

Sygn. akt: KIO 2584/11

**WYROK**  
**z dnia 19 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **MCX Systems Sp. z o.o., Ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **CONSORTIA Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża MCX Systems Sp. z o.o., Ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MCX Systems Sp. z o.o., Ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący: .....**

**UZASADNIENIE**

Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa zwane dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup systemu wideokonferencyjnego dla potrzeb Służby Celnej oraz dla potrzeb Urzędów Kontroli Skarbowej i Departamentu Ochrony Interesów Finansowych UE” - Nr postępowania: R/101/II/SC/B/718;C/398/II/SC/B/718.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 26/07/2011 pod numerem 2011/S141-234134

W dniu 25 listopada 2011 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Consortia sp. z o.o.

Od takiej decyzji Zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca MCX Systems Sp. z o.o. ul. Gotarda 9, 02-683 Warszawa, zwany dalej „Odwołującym”. Odwołanie wniósł od jedno zdaniem niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty wykonawcy Consortia Sp. z o.o. z siedzibą ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa (zwana dalej „Consortia”), jako najkorzystniejszej,
- b) zaniechania odrzucenia oferty Consortia,
- c) zaniechania wykluczenia Consortia z postępowania,
- d) zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił:

- a) naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty Consortia jako najkorzystniejszej,
- b) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia
- c) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zarzucając powyższe wniósł o wnoszący o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu :

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty Consortia jako najkorzystniejszej,
- b) wykluczenia wykonawcy Consortia z postępowania,
- c) odrzucenia oferty Consortia jako nieodpowiadającej treści SIWZ,

d) dokonania powtórnej oceny ofert oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (oferty Odwołującego).

Odwołujący dokonał pogrupowania zarzutów wg. układu załącznika nr 5A do SIWZ, tym samym niektóre z zarzutów mimo iż zostały wymienione w innej grupie zarzutów dotyczą takiego samego zagadnienia.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie, chociaż złożenie swojego stanowiska w tej formie deklarował we wcześniejszym piśmie kierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej. Mimo tego iż art. 186 ust.1 ustawy pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku złożenia odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej, to jednak biorąc pod uwagę wynikającą z art. 9 ust. 1 ustawy pzp zasadę pisemności postępowania, złożenie odpowiedzi na odwołanie w takiej formie jest, ze względu na możliwość cofnięcia odwołania przez Odwołującego po zapoznaniu się z treścią stanowiska Zamawiającego jest zasadne.

Zamawiający prezentując swoje stanowisko na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania, jego zdaniem Odwołujący nie udowodnił, że oferta złożona przez spółkę Consortia jest niezgodna z treścią specyfikacji SIWZ. Ponadto wskazał iż o stwierdzeniu w niektórych przypadkach, że zaoferowane przez Zamawiającego urządzenia spełniają oczekiwania Zamawiającego, będzie on mógł się wypowiedzieć dopiero na etapie odbioru jakościowego, czyli po wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Consortia Sp. z o.o. ul. Jagiellońska 74, 03-301 Warszawa, który wskazał iż jest zainteresowany rozstrzygnięciem odwołania na korzyść Zamawiającego – wnoszącego o oddalenie odwołania, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a uwzględnienie odwołania pozbawiłoby go możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia.

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

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienia odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

**I. zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Consortia z postępowania z uwagi na złożenie w ofercie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.**

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści SIWZ - Rozdział XI, pkt 3.5) - wymagał złożenia przez wykonawcę w ofercie, opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego zawartych w załączniku A5 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, informacji dotyczących: typu, modelu, nazwy producenta, specyfikację parametrów i cech potwierdzających spełnienia wymagań określonych w Załączniku A5 do SIWZ. Wykonawca Consortia zaoferował w złożonej ofercie produkt o nazwie Huawei vPoint HD. Natomiast według wiedzy Odwołującego, producentem oprogramowania vPoint HD nie jest firma Huawei. Firma Huawei jest jedynie jednym z dystrybutorów tego oprogramowania, co oznacza, że treść oferty Consortia nie odpowiada wyżej opisanemu wymaganiu SIWZ. Wykonawca według Odwołującego nie podał nazwy rzeczywistego producenta oprogramowania, a tym samym Consortia złożyła nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Podana bowiem w ofercie nazwę firmy, która nie jest faktycznie producentem zaoferowanego oprogramowania.

Zamawiający, w odpowiedzi na ten zarzut wskazał, że pomimo starań nie dotarł do materiałów, które wskazywałyby na inne pochodzenie producenta sprzętu, ani innego producenta oprogramowania o nazwie Huawei vPoint HD. Tym samym nie stwierdził niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w tym zakresie.

Natomiast Przystępujący stwierdził, iż faktycznie oprogramowanie VCON vPoint. jest oprogramowaniem firmy VCON, ale on w ofercie zaproponował oprogramowanie o nazwie Huawei V-point HD, którego producentem jest firma Huawei. Oprogramowanie Huawei Point HD powstało przy współpracy inżynierów firmy Huawei w firmą VCON i stanowi własność firmy Huawei. Ponadto firma Huawei udziela licencji na użytkowanie tego oprogramowania.

Odnosząc się do tego zarzutu Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania zamawiający musi zbadać czy zostały spełnione łącznie dwie przesłanki: po pierwsze – stwierdzić fakt złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, że te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący iż treść oświadczenia zamieszczona na str 22 załączników do pisma procesowego potwierdza , że **nie istnieją**

dwa oprogramowania o zbieżnej nazwie z którego jedno jest produktem firmy VCON a drugie firmy Huawei. W oświadczeniu mowa jest tylko o oprogramowaniu o nazwie vPoint HD którego producentem jest izraelska firma VCON.

Tym samym zdaniem Izby powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

**Przechodząc do rozpatrzenia** pozostałych zarzutów podzielonych przez Odwołującego na trzy grupy, należy zdaniem Izby na wstępie wskazać, że postępowanie przed Izbą zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy pzp stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując się w tym zakresie na regulację art. 14 ustawy pzp dopuszczającą stosowanie w sprawach nieuregulowanych ustawą pzp przepisów kodeksu cywilnego, należy w oparciu o przepis art. 6 Kodeksu cywilnego stwierdzić, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Wskazany przepis kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne- *na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza.*

Rolą Izby w postępowaniu nie jest samodzielne dokonywanie ustaleń czy podniesione przez odwołującego zarzuty są zasadne, lecz dokonywanie oceny merytorycznej zasadności podniesionych zarzutów w oparciu o dowody wskazane przez stronę i uczestników postępowania. Izba przy orzekaniu nie czyni bowiem własnych ustaleń w sprawie. Kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej- wyrok SO w Warszawie sygn. akt V Ca 571/08. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08 iż w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego.

Wskazać należy iż Odwołujący, zarówno w odwołaniu jak również w piśmie procesowym z dnia 14 grudnia 2011 roku uzasadniając podniesione zarzuty , na potwierdzenie ich zasadność powołał się między innymi na, cyt. „ *grupa MCX system jako ekspert rynku wideokonferencyjnego..., biorąc pod uwagę nabytą wiedzę i doświadczenie... stwierdza, że*”, „*zgodnie z opisami produktu dostępnymi w aktualnych ulotkach, folderach ...*”, „*Odwołujący wskazuje, iż legitymuje się odpowiednią wiedzą w zakresie produktów oferowanych przez Huawei, ponieważ pracownicy Odwołującego brali udział w szkoleniu*

*produktowym prowadzonym przez jednego z oficjalnych dystrybutorów produktów Huawei w Polsce - SEQUENCE Sp. z o.o”*

Odwołujący składając pismo procesowe załączył do niego załączniki strony od 14 – 141, na które składają się przede wszystkim wydruki ze stron internetowych zawierające ulotki produktu, instrukcje obsługi, wydruki dokumentacji technicznej, wydruk korespondencji mailowej, oraz dwa oświadczenia będące dokumentami prywatnymi - jedno firmy VCC Systems a drugie Centrum Informacji Trójmiejskiej Akademickiej Sieci Komputerowej.

Powyższe materiały informacyjne, oprócz w/w oświadczeń są w większości w języku angielskim, niektóre tylko częściowo przetłumaczone na język polski bez wskazania kto tego tłumaczenia dokonał. W tym miejscu należy zdaniem Izby przywołać iż zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z 2010 roku) w toku postępowania odwoławczego Izba może uwzględniać jedynie dokumenty przedstawiane w języku polskim, a jeśli strona postępowania lub jego uczestnik powołuje się na dokument w języku obcym powinien w toku postępowania odwoławczego przedstawić jego tłumaczenie na język polski. Z zasady tłumaczenie winno być poświadczane przez tłumacza przysięgłego. Na pytanie Izby o przedstawienie tłumaczenia całości dokumentów przez tłumacza przysięgłego Odwołujący oświadczył, że takim tłumaczeniem nie dysponuje.

Tym samym z racji nie dokonania przetłumaczenia przez tłumacza przysięgłego, a także w przypadku niektórych załączników przetłumaczenia jedynie określonych wybranych przez Odwołującego w sposób dowolny tez oraz określonych tabel i rubryk, to nie mogą być one w żaden sposób miarodajną podstawą dla przyjęcia zasadności podnoszonych zarzutów co do oferty Przystępującego. Nawet jednak, gdyby załączone do pisma procesowego materiały informacyjne zostały w całości przetłumaczone na język polski to i tak nie mogłyby stanowić urzędowego potwierdzenia wywodzonych z nich twierdzeń.

