego w poświadczeniach i protokole odbioru, ani nie kwestionował ich prawdziwości, jak również nie wykazał, że osoba, która podpisywała poświadczenie, czy protokół odbioru nie miała wiedzy o faktach, które potwierdzała. W ocenie Izby zamawiający ma prawo, a nawet obowiązek żądania wyjaśnień do złożonych dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, jednak w ocenie Izby złożone przez wykonawców Secover i Helica dokumenty nie budziły wątpliwości. O tym, że protokół odbioru stanowi pokwitowanie spełnienia świadczenia wypowiedział się także Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 24 lutego 2005 r., I ACa 1533/04, LEX nr 151734. Co do poświadczenia Red Ocean dla S4E, to Izba stwierdza, że zakaz samodzielnego działania członka zarządu dla wartości powyżej 100 000zł. dotyczy składania oświadczeń woli w zakresie czynności prawnej powodującej zaciągnięcie zobowiązania powyżej tej kwoty, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie, gdzie poświadczenie miało charakter oświadczenia wiedzy i w tym zakresie nie podlegało ograniczeniom wartościowym. Co do poświadczeń Steinpol Central Services i Zelmer, to wprawdzie nie pochodziły one od osób ujawnionych w KRS tych spółek, ale w ocenie Izby dla wystawienia oświadczenia wiedzy potrzebna jest wiedza o faktach, które zawarte są w oświadczeniu, a nie uprawnienie do reprezentowania danego podmiotu. Same fakty zaś przez odwołującego zakwestionowane nie zostały. Co do poświadczenia wystawionego przez UNKF, to odwołujący nie kwestionował upoważnienia osoby, to poświadczenie wystawiającej. Co do protokołu odbioru MSW również odwołujący nie kwestionował upoważnienia osoby je wystawiającej.

Co do stanowiska odwołującego, że zamawiający dopuścił się zaniechania weryfikacji przedłożonych dowodów należytego wykonania zamówienia w takim zakresie, w jakim nie

wynika pozytywna ocena nabytego doświadczenia, to stanowisko również nie zasługuje na uwzględnienie. Jak Izba wskazywała już wyżej fakt wystawienia protokołu odbioru – uznawanego w orzecznictwie sądów powszechnych za pokwitowanie wyniku wykonania zamówienia, a skoro (dłużnik) wykonawca jest zobowiązany wykonywać zamówienie z należytą starannością, to jeśli uzyskał pokwitowanie, to należy domniemywać, że tak właśnie swoje zobowiązanie wykonał. Co więcej w protokole odbioru w ocenie Izby wprost wyrażona jest ocena prawidłowości wykonania – wskazano, że wykonanie oceniono pozytywnie. Rację ma także zamawiający dowodząc dodatkowo, że fakt podpisania protokołu odbioru bez zastrzeżeń zgodnie z zawartą pomiędzy MSW i Helica umową świadczy o tym, że wykonano zamówienie z należytą starannością. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatryła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na błędną subsumpcję stanu faktycznego pod przepis normy prawnej, ani także naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy dokonując własnej subsumpcji podanego przez odwołującego stanu faktycznego pod przepis normy prawnej.

W zakresie zarzutu zaniechania zamawiającego polegającego na oparciu należytego wykonania zamówienia oświadczeniu podmiotu udostępniającego zasoby zamiast wykonawcy, to Izba uznała, że zarzut ten jest niezasadny. Zamawiający zakwestionował w całości pierwotny wykaz wykonawcy Secover stwierdzając, że za pomocą złożonego oświadczenia przez S4E nie można było wywieść należytego wykonania poz.1 i 2 pierwotnego wykazu, gdyż wykonawca nie udowodnił, że z przyczyn obiektywnych nie mógł przedłożyć poświadczenia. Nie jest to wprawdzie okoliczność zarzucana przez odwołującego, nie mniej jednak zamawiający nie oparł swojej oceny zdolności wykonawcy Secover do wykonania zamówienia na pierwotnym wykazie i załączonych do niego oświadczenia, a skoro tak, to zarzut dotyczący nieprawidłowości złożonego oświadczenia nie mógł być podstawą stwierdzenia nieprawidłowości w działaniu zamawiającego.

Jedynym zarzutem wpisującym się w normę prawną art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy była zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Secover z powodu nie wykazania spełnienia wymagań przedmiotowych potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego. Zarzut ten dotyczył oświadczenia M. K. przedstawiciela Quantum Corporations, który posługiwał się pieczęcią firmową Quantum GmbH w Szwajcarii i składał oświadczenie w imieniu Quantum z siedzibą we Francji. W ocenie Izby jednak nie powoduje to niezgodności treści oferty z treścią siwz, albowiem w pkt. 6.6.1 siwz zamawiający odstąpił od wymogu poświadczania autentyczności dokumentacji technicznej. Z tego względu wykonawcy nie mieli obowiązku składać dokumentacji opatrzonej podpisem z czego w części skorzystali, zaś z faktu opatrzenia podpisem nie mogą być wywodzone dla wykonawcy negatywne konsekwencje, skoro zamawiający nie wymagał autentyczności tej

