

WYROK
z dnia 2 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Anna Chudzik

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o., 02 – 372 Warszawa, ul. Oraczewska 42/110** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo – Sieciowe, 61 – 704 Poznań, ul. Noskowskiego 12/14**, protestu z dnia 24.05.2010 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża TRADEX SYSTEMS sp. z o.o., 02 – 372 Warszawa, ul. Oraczewska 42/110 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o., 02 – 372 Warszawa, ul. Oraczewska 42/110**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **753 zł 02 gr** (słownie: siedemset pięćdziesiąt trzy złote dwa grosze) przez **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o., 02 – 372 Warszawa, ul. Oraczewska 42/110**, na rzecz **Instytutu Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo – Sieciowe, 61 – 704 Poznań, ul. Noskowskiego 12/14** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu oraz noclegu

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o., 02 – 372 Warszawa, ul. Oraczewska 42/110**

Uzasadnienie

Zamawiający, Instytut Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo - Sieciowe prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Roczną, sukcesywną sprzedaż wraz z dostarczeniem do lokalizacji wskazanych w załączniku nr 4 do projektu umowy, serwerów wraz z oprogramowaniem backupu, archiwizacji i HSM, infrastruktury SAN, macierzy dyskowych i bibliotek taśmowych, szaf teleinformatycznych z wyposażeniem oraz ich instalację, uruchomienie i instruktaż Nr postępowania: PN 3/01/2010-Platon_przetarg B.

Ogłoszenie ukazało się w Dzienniku Urzędowym WE: 2010/S 22-031093

W dniu 13 maja 2010 roku Zamawiający dokonał w prowadzonym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty firmy TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. jako powód odrzucenia podając że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP)

W dniu 24 maja 2010 roku (pismem z dnia 21 maja 2010 roku), w trybie art. 180 Ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. 2004 Nr 19 poz. 177 ze zmianami), TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniosło protest na czynności Zamawiającego polegające na: naruszeniu art. 89 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę i odrzucenie oferty Protestującego. Protestujący żądał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wnosił o powtórzną ocenę ofert oraz o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Protestujący wskazywał, iż Zamawiający pismem z dnia 13 maja 2010 roku (otrzymanym pocztą elektroniczną w tym samym dniu), poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części B powyższego postępowania oraz o odrzuceniu oferty Protestującego. Zamawiający zarzuca, że Protestujący dokonał zmiany treści oferty po otwarciu ofert, nie złożył dokumentacji technicznej oraz, że zaoferowany przez Protestującego sprzęt nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Protestujący stoi na stanowisku, że Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części B postępowania przetargowego. Podkreśla, że oferta Protestującego jest zgodna z wymaganiami SIWZ i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza według kryterium wyboru ofert.

Protestujący wyjaśniał, że treść złożonych wyjaśnień w żaden sposób nie zmienia treści jego oferty. Podana w szczegółowej specyfikacji oferowanych produktów (Załącznik nr 1 do oferty) wartość 865 slotów taśmowych dotyczy, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, konfiguracji rozbudowywanej i nie uwzględnia konfiguracji już posiadanej. Podkreśla, że treść załącznika nr 1 do oferty została sporządzona zgodnie ze wzorem formularza przygotowanym przez Zamawiającego i zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje.

Zdaniem Protestującego, w udzielonych wyjaśnieniach Protestujący podał pełną konfigurację dostarczanego rozwiązania oraz opisał sposób realizacji rozbudowy biblioteki taśmowej. Udzielone wyjaśnienia w sposób oczywisty potwierdzają pełną zgodność zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Protestujący ponadto wyjaśnia, iż w wyjaśnieniach z dnia 6 maja 2010 roku została sprostowana jedynie oczywista omyłka pisarska, na której powstanie niewątpliwie miał wpływ bardzo krótki termin wyznaczony przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Udzielone przez Protestującego wyjaśnienia, w żaden sposób nie wpływają na zmianę treści jego oferty.

Odnosząc się do zarzutu nie dostarczenia dokumentacji technicznej, Protestujący informował, że żądanie Zamawiającego odnosiło się do przedstawienia sposobu połączenia posiadanej przez Zamawiającego biblioteki taśmowej z modułami dostarczonymi w ramach rozbudowy. Protestujący, w udzielonych wyjaśnieniach przedstawił szczegółową specyfikację zaoferowanego rozwiązania, które nie miało być w żaden sposób podłączone do użytkowanej biblioteki taśmowej, a w konsekwencji niemożliwym było przedstawienie opisu sposobu połączenia oferowanych elementów rozbudowy z posiadaną biblioteką oraz schematu ich połączeń fizycznych i logicznych. Protestujący podkreśla, że otrzymane wezwanie do uzupełnienia dokumentacji technicznej było bezprawne i bezpodstawne. Zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 12 "Przygotowanie oferty" SIWZ, Wykonawcy zobowiązani byli wyłącznie do przedstawienia wypełnionego i podpisanego formularza ofertowego wraz ze specyfikacją oferowanych elementów i kalkulacją cenową, stanowiącą załącznik nr 1 do oferty. W żadnym miejscu SIWZ, Zamawiający nie zawarł wymagania dołączania do oferty jakiegokolwiek dokumentacji technicznej. Fakt ten, został również potwierdzony odpowiedzią Zamawiającego z dnia 2010.03.19 na pytanie nr 9.

Protestujący zaznaczył, że zaoferowane rozwiązanie XLS firmy QUALSTAR, w całości zastępujące posiadaną, nieprodukowaną już od kilku lat bibliotekę taśmową ADIC Scalar 10K, w sposób jednoznaczny spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Zamawiający odrzucając ofertę Protestującego nie wykazał niezgodności zaoferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ. Zamawiający dopuścił dostawę urządzeń równoważnych do opisanych w SIWZ, a zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie XLS firmy QUALSTAR spełnia wszelkie wymagania w zakresie produktu równoważnego. Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami, jednoznacznie wynika, że zaoferowane przez Protestującego nowoczesne

rozwiązanie XLS firmy QUALSTAR jest dla Zamawiającego korzystniejsze, m.in. z uwagi na możliwość rozbudowy do ponad 19 tysięcy slotów taśmowych lub więcej, zależnie od wymagań. Zgodnie z dokumentacją techniczną biblioteki ADIC Scalar 10K, posiadana przez Zamawiającego biblioteka taśmowa daje możliwość rozbudowy jedynie do 15331 slotów na taśmy dla konfiguracji dwusystemowej. Biblioteka XLS jest funkcjonalnie zgodna z posiadaną przez Zamawiającego, nie produkowaną już biblioteką Scalar 10K. Biblioteka XLS jako nowoczesne rozwiązanie pozwala Zamawiającemu na znaczną rozbudowę w oparciu o najnowsze technologie oraz daje gwarancję, że poczynione inwestycje nie zostaną utracone z powodu zaprzestania produkcji i rozwoju produktu. Nowoczesna biblioteka XLS pozwala Zamawiającemu na znaczne zaoszczędzenie powierzchni serwerowni zajmowanej przez bibliotekę taśmową. W związku z powyższym, oferowane rozwiązanie XLS daje Zamawiającemu większe możliwości rozbudowy w przyszłości przy jednoczesnej oszczędności zajmowanego miejsca.

Zaoferowane rozwiązanie może być objęte dowolnymi serwisami technicznymi, również w przyszłych latach.

Protestujący przypomina, że jedynym kryterium wyboru oferty w postępowaniu w zakresie części B jest cena, a oferta Protestującego jest ofertą najkorzystniejszą cenowo. W związku z tym, wybór oferty z wyższą ceną powoduje nieuzasadnione wydatkowanie dodatkowych środków publicznych, a w konsekwencji narusza postanowienia art. 17 Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 17 grudnia 2004 r. (Dz. U. 2005 Nr 14 poz. 114 wraz z późn. zm.). Nadmienia także, że zawarcie umowy z Wykonawcą wyłonionym w postępowaniu przetargowym z naruszeniem prawa, jest nieważne w trybie art. 146 ust. 1 ustawy pzp.

Odrzucenie oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ narusza art. 7 ust. 1 ustawy oraz godzi w interes prawny Protestującego poprzez ograniczenie jego możliwości uzyskania zamówienia.

W dniu 27 maja 2010 roku do postępowania protestacyjnego przyłączył się wykonawca Polcom Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego.

W dniu 2 czerwca 2010 roku Zamawiający rozstrzygnął złożony protest przez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazywał, iż w prowadzonym postępowaniu w Części B dotyczącej rozbudowy biblioteki taśmowej ADIC Scalar 10K o numerze seryjnym ADIC262101001, składającej się z modułów: 1x AM + 1x CM + 1x DM + 1x EM, o pojemności 2,5 TB i napędów taśmowych Protestujący Tradex Systems Sp. z o.o. zaoferował dostawę następujących elementów:

- a) nazwa i model producenta elementów rozbudowy (moduły rozszerzające): QUALSTAR XLS 8x LTO-3, 16x LTO-5, 856 slotów taśmowych (upgrade posiadanej biblioteki taśmowej ADIC),

- b) nazwa i model producenta elementów rozbudowy (napędy taśmowe): QUALSTAR XLS 8x LTO-3, 16x LTO-5, 856 slotów taśmowych (upgrade posiadanej biblioteki taśmowej ADIC),
- c) liczba fizycznie dostarczanych slotów taśmowych: 856 sztuk

Zamawiający podkreśla, że przedmiotem zamówienia była rozbudowa starej biblioteki, a zaoferowane komponenty nowej biblioteki Qualstar są niekompatybilne z rozbudowywaną biblioteką ADIC, dlatego w dniu 14 kwietnia 2010r. Zamawiający skorzystał z przysługującego mu prawa, wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, mówiącego, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

W odpowiedzi z dnia 19 kwietnia 2010 r. firma Tradex stwierdza, że: „zaoferowana [...] rozbudowa biblioteki ADIC [...] obejmuje wymianę posiadanej przez Zamawiającego biblioteki ADIC [...] i dostarczenie w jej miejsce [...] biblioteki Qualstar”. Zgodnie z ofertą liczba zaoferowanych slotów taśmowych wynosi 856 sztuk, co przy pojemności jednej taśmy wynoszącej 1,5 PB daje łącznie 1,284 PB. Jest więc to pojemność niewystarczająca do rozbudowy o 2.5 PB jak to zostało określone w SIWZ. Tym samym oferta Protestującego jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu.

Ponieważ jednak firma Tradex przedstawiła w wyjaśnieniu konfigurację biblioteki na łączną (inną niż w ofercie) liczbę $315+1075 = 1390$ slotów, to Zamawiający ponownie wezwał firmę Tradex do udzielenia wyjaśnień w dniu 5 maja 2010 r. celem zbadania pojemności, liczby slotów i parametrów technicznych.

W drugim wyjaśnieniu z dnia 7 maja 2010 roku Wykonawca Tradex twierdzi już że „zaoferowane rozwiązanie [...] obejmuje pojemności posiadanej już [...] biblioteki ADIC oraz jej wymaganą rozbudowę”. Tym samym firma Tradex przeczy informacjom udzielonym w pierwszym wyjaśnieniu, gdzie jednoznacznie zadeklarowana została wymiana biblioteki. Nawet w takim przypadku wymóg dostarczenia 2.5 TB pojemności nie jest spełniony gdyż zgodnie z SIWZ konfiguracja starej biblioteki zawiera licencję na 700 slotów i ta licencja jest w całości wykorzystana oraz firma Tradex nie zaoferowała licencji dla starej biblioteki.

Ponadto firma Tradex w drugim wyjaśnieniu ponownie zmienia zdanie co do oferowanej pojemności poprzez jednoznaczne stwierdzenie, że w poprzednim wyjaśnieniu firma popełniła błąd, ponieważ liczba modułów rozszerzających MEM1 powinna wynosić dwa a nie jeden. Tym samym zmienia się liczba slotów taśmowych ($315 + 2 \times 1075 = 2465$ sztuk) w stosunku do oferty (856 sztuk). Oznacza to, że Wykonawca po raz kolejny zmienił treść swojej oferty, co jest niedopuszczalne na podstawie art. 87 ust 1 Pzp. Pomyłki takiej w żaden sposób nie można uznać za „oczywistą pomyłkę pisarską”, jak to zostało określone w proteście z dnia 24 maja br.

W proteście i drugim wyjaśnieniu firma Tradex przedstawia całą operację jako „rozbudowa”, mimo że w pierwszym wyjaśnieniu użyte zostało słowo „wymiana”. Trudno wyobrazić sobie jak miałyby przebiegać „rozbudowa” starej biblioteki o niekompatybilne moduły biblioteki zupełnie

innego producenta. Trudno również uznać, że jest rozbudową postawienie nowej biblioteki obok starej.

Niezależnie od powyższych wątpliwości co do sposobu realizacji „rozbudowy” nie ulega żadnej wątpliwości że w ofercie z dnia 1 kwietnia br. firma Tradex oferuje 856 slotów taśmowych co w żaden sposób nie zapewnia rozbudowy pojemności systemu o 2.5 PB.

Na takie rozstrzygnięcie Zamawiającego, firma TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w dniu 11 czerwca 2010 roku (data nadania listu poleconego 11-06-2010, wpływ do Prezesa UZP 16 czerwiec 2010 roku) wniosła do Prezesa UZP odwołanie.

Czynnościami Zamawiającego Odwołujący zarzuca:

- 1) naruszenie art. 180 ust. 7 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie protestu Odwołującego,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części B postępowania.

Odwołujący stwierdza, że powyższe naruszenia ustawy Pzp powodują naruszenie interesu prawnego Odwołującego. Oferta Odwołującego spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Uwzględniając kryteria oceny ofert w postępowaniu, wybrana powinna zostać oferta Odwołującego jako najkorzystniejsza.

W związku z podniesionymi zarzutami, Odwołujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części B postępowania przetargowego,
- 2) powtórzenie oceny ofert w zakresie zgodności z SIWZ i w jej wyniku uznanie, iż oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 3) dokonanie powtórnej czynności oceny ofert oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części B niniejszego postępowania.

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części B postępowania przetargowego. Podkreśla, że oferta Odwołującego jest zgodna z wymaganiami SIWZ i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza według kryterium wyboru ofert, tj. najniższej ceny.

Zamawiający zarzuca, że Odwołujący dokonał zmiany treści oferty po otwarciu ofert, nie złożył dokumentacji technicznej oraz, że zaoferowany przez Odwołującego sprzęt nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnia, iż w toku badania i oceny ofert, na wezwanie Zamawiającego, złożył pismami z dnia 19 kwietnia 2010 roku i 6 maja 2010 roku stosowne wyjaśnienia treści złożonej oferty. Podkreśla, że w piśmie z dnia 19 kwietnia została przedstawiona szczegółowa specyfikacja techniczna zaoferowanego rozwiązania XLS firmy QUALSTAR, w tym na uwagę zasługuje zapis zawarty w pkt. 2 specyfikacji: "2. Rozbudowa, poprzez wymianę biblioteki ADIC,

obejmuje dostawę biblioteki XLS w konfiguracji zgodnej z konfiguracją posiadanej biblioteki Scalar 10K (liczba aktywnych slotów na taśmy, liczba napędów taśmowych) wraz z zainstalowanym wyposażeniem określonym w poniższych punktach." Fakt ten został również potwierdzony w wyjaśnieniach Odwołującego udzielonych pismem z dnia 6 maja. W związku z powyższym, nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby Odwołujący przeczył informacjom udzielanym w wyjaśnieniach. Odwołujący zaznacza, że z treści udzielonych wyjaśnień, jednoznacznie wynika, że zaoferowane rozwiązanie XLS firmy QUALSTAR obejmuje dostawę urządzenia zgodnego ze starą biblioteką taśmową ADIC Scalar 10K w posiadanej przez Zamawiającego konfiguracji wraz z rozbudową o elementy i parametry wymagane w SIWZ.

Odwołujący podkreśla, że treść złożonych wyjaśnień w żaden sposób nie zmienia treści jego oferty. Podana w Szczegółowej specyfikacji oferowanych produktów (Załącznik nr 1 do oferty) ilość 856 slotów taśmowych dotyczy, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, biblioteki taśmowej w konfiguracji rozbudowywanej i nie uwzględnia starej biblioteki taśmowej ADIC Scalar 10K w konfiguracji już posiadanej. Rozbudowa biblioteki taśmowej o 856 slotów taśmowych zwiększa pojemność biblioteki o 2,568 PB (856 slotów x pojemność pojedynczej taśmy 3TB = 2568 TB = 2,568 PB), co w sposób oczywisty spełnia wymagania Zamawiającego. Podkreśla, że treść załącznika nr 1 do oferty została sporządzona zgodnie ze wzorem formularza przygotowanym przez Zamawiającego i zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje. W udzielonych wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia, Odwołujący podał pełną konfigurację dostarczanego rozwiązania oraz opisał sposób realizacji rozbudowy biblioteki taśmowej. Udzielone szczegółowe wyjaśnienia w sposób oczywisty potwierdzają pełną zgodność zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SIWZ. Nadmieniam, że w wyjaśnieniach z dnia 6 maja została sprostowana jedynie oczywista omyłka pisarska, na której powstanie niewątpliwie miał wpływ bardzo krótki termin wyznaczony przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia, w żaden sposób nie zmieniają treści jego oferty.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego zaniechania dostarczenia dokumentacji technicznej, Odwołujący informuje, że żądanie Zamawiającego dotyczyło wyłącznie przedstawienia sposobu połączenia posiadanej przez Zamawiającego biblioteki taśmowej z modułami dostarczanymi w ramach rozbudowy. Odwołujący, w udzielonych wyjaśnieniach przedstawił szczegółową specyfikację zaoferowanego rozwiązania, które nie będzie w żaden sposób podłączone do starej, posiadanej biblioteki taśmowej ADIC Scalar 10K. Konsekwencją takiego stanu rzeczy było to, że żądanie Zamawiającego stało się całkowicie bezprzedmiotowe. Nie można przedstawić opisu sposobu połączenia oferowanych elementów rozbudowy z posiadaną biblioteką oraz schematu połączeń fizycznych i logicznych urządzeń, które nie mają być podłączone. Podkreśla, że otrzymane wezwanie do uzupełnienia dokumentacji technicznej

było bezprawne i bezpodstawne. Zgodnie z wymaganiem określonym w pkt. 12 "Przygotowanie oferty" SIWZ, Wykonawcy zobowiązani byli wyłącznie do przedstawienia wypełnionego i podpisanego formularza ofertowego wraz ze specyfikacją oferowanych elementów i kalkulacją cenową, stanowiącą załącznik nr 1 do oferty. W żadnym miejscu SIWZ, Zamawiający nie zawarł wymagania dołączania do oferty jakiegokolwiek dokumentacji technicznej. Fakt ten, został również potwierdzony odpowiedzią Zamawiającego z dnia 19 marca 2010 roku na pytanie nr 9.

Odwołujący informuje, że zaoferowane rozwiązanie XLS firmy QUALSTAR, w całości zastępujące posiadaną, przestarzałą i nieprodukowaną już od kilku lat bibliotekę taśmową ADIC Scalar 10K, w sposób jednoznaczny spełnia wszelkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Podkreśla, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie wykazał w żaden sposób niezgodności zaoferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ. Odwołujący zauważa również, że Zamawiający dopuścił dostawę urządzeń równoważnych do opisanych w SIWZ, a zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie XLS firmy QUALSTAR spełnia wszelkie wymagania w zakresie produktu równoważnego. Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami, jednoznacznie wynika, że zaoferowane przez Odwołującego nowoczesne rozwiązanie XLS firmy QUALSTAR jest dla Zamawiającego korzystniejsze, m.in. z uwagi na możliwość rozbudowy do ponad 19 tysięcy slotów taśmowych lub więcej, zależnie od wymagań. Zgodnie z dokumentacją techniczną biblioteki ADIC Scalar 10K, posiadana przez Zamawiającego biblioteka taśmowa daje możliwość rozbudowy jedynie do 15331 slotów na taśmy dla konfiguracji dwusystemowej. Podkreśla, że biblioteka XLS jest funkcjonalnie zgodna z posiadaną przez Zamawiającego, nie produkowaną już biblioteką Scalar 10K. Biblioteka XLS jako nowoczesne rozwiązanie pozwala Zamawiającemu na znaczną rozbudowę w oparciu o najnowsze technologie oraz daje gwarancję, że poczynione inwestycje nie zostaną utracone z powodu zaprzestania produkcji i rozwoju produktu, jak ma to miejsce w przypadku przestarzałej biblioteki ADIC Scalar 10K. Nowoczesna biblioteka XLS pozwala Zamawiającemu na znaczne zaoszczędzenie powierzchni serwerowni zajmowanej przez bibliotekę taśmową. W związku z powyższym, oferowane rozwiązanie XLS daje Zamawiającemu większe możliwości rozbudowy w przyszłości przy jednoczesnej oszczędności zajmowanego miejsca. Z uwagi na najwyższy poziom techniczny oraz bardzo wysoką niezawodność, zaoferowane rozwiązanie może być objęte dowolnymi serwisami technicznymi, również w przyszłych latach.

W dniu 24 czerwca 2010 roku wykonawca wybrany w niniejszym postępowaniu, tj. POLCOM Sp. z o.o. w Krakowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba uznała przystąpienie za nieskuteczne, ponieważ Przystępujący nie wypełnił wszystkich niezbędnych do uznania go uczestnikiem postępowania przesłanek określonych art. 184 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący na posiedzeniu przyznał, iż nie przekazał kopii przystąpienia wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 roku, tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w złożeniu odwołania. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przypadku części B prowadzonego postępowania Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w następujący sposób: *Rozbudowa biblioteki taśmowej ADIC Scalar 10K o pojemności 2,5 PB i napędy*. W uwadze przy opisie zamówienia zaznaczono, że rozbudowa biblioteki dotyczy posiadanej przez Zamawiającego. W wymaganiach szczegółowych określono parametry istniejącej biblioteki, określono liczbę nowych napędów do zainstalowania w ramach rozbudowy, a także pozostałe parametry. We wszystkich opisanych miejscach mowa jest o rozbudowie posiadanej biblioteki.

Odwołujący zaoferował rozwiązanie XLS firmy QUALSTAR, które miało zastąpić posiadaną bibliotekę, o liczbie fizycznie dostarczanych slotów taśmowych w ramach rozbudowy biblioteki taśmowej w wysokości 856 sztuk.

W związku ze złożoną przez firmę Tradex Systems Sp. z o.o., Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia odnośnie oferowanego produktu. Ze złożonych w dniu 19 kwietnia 2010

roku wyjaśnień wynika, iż wykonawca oferuje rozbudowę posiadanej biblioteki poprzez wymianę na oferowany produkt.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zamawiający wyraźnie w opisie przedmiotu zamówienia zaznaczył, iż wymaga rozbudowy istniejącej biblioteki. Potwierdzają to zapisy znajdujące się zarówno w części ogólnej opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ, jak też szczegółowy opis umieszczony w Specyfikacji Technicznej Przedmiotu Zamówienia SIWZ (część IV SIWZ).

Zgodnie z definicją słowo „rozbudowa” rozumieć należy jako zwiększenie liczby składników posiadanego już przedmiotu. Natomiast „wymiana” obejmuje swoim zakresem zastąpienie już posiadanego przedmiotu innym przedmiotem.

Zaoferowanie wymiany wynika z wyjaśnień złożonych przez odwołującego się wykonawcę wyraźnie z pisma z dnia 19 kwietnia 2010 roku. W kolejnych złożonych wyjaśnieniach z dnia 6 maja 2010 roku, wykonawca podaje, iż zaoferowane rozwiązanie obejmuje pojemność posiadanej przez Zamawiającego biblioteki oraz jej wymaganą rozbudowę o pojemność 2,5 PB. Jednocześnie w wyjaśnieniach zaznaczono, iż pojemność biblioteki została określona bez kompresji danych.

Nie sposób zgodzić się zatem z twierdzeniami Odwołującego, iż zaoferował on produkt spełniający wymagania Zamawiającego określone w SIWZ i jego oferta nie podlega odrzuceniu. Zamawiający w sposób przekonujący wyjaśnił, iż proponowana przez Odwołującego biblioteka QUALSTAR nie jest produktem spełniającym wymagania SIWZ. Odwołujący zaoferował zbyt małą liczbę slotów. A co ważniejsze, zaoferował wymianę posiadanego produktu na nowy, nie zaś rozbudowę posiadanego produktu, jak było określone w SIWZ. Nie można przychylić się do twierdzeń Odwołującego, że Zamawiający nie zabronił takiego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Uznanie twierdzeń Odwołującego przeczyłoby zasadom logiki i doświadczenia życiowego, skoro bowiem w opisie zastosowano słowo „rozbudowa”, to w sposób oczywisty nasuwa się wniosek, iż takiego wykonania przedmiotu zamówienia oczekiwał Zamawiający i nie może ono być zrealizować poprzez „wymianę”. Przedmiot zamówienia nie miał być zastąpiony czymś innym, zupełnie nowym ale miała zostać zwiększona jego obecna funkcjonalność poprzez rozbudowę konkretnych elementów.

Kolejną kwestią jest ocena czy zaoferowany produkt spełnia wymagania pozostałe wymagania określone w SIWZ.

Z opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w SIWZ wyraźnie wynika, iż Zamawiający wymagał rozbudowy o pojemności 2,5 PB i nowe napędy.

Ze złożonej oferty wynika, że Odwołujący zaoferował liczbę fizycznie dostarczanych slotów w wysokości 856 sztuk. Jeżeli przyjąć, że pojemność jednej taśmy wynosi 1,5 PB, daje to łącznie 1,284 PB. Jest to wielkość niewystarczająca i nie spełniająca wymogów

określonych w SIWZ. W złożonych wyjaśnieniach odwołujący oświadczył, iż zaoferowany produkt spełnia wymagania pojemności, która wynosi 1390 slotów. Ostatecznie Odwołujący oświadczył (w wyniku złożenia drugich wyjaśnień) że produkt posiada sumaryczną pojemność 2465 slotów taśmowych.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów podniesionych w odwołaniu, z pewnością nie można uznać, iż Zamawiający nie dochował należytej staranności przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający przeprowadził wnikliwe i staranne postępowanie wyjaśniające znajdujące oparcie w normie wynikającej z art. 87 ust. 1 ustawy PZP. Niestety, informacje pozyskane od Odwołującego nie mogły prowadzić do innego wniosku, iż podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ. Nieślusznymi są też twierdzenia Odwołującego jakoby Zamawiający nie uzasadnił swojego stanowiska o odrzuceniu oferty. Zarówno z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak też późniejszej informacji o oddaleniu protestu, w sposób szczegółowy wynika jakie fakty i zdarzenia przemawiały za taką, a nie inną decyzją.

Niezasadne wydają się także zarzuty jakoby żądanie Zamawiającego dostarczenia dokumentacji technicznej było bezzasadne. Izba pragnie w tym miejscu zauważyć, iż po pierwsze taki zarzut uznać można za spóźniony. Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z wezwaniem Zamawiającego, to powinien był w ustawowym terminie złożyć oddzielny protest na powyższą czynność. Po drugie Izba stwierdza, że obowiązek dostarczenia dokumentacji technicznej w przypadku składania oferty równoważnej jasno został wyartykułowany w odpowiedzi na pytanie nr 7 udzielonej dnia 19 marca 2010 roku, z której to odpowiedzi wynikało, iż w przypadku złożenia oferty równoważnej wykonawca winien udowodnić równoważność poprzez załączenie dodatkowej dokumentacji technicznej zgodnie z „uwagami dla wypełniającego ofertę” określonymi w części II SIWZ – Załączniku nr 1 do oferty.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, że jego oferta nie jest ofertą równoważną. Ze złożonej oferty wprost wynika równoważność oferowanego sprzętu, na dodatek jeszcze nie odpowiadającego wymogom SIWZ. Nie można zatem uznać żądania Zamawiającego za wygórowane czy niezasadne.

W zaistniałym stanie prawnym nie sposób uznać zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, a w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Co więcej zarzut naruszenia art. 180 ust. 7 ustawy PZP w rozciągłości nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający nie odrzucił protestu wniesionego przez późniejszego Odwołującego ale przeprowadził merytoryczną analizę stanowiska prezentowanego przez Protestującego odnosząc się szczegółowo do zawartych w proteście zarzutów. Ponadto jest to zarzut, który nie był podnoszony w proteście.

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego przedłożonego przez Odwołującego, z uwagi na fakt, iż dokument przedstawiany przez stronę był sporządzony w języku obcym a strona nie przedłożyła tłumaczenia na język polski, poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. Takie wymagania zawarte są w § 18 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Dlatego też za zasadne należy uznać działania Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy PZP w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.), tj. tj. uwzględniając koszty uczestnika postępowania odwoławczego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....