Izba w tym składzie podpierając się stanowiskiem Izby zaprezentowanym między innymi w wyrokach KIO/UZP 12/10, KIO/UZP 1563/09 stwierdza, że wiadomości umieszczone w Internecie nie stanowią dostatecznej podstawy dla uzyskania przez Izbę wiedzy na temat określonych wyrobów czy też posiadanych przez nich cech czy parametrów technicznych, w stopniu umożliwiającym wydanie w oparciu o nie orzeczenia Izby.

W konsekwencji uznać należy, iż wskazane przez Odwołującego jako środek dowodowy, wydruki z tychże stron nie są właściwe dla wykazania nieprawdziwości twierdzeń Przystępującego. Zdaniem Izby, informacje zamieszczone w Internecie posiadają niską wartość dowodową, gdyż treści zawarte w Internecie nie mają charakteru wyczerpującego. Stanowią one określony materiał reklamowy służący zwykle przedstawieniu pewnych informacji w oznaczonym zakresie. Ich celem jest rozpowszechnienie wiedzy na określony temat, w taki sposób, żeby użytkownik Internetu, poszukując wiadomości w tym przedmiocie

powziął wiedzę o produkcie w takim zakresie aby zachęcić go do jego nabycia. Informacje ze stron internetowych nie mają cech dokumentu, a ponadto nie ma pewności co do ich aktualności jak również nie ma pewności kto i w jakim celu dokonał ich tam zamieszczenia.

Dokonując analizy załączonych do pisma Odwołującego materiałów informacyjnych, Izba stwierdza, że oprócz w/w dwóch oświadczeń, żaden z nich nie posiada podpisu osoby która go wytworzyła, a więc oświadczyła, że zawarta w nich treść stanowi dowód tego, że osoba która go podpisała złożyła oświadczenie zawarte w tej informacji.

Tym samym, zdaniem Izby, żaden z powyższych załączników nie spełnia cech dokumentu, który korzystałby z domniemania zgodności zawartej w nim treści z prawdą i tym samym nie może zostać uznany za dowód bezpośrednio wskazujący na zasadność podniesionych zarzutów.

Zgodnie z art. 245 kpc dokument prywatny korzysta z domniemania autentyczności oraz domniemania, że osoba która ten dokument podpisała, złożyła zawarte w nim oświadczenie. Jednakże dokumenty prywatne nie korzystają w odróżnieniu od dokumentów urzędowych z domniemania zgodności z prawdą oświadczeń w nich zawartych.

Izba nie dezawuuje treści zamieszczonych w informacjach internetowych, jednakże wskazuje iż ich celem nie jest dowodzenie określonych faktów, ale przekazywanie określonych informacji bliżej nieokreślonego kręgowi jego użytkowników.

## **II. I grupa zarzutów, dotyczących wymogu aby rozwiązanie wideokonferencyjne pochodziły od tego samego producenta.**

Odwołujący przywołał że wg zapisu SIWZu - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w pkt. 3.2 Wymagania organizacyjno - funkcjonalne pkt. 1 Ogólne wymagania lit. a) - „rozwiązania wideokonferencyjne muszą być jednorodne dla Służby Celnej i Urzędów Kontroli Skarbowej tzn. pochodzić od tego samego producenta."

Podniósł, że wykonawca Consortia zaoferował Zamawiającemu rozwiązanie w skład, którego wchodzi produkty co najmniej dwóch różnych producentów, gdyż zestaw wideokonferencyjny typ A, warstwa centralna oraz zestaw wideokonferencyjny typ B, zestaw wideokonferencyjny dla użytkowników komputerów osobistych zaoferowanych Zamawiającemu nie pochodzą od tego samego producenta, zatem nie spełniają powołanego wyżej wymagania SIWZ, co winno skutkować odrzuceniem oferty Consortia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Jako dowód potwierdzający ten zarzut wskazał na załącznik nr 3 stanowiący wydruk z komunikacji mailowej.

Zamawiający podniósł, iż oczekiwał aby zaoferowany sprzęt oferowany zarówno dla Służby Celnej, jak i Urzędów Kontroli Skarbowej był jednorodny i z analizy oferty wynika, iż wykonawca CONSORTIA zaoferował wideo terminale typu A, B i C, które według jego oświadczenia są jednorodne, a więc pochodzą od jednego producenta.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego w tej kwestii i dodał, że nie można uznać za dowód w sprawie treści korespondencji mailowej wynikającej z załącznika nr 3, ponieważ należy wywieść z niej iż jest ona prowadzona z bliżej niezidentyfikowaną osobą. Wobec powyższego nie można stwierdzić czy osoba jest upoważniona do wypowiedzania się w imieniu firmy. Ponadto wydruk w tej formie nie ma przymiotu jakiegokolwiek dokumentu.