dokumentacji. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przy dokonywaniu oceny oferty wykonawcy Secover.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy przez bezprawne naruszenie zasady niedopuszczalności wprowadzania przez wykonawcę zmian w treści złożonej oferty w trybie wyjaśnienia jej treści na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust.4 ustawy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 26 ust. 3 ustawy stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Ponadto z par. 1 ust. 2 pkt 3 cyt. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wynika, że wykaz wykonanych dostaw i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia są składane łącznie i nie możliwe jest złożenie jednego z nich bez drugiego. Pomiedzy odwołującym i zamawiającym było niesporne, że oświadczenie S4E załączone do pierwotnego wykazu było wadliwe, choć obie strony upatrywały tych wadliwości w innym miejscu. Jednak skoro ustawodawca posłużył się pojęciem „wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, (...) oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie”, to ma rację zamawiający, że skoro jeden z dokumentów okazał się wadliwy, to również drugiego nie można była uznać za poprawny, bo brakowało jego dopełnienia w postaci dowodu należytego wykonania zamówienia. Tym samym oba dokumenty zawierały błędy. Bezsporne jest, że wykaz jak i dowody należytego wykonania zamówienia mieszają się w kategorii dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy, a zatem również w dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy zezwalającego na ich uzupełnienie. Tym samym w ocenie Izby zamawiający miał prawo wezwać wykonawcę Secover do uzupełnienia tych dokumentów. Nadto słuszna jest argumentacja zamawiającego, że skoro w sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie złożył do oferty dokumentów, wolno mu je złożyć wezwaniu, to w przypadku złożenia dokumentu błędnego nie może być w gorszej sytuacji. Zatem w ocenie Izby dopuszczalne było złożenie nowego

wykazu i nowych dowodów, oczywiście pod warunkiem, że poświadczają one zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia na dzień składania ofert. Odwołujący w tym zakresie jednak przedstawił jedynie swoje wątpliwości, co do tego, czy zobowiązanie Stopio nie jest antydatowane. Jednak wątpliwości odwołującego nie mogą być wystarczającą podstawą dla uznania jego racji w zakresie dopuszczalności złożenia nowego wykazu wraz z dowodami. Art. 87 ust. 1 ustawy natomiast nie miał zastosowania w niniejszej sprawie, skoro z jednej strony jak słusznie zauważył odwołujący dotyczy oferty sensu stricte czyli zakresu, rodzaju i sposobu zaciąganego zobowiązania, a nie oferty sensu largo, czyli dokumentów służących weryfikacji wiarygodności wykonawcy. Ponadto art. 26 ust. 3 ustawy należy traktować jako wyjątek od reguły niezmienności oferty dopuszczony przez ustawodawcę. Mając to na uwadze Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy w związku z art. 26 ust. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez błędne zastosowanie kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej oraz błędne zastosowanie kryterium do każdej z ofert złożonych w postępowaniu przez wszystkich wykonawców

Art. 91 ust. 1 ustawy stanowi o obowiązku zamawiającego dokonywania oceny zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w siwz. W przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena. Jednak zamawiający miał obowiązek poddać pod ocenę wedle kryteriów z siwz wszystkie oferty, które nie podlegały odrzuceniu w trybie art. 24 ust. 4 ustawy i art. 89 ust. 1 ustawy. W przedmiotowym postępowaniu taka sytuacja nie miała miejsca. Zamawiający wadliwie dokonując oceny oferty odwołującego i odrzucając ją w sposób nieprawidłowy ustalił krąg wykonawców, których będzie oceniał nałożonymi przez siebie kryteriami oceny ofert. W tym stanie rzeczy należało uznać, że zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców — w szczególności z racji na wybiórczą ocenę wyjaśnień składanych przez poszczególnych wykonawców,- w tym nierówne traktowanie oświadczeń wykonawców w zakresie informacji określonych w punkcie 5 Tabeli nr 2 w „Formularzu ofert”

Zarzut nie potwierdził się w zakresie wskazanej podstawy faktycznej. W ocenie Izby brak jest dowodu na to, że zamawiający wybiórczo oceniał wyjaśnienia wykonawców i nierówno potraktował wyjaśnienia złożone przez odwołującego. Zamawiający natomiast przez niejednoznaczne formułowanie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do zakresu jaki powinna obejmować dokumentacja techniczna (tj. także dla narzędzi do

backupu oferowanych wraz z urządzeniami do przechowywania danych), doprowadził do sytuacji, w której nierówno ocenił ofertę odwołującego względem pozostałych ofert tj. przez przyzmat wymagania, którego wprost nie zawarł w treści siwz. W tym stanie rzeczy zamawiający w ocenie Izby naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie dopatrzyła się w treści uzasadnienia odwołania przywołania naruszenia innych przepisów ustawy niż wyżej wskazane. Odwołujący mimo zobowiązania go przez Izbę na rozprawie do wskazania tych zarzutów w uzasadnieniu odwołania, także tego nie uczynił. W tej sytuacji zarzut należało uznać za postawiony jedynie z ostrożności procesowej i niedookreślony tak w podstawie faktycznej jak i prawnej. Z tego względu nie zasługiwał on na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy, uznając, że zmiana kręgu wykonawców, których oferty zostają poddane ocenie w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania i nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący: