

**WYROK**

**z dnia 25 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 22 i 25 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2013 r. przez wykonawcę **ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego - Ośrodek Przetwarzania Informacji, al. Niepodległości 188b, 00-608 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Qumak S.A., al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **ADT Group Sp. z o.o., ul. Łączyny 3, 02-820 Warszawa** na rzecz **Ośrodka Przetwarzania Informacji, al. Niepodległości 188b, 00-608 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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 prowadzone jest przez Zamawiającego – Ośrodek Przetwarzania Informacji z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 [ustawa Pzp]), którego przedmiotem jest „Dostawa, montaż i uruchomienie szafy zawierającej serwery i macierze dyskowe wraz z oprogramowaniem.” Odwołujący - ADT Group Sp. z o.o. z Warszawy w związku z wyborem oferty wykonawcy QUMAK S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oraz art. 87 ust.1 ustawy Pzp i art. 7 ust.1 i 3 oraz 8 ustawy Pzp, a także art. 91 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 96 ust.3 ustawy Pzp w związku z art. 93 ust.1 pkt 7 tej ustawy. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, jako bezwzględnie wadliwej, a także odtajnienie wyjaśnień Wykonawcy Qumak S.A. lub ich części, oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert. Odwołujący podał również, że ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przypadku, gdyby Zamawiający zastosował się do bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucił ofertę wykonawcy Qumak S.A. oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, w szczególności, że treść oferty wykonawcy Qumak S.A. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Stwierdził w szczególności, że przedmiotem oferty tego wykonawcy są Macierze dyskowe IBM Storwize V3700, które nie spełniają wymagań określonych w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz], wskazując, co do Macierzy dyskowej I [poz. 8] na pkt 6 i pkt 9 oraz na pkt 11 i pkt 13, a także na pkt 14 i pkt 19. W odniesieniu do Macierzy dyskowej II [poz. 9 załącznika] wskazał na pkt 5 i pkt 8 oraz na pkt 10 i pkt 12, a także na pkt 13 i pkt 18 oraz dodatkowo stwierdził, że ta Macierz nie zapewnia wymaganej możliwości rozbudowy o kolejne dyski tego typu min. do 120 dysków. Podał również, że wymaganych parametrów nie spełnia również urządzenie mobilne oraz, że wykonawca nie zaoferował oprogramowania wymaganego dla „Systemu kopii.” W odniesieniu do pierwszej – ujętej w odwołaniu - grupy parametrów - pkt 6 dla Macierzy dyskowej I oraz pkt 5 dla Macierzy dyskowej II w połączeniu z pkt 14 - Macierz dyskowej I oraz pkt 13 - Macierz dyskowa II wykonawca stwierdził, że Macierz miała być wyposażona w min. 8 zewnętrznych portów 8 Gbit/s Fibre Channel umożliwiających bezpośrednie połączenie serwerów bez dodatkowej licencji oraz musiała obsługiwać systemy operacyjne - Microsoft Standard, Microsoft Windows 2003 Server Enterprise oraz RedHat Enterprise Linux i SUSE Linux Enterprise. Wskazując na dowód z wydruku tabel kompatybilności macierzy ze strony internetowej stwierdził, że oferowana Macierz IBM

Storwize V3700 nie pozwala na podłączenie serwerów z żadnymi systemami Windows Serwer. W odniesieniu do drugiej grupy parametrów - pkt 13 - Macierz dyskowa I oraz pkt 12 - Macierz dyskowa II - wykonawca stwierdził, że dla tych macierzy wymagana była możliwość zmiany rozmiaru segmentu dla wolumenów logicznych. W tym przypadku stwierdził, że w nomenklaturze wykorzystywanej w opisie macierzy IBM Storwize V3700 pojęcie „segmentu” zdefiniowane zostało, jako tzw. Extent. Z kolei w dokumentacji macierzy dostępnej na stronie internetowej [m.in. na stronie: [http://pic.dhe.ibm.com/infocenter/storwize/v3700\\_ic/index.jsp](http://pic.dhe.ibm.com/infocenter/storwize/v3700_ic/index.jsp)] znajduje się informacja, że wielkość elementu określana jest w momencie tworzenia nowej puli zasobów dyskowych i nie można później zmienić rozmiaru jednostki extent, który to rozmiar jest stały podczas całego okresu życia puli zasobów dyskowych. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że tym samym należy uznać, że nie ma możliwości wymaganej dynamicznej zmiany rozmiaru segmentu, albowiem segment raz zdefiniowany nie może być zmieniony. W odniesieniu do trzeciej grupy parametrów - pkt 9 - Macierz dyskowa I oraz pkt 8 - Macierz dyskowa II wykonawca stwierdził, że dla tych macierzy wymagane było, aby awaria dowolnej półki dyskowej nie powodowała przerwania dostępu do dysków w pozostałych półkach dyskowych. Z kolei zgodnie z pkt 11 - Macierz