Izba opierając się na ustaleniach co do wartości dowodowej wyżej opisanych treści, zawartych w materiałach informacyjnych stwierdza, że Odwołujący nie udowodnił zasadności podniesionego zarzutu.

**III. II grupa zarzutów** W tej grupie zarzutów w pkt.1 Odwołujący podniósł, że zaoferowany przez Consortia w/w model wideo terminala: nie spełnia wymagania lit. h) Załącznika A-5 do SIWZ, albowiem obsługuje tylko pasmo połączeń w zakresie od 64kbit/s do 4Mbit/s, a wymagane było przez Zamawiającego pasmo połączeń w zakresie od 128 kbit/s do 6Mbit/s, a także nie spełnia wymagania lit. n) Załącznika A-5 do SIWZ, albowiem zaoferowany model nie wspiera żadnego protokołu komunikacji umożliwiającego zestawianie połączeń wideokonferencyjnych z sieci prywatnych, gdzie jedynymi portami otwartymi do komunikacji z siecią Internet na zaporze sieciowej są porty TCP 80 oraz 443. Jako dowód przywołał załączniki ze stron 34-37 oraz 70-75 i. 82-83.

Zamawiający odpowiadając na zarzut podniósł, że w swoich ustaleniach nie może bazować na katalogach i folderach załączonych przez Odwołującego, opisujących dany produkt, lecz musi bazować na treści złożonej oferty i własnych ustaleniach. Wskazał, że wykonawca oświadczył iż zaoferowane przez niego elementy systemu spełniają wymagania wskazane przez zamawiającego w tabeli załącznika A 5.do SIWZ , a na podstawie dowodów wskazanych przez Odwołującego nie można zasadnie wywieść innego stanowiska . Ponadto podniósł także, że przywoływane jako dowód przez Odwołującego pisma ze str. 81-83 dotyczące administratora Guide, iż jest to informacja z 2010 r., więc na obecnym etapie postępowania jest już nieaktualna.

Przystępujący odnosząc się do wskazanych przez odwołującego dokumentów wskazanych na str. 32-37 wskazuje, że firma *SEQUENCE Sp. z o.o* nie jest oficjalnym dystrybutorem urządzeń firmy Huawei w zakresie rozwiązań wideokonferencji. Poza tym materiały zawarte na stronach wskazanych przez odwołującego są materiałami ze szkolenia prowadzonego przez firmę *SEQUENCE Sp. z o.o* , dlatego też nie mogą stanowić dowodu w przedmiotowej sprawie. Wskazał, iż pomimo, że zaoferował rozwiązanie, które posiada parametr do 4 Mbit/s (katalogowo) to jednak cała platforma obsługuje do 6 Mbit/s czyli spełnia wymagania zamawiającego. Natomiast odnośnie zarzutu nie zaoferowania protokołu komunikacji umożliwiającego zestawianie połączeń wideokonferencyjnych z sieci prywatnych stwierdził, że zaoferował urządzenie, które spełnia wymogi SIWZ.



Izba odnosząc się do wskazanych przez Odwołującego dowodów w postaci załączników do w/w pisma procesowego stwierdza, że na stronach 32 do 37 znajdują się materiały ze szkolenia przeprowadzonego przez firmę SEQUENCE, na str. 70 – 76 przedstawiono załączniki zatytułowane jako „aktualny katalog produktów videokonferencyjnych firmy Huawei”. Jednakże nie wiadomo z jakiego okresu pochodzi załączony materiał. Na str 81-83 załączono wydruk z dokumentacji technicznej terminali firmy Huawei z października 2010 roku.

Zdaniem Izby żaden z załączonych folderów nie dowodzi zaistnienia faktów które podnosi Odwołujący w zarzutach, tym samym ta grupa zarzutów nie może zostać uwzględniona.

**Odnosnie kolejnych zarzutów z II grupy**, Izba uznaje za celowe, łączne odniesienie się do zarzutów dotyczących braku spełnienia przez wykonawcę Consortia sp. z o.o. wymogu treści SIWZ - Rozdział XI, pkt 3.5) – gdzie Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę w ofercie opisu przedmiotu zamówienia z podaniem informacji dotyczących typu, modelu, nazwy producenta, specyfikacji parametrów i cech potwierdzających spełnienia wymagań określonych w Załączniku A 5 do SIWZ.

Odwołujący podniósł, iż wybrany wykonawca nie spełnił wymagania Rozdziału XI, pkt 3.5, albowiem nie podał w ofercie wymaganych przez Zamawiającego danych dotyczących podania roku produkcji, typu i modelu sprzętu. Brak podania przedmiotowych danych powodował, jego zdaniem niezgodność tej oferty z treścią SIWZ, a przede wszystkim uniemożliwiał Zamawiającemu, jak również Odwołującemu, weryfikację spełnienia przez zaoferowany komputer wymaganych w SIWZ funkcjonalności. Zarzut w tym zakresie wynika z punktu 2 litera A , a także częściowo z zarzutów wyminionych w pkt.4 lit.A i B. Ponadto w uzasadnieniu tych zarzutów Odwołujący dodał, że zgodnie z linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej uzupełnienie tych danych na dalszym etapie postępowania jest niedopuszczalne, brak podania typu i modelu sprzętu powoduje niezgodność oferty z treścią SIWZ i oferta taka podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji. . Przywołał w tym zakresie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 934/11, KIO 1071/11, KIO 1885/11 i KIO 1292/11.

Ponadto podniósł, że stwierdzanie na rozprawie przez Zamawiającego iż wymóg podania tych danych dotyczył to tylko samego urządzenia zestawu wideo terminala jest bezzasadny. Odnosząc to do zapisu rozdziału XI pkt 3,5 SIWZ, stwierdził iż wykonawca te parametry winien był podać przy każdym urządzeniu. Zamawiający na obecnym etapie postępowania nie może oświadczać, iż podawanie tych danych przy każdym urządzeniu nie jest niezbędne, a wystarczało tylko podanie tych danych przy samym terminalu, gdyż takie wymaganie wynika z SIWZ i jego modyfikacja na obecnym etapie jest niedopuszczalna

Zamawiający odnosząc się do tych zarzutów stwierdził, że obie firmy tj. Odwołujący i Przystępujący w sposób niewłaściwy zinterpretowały zapisy SIWZ w tym zakresie gdyż

Zamawiającemu chodziło tylko o podanie parametrów modelu, nazwy, roku produkcji i specyfikacji parametrów tylko wideo terminala. Element dla Zamawiającego jest terminalem i tylko co do niego niezbędne było podanie tych parametrów. Natomiast brak było wymogu podawania szczegółowo danych w zakresie podzespołów wchodzących w skład terminala. Taki zapis, jego zdaniem, wynika wyraźnie ze str. 39 SIWZ załącznika 5A.

Przystępujący odnosząc się do tych zarzutów wskazał, że odnosząc się do załącznika A5 do SIWZ należy stwierdzić iż z układu tabeli wynika, że zarówno obowiązek podania producenta, modelu oraz roku produkcji dotyczy tylko samego wideo terminala, gdyż tylko w tych wierszach były wykropkowane miejsca na wpisanie tych danych.

Dla dokonania oceny tego zarzutu, Izba wskazuje, że pod tabelą załącznika nr 5A do SIWZ Zamawiający w opisie wymagał, *„wypełnienie tabeli powinno nastąpić poprzez wpisanie w każdym wierszu tabeli, w kolumnie ”Opis przedmiotu zamówienia oferowany przez wykonawcę”: opisu szczegółowego, odpowiednio z podaniem nazwy producenta, nazwy modelu, roku produkcji, opisu spełniania wymaganych funkcjonalności, zaś w przypadku parametrów technicznych, podanie konkretnych danych”*.

Powyższy opis zdaniem Izby nie jest jednoznaczny. Nie można uznać za zasadne twierdzenia Zamawiającego iż tak opisany wymóg dotyczył tylko wskazania wymienionych parametrów tylko odnośnie samego terminala, bez podawania już tych danych przy innych jego elementach. Natomiast z układu tabeli załącznika A-5 do SIWZ strona 39,40, 41 wynika, że tylko przy pozycji – wierszu tabeli dotyczącym wideo terminala, dokonano wykropkowania linii, a pod nimi w nawiasie wpisano *(producent, model, rok produkcji)*. Taki zapis wskazywałby na potrzebę wpisania tych danych tylko co do samego wideo terminala. Zdaniem Izby problem tkwi w niezbyt precyzyjnym opisie postawionego warunku tzn. kiedy wymagany parametr stanowi o rodzaju oferowanego sprzętu, a kiedy tylko o jego parametrach. W wskazanych w zarzutach wierszach tabeli załącznika np.w pkt. 2 lit.a) Zamawiający postawił wymóg *„komputer musi spełniać wymagania....”* Powstaje wątpliwość czy chodzi o opis produktu, a więc potrzeba wskazania dotyczącego *nazwy producenta, nazwy modelu, roku produkcji* czy chodzi tutaj o wskazanie parametrów technicznych, a więc bez potrzeby podawania w/w danych.

Wobec powyższego Izba opierając się na ugruntowanej linii orzeczniczej zarówno Izby jak i sądów okręgowych, podkreśla że jeżeli Zamawiający nie doprecyzował niektórych kwestii w SIWZ to wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji takiego opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym brak jest podstaw aby skutkami nieprecyzyjnego opisu sposobu opisu przedmiotu zamówienia obciążać wykonawców. Tym samym Izba stwierdza, że w opisanych okolicznościach powyższy zarzut nie może zostać uwzględniony.

**Odnosnie kolejnych zarzutów z II grupy**, wymienionych w pkt. 2 lit.B,C,D, w pkt.3 lit. A,B,C, i w pkt.4 lit. A,B,D,E,G Izba uznaje za zasadne połączenie tych zarzutów do łącznego

rozpoznania. Wynika to z faktu iż zgodnie z uzasadnieniem odwołania podanego przy każdym z tych zarzutów Odwołujący wskazał, że wskazane tam zarzuty dotyczące niezgodności zaoferowanych urządzeń o określonych parametrach wywodzi z „**opisu danego produktu dostępnego w aktualnych ulotkach, folderach i dokumentacji producenta**”, a tym samym z materiałów informacyjnych załączonych do jego pisma procesowego, którym według wyżej poczynionych wywodów i ustaleń Izba odmówiła przyznania mocy dowodowej, w oparciu o które byłoby możliwe oparcie orzeczenia Izby.

Niektóre materiały na które powołuje się Odwołujący, pochodzą z roku 2009 i 2010 roku, natomiast biorąc pod uwagę dynamiczność rynku usług i produktów IT nie można stwierdzić, czy mamy do czynienia z oświadczeniem tej firmy adekwatnym do sytuacji i aktualnych możliwości technicznych urządzenia oferowanego na dzień składania ofert.

Osobnego odniesienia się wymaga, zdaniem Izby załącznik ze strony 95 pisma procesowego Odwołującego, zatytułowany jako Oświadczenie wydane przez Centrum Informatyczne Trójmiejskiej Akademickiej Sieci Komputerowej (CI TASK), w oparciu o które Odwołujący wywodzi, iż przy parametrach zaoferowanego przez Przystępującego urządzenia, nie ma możliwości jednoczesnego wysyłania i odbierania wiadomości wideokonferencyjnych – prezentacji. Jak wynika z tego oświadczenia CI TASK twierdzi, że „*przewodził badania nad różnymi rozwiązaniami systemów wideokonferencyjnych i w związku z tym posiada wiedzę i doświadczenie w tej dziedzinie*”.

Odnosząc się do treści Oświadczenia zauważyć należy zauważyć iż zostaje wydane w imieniu CI TASK. Jednak ta instytucja w żaden sposób nie zostaje dookreślona, brak jest podania jakiegokolwiek adresu tej instytucji czy chociażby numeru telefonu umożliwiającego ewentualną weryfikację zawartych tam informacji. Ponadto z treści tego oświadczenia można domniemywać, że zostało ono wdane w odpowiedzi na zapytanie określonego podmiotu. Do tego Oświadczenia Odwołujący nie załączył treści zadanych pytań, a zdaniem Izby to treść zadanych pytań w zdecydowany sposób ma wpływ na treść odpowiedzi.

Przystępujący odnosząc się do treści wynikających z Oświadczenia wskazał, że argumentacja wskazana w nim odnosi się do oprogramowania firmy VCON vPoint HD, a więc takiego którego nie zaoferował on w ofercie, gdyż zaoferował oprogramowanie o podobnej nazwie ale firmy Huawei. Nadto wskazał iż zaoferowany standard H239 służy do współpracy z urządzeniami innych producentów do wideokonferencji i z zaoferowanym oprogramowaniem spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.

Tym samym, biorąc pod uwagę powyższe, Izba dała większą moc dowodową oświadczeniom Zamawiającego i Przystępującego o zgodności zaoferowanego sprzętu z SIWZ niż wyżej przywołanemu Oświadczeniu firmy CI TASK .

Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący nie przedstawił odnośnie powyższych zarzutów wystarczających dowodów w oparciu o które byłoby możliwe merytoryczne rozpoznanie zgłoszonych zarzutów i tym samym Izba powyższe zarzuty postanowiła oddalić.

**W zakresie zarzutu z drugiej grupy oznaczonego pkt 4 lit. C** dotyczącego zaoferowania przez wykonawcę Consortia obudowy na dyski twarde która nie spełnia wymagania w zakresie jej rozmiarów - „max 5U”, ponieważ obudowa posiada wysokość 6U, zatem jest o 1U większa od granicznego wymagania Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w konfiguracji którą zaoferowała Consortia wymagane jest dołożenie dodatkowej półki na dyski twarde, tak aby zapewnić wymagane 24 kieszenie. Zaoferowana przez Consortia macierz o symbolu VNX E 3300 daje możliwość podłączenia tylko 15 dysków, a dołożenie dodatkowej półki spowoduje że wysokość macierzy będzie wynosiła 6U, czyli będzie większa od określonej w SIWZ.

Izba wskazuje, że odnośnie tego zarzutu Odwołujący nie wskazał, że opiera go na dowodach w postaci materiałów informacyjnych typu ulotki czy foldery. Tym samym Izba rozpoznając go merytorycznie ustaliła, że zgodnie z ofertą zaproponował on macierz dyskowa o wysokości 3U, natomiast Odwołujący wywodził, że w takiej obudowie nie jest możliwe umiejscowienie 24 kieszeni na dyski twarde.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu podniósł, że wymagał aby rozmiar maksymalnie „5U” dotyczył tylko i wyłącznie wysokości samej macierzy. W skład tego wymogu nie wchodziły półki do macierzy dla zamontowania kieszeni na dyski twarde. Wysokość zaoferowanej przez CONSORTIA macierzy „6U” dotyczy wysokości macierzy wraz z półką, a sama macierz ma wysokość 3U.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznaje stanowisko Zamawiającego za zgodne z wymogiem SIWZ i uznaje powyższy zarzut za niezasadny.

**IV. Odnośnie zarzutów wskazanych w grupie trzeciej** Odwołujący podniósł, że Zamawiający w Rozdziale I, pkt 1 SIWZ, wymagał, aby system został dostarczony wraz ze wszystkimi funkcjonalnościami oraz niezbędnym oprogramowaniem wraz z dokumentami licencyjnymi/sublicencyjnymi niezbędnymi do użytkowania dostarczonego oprogramowania. Dodatkowo w rozdziale I wymagał dostarczenia, uruchomienia i skonfigurowania wymienionych elementów systemu do lokalizacji, w ilościach wskazanych w Załączniku D do SIWZ na który miała się składać warstwa centralna, w skład której wchodzi:

- 2 serwery komunikacyjne (mostki wideokonferencyjne) zapewniające pełną redundancję,
- 2 systemy nagrywania ,
- system zarządzania i nadzoru,
- system planowania sesji wideokonferencyjnych przez WWW,
- inne elementy/ niezbędne do osiągnięcia zamierzonej funkcjonalności Systemu.

Odwołujący zarzucił, że wykonawca Consortia w złożonej ofercie nie zaoferował i nie wskazał niezbędnych do działania systemu elementów. W ofercie tej brak było zdaniem Odwołującego następujących komponentów:

- systemu rejestracji i zarządzania terminalami typu B (oprogramowaniem vPoint HD)
- systemu zarządzania i nadzoru pozwalającego na zdalnym uaktualnianiu wersji oprogramowania na komputerach użytkowników oraz wideo terminalach oraz na udostępnianiu statystyk,
- systemu nagrywania i systemu streamingu.

Zarzucił ponadto, że wykonawca Consortia w tym zakresie zaproponował jako „warstwę centralną” mostek Huawei MCU8650-72, a według wiedzy Odwołującego w/w mostek Huawei nie posiada w/w funkcjonalności.

Odpowiadając na zarzut Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że wykonawca CONSORTIA zaoferował mostek Huawei o symbolu MCU8650-72. Natomiast Odwołujący w załącznikach do pisma procesowego wskazanych na str 76 przywołuje cechy mostka o symbolu Huawei VP8650-Full HD MCU. Według Zamawiającego oznaczenie 8650 sugeruje bazę mostka, natomiast elementy występujące po myślniku czyli 72 lub Full HD wskazują na inną funkcjonalność tego urządzenia, ponadto inny jest symbol mostka oferowanego przez Consortię od mostka na parametry którego powołuje się Odwołujący. Zdaniem zamawiającego może to wskazywać na całkiem dwa różne tego typu urządzenia, a tym samym różne funkcjonalności.

Przystępujący stwierdził, że zaoferowany system posiada 2 serwery komunikacyjne, serwer nagrywania i serwer streamingu oraz zintegrowany system zarządzania, tym spełnia wszystkie wymogi postawione w SIWZ. Odnosząc się do przywołanych przez Odwołującego jako dowód na potwierdzenie zarzutu dokumentów ze str. 117-119 wskazuje, iż jest to faktycznie dokumentacja z marca 2009 roku, a więc z przed 2 lat co przy obecnym postępie na rynku informatycznym w żaden sposób nie potwierdza, iż obecnie oferowane urządzenie ma takie same parametry co urządzenia sprzed 2 lat.

Dokonując oceny treści zarzutów i powyższych oświadczeń Zamawiającego i Przystępującego Izba stwierdza, że wskazane przez Odwołującego materiały mające stanowić dowód potwierdzający zasadność zarzutów, są dla Izby nie przekonujące i w świetle poczynionych wyżej uwag w tym zakresie, nie mogą być podstawą uwzględnienia zarzutu.

Zdaniem Izby, przypisanie jakichkolwiek właściwości, czy też parametrów określonemu urządzeniu jest możliwe jedynie na podstawie informacji producenta czy autoryzowanego dystrybutora dołączonych do wyrobu i pod warunkiem, że dokument ten jest przypisany konkretnemu egzemplarzowi.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że przedstawione w sprawie dowody są niewystarczające dla potwierdzenia zarzutu.

Odnosząc się do żądania Odwołującego odrzucenia oferty wykonawcy Consortia, Izba wskazuje, że Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba nie stwierdziła wykazywanych przez Odwołującego w ramach podnoszonych zarzutów w treści odwołania, aby oferta złożona przez Przystępującego była sprzeczna z SIWZ, a tym samym, aby ocena oferty i wybór oferty najkorzystniejszej były dokonane przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Bezspornym w sprawie jest również fakt, że przy uwzględnieniu stanowisk zaprezentowanych przez Zamawiającego i Przystępującego w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący nie przedstawił dowodu potwierdzającego złożenie przez wykonawcę Consortia sp. z o.o. nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że przedstawione przez Odwołującego w sprawie dowody są niewystarczające dla potwierdzenia stawianego przez Odwołującego zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego i popierającego go Przystępującego. Twierdzenia Odwołującego pozostają w sprzeczności z oświadczeniem Zamawiającego i Przystępującego. Dokonując oceny tych dowodów zgodnie z przepisem art. 190 ust. 7 ustawy pzp, Izba dała wiarę ich oświadczeniom. Odwołujący nie przedstawił żadnego pewnego dowodu, który mógłby zakwestionować stanowiska jego przeciwników.

Dodatkowo zdaniem Izby niezbędne jest odniesienie się do zarzutu Odwołującego podnoszonego dopiero na rozprawie iż Zamawiający w sposób niedopuszczalny przepisami ustawy pzp przesunął część etapu badania i oceny ofert dopiero na etap odbioru jakościowego tj. po wykonaniu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego takie ukształtowanie umożliwia wybranemu wykonawcy dokonywanie ewentualnych korekt złożonej oferty.

Faktem jest, że w trakcie rozprawy pełnomocnik Zamawiającego kilkakrotnie oświadczył, że *„Zamawiający odnośnie wskazanego zarzutu oświadcza iż na tym etapie postępowania nie jest w stanie stwierdzić czy zaoferowane urządzenia, jak i oprogramowania będą spełniały w pełni wymagane funkcje, ponieważ możliwe to będzie dopiero przy odbiorze jakościowym całego sprzętu, co wynika z załączonego do SIWZ wzoru umowy”*.

Odnosząc się do takich sformułowań Zamawiającego, należy zwrócić uwagę na fakt, że Zamawiający przyjął w tym postępowaniu- w pewnym zakresie, konwencję wykazania, że oferowane urządzenia odpowiadają wymogom opisanym w SIWZ na podstawie załącznika A5 do SIWZ, z etapu oceny i badania ofert na etap odbioru jakościowego. Świadczą o tym między innymi zapisy § 3 pkt. 12 i 13 gdzie Zamawiają ustala iż, cyt. z pkt.12 „ *wykonawca zobowiązuje się wycofać ten element systemu, który nie przeszedł pozytywnej powtórnej procedury odbioru jakościowego z dostawy i zastąpić go innym*”, pkt.13 „ *wykonawca dostarczy niezbędne oprogramowanie wraz z dokumentami licencyjnymi/ sublicencyjnymi do jego użytkowania*”. Wskazać należy, że w żadnym tym postanowieniu umowy jak również w postanowieniach je poprzedzających nie ma zastrzeżenia iż musi to być urządzenie zgodne z zaoferowanym w załączniku nr 5A do SIWZ.

Powyższy zarzut jest zarzutem do SIWZ i podnoszenie jego dopiero na etapie odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty jest zarzutem spóźnionym i niedopuszczalnym. Dlatego też nie może on być przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę.

Ponadto Izba stwierdza, że Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w przedmiotowym postępowaniu. Wystąpienia nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów, czy wyciągania różnych następstw z takich samych okoliczności, czego Izba nie stwierdziła.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy pzp

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

**Przewodniczący .....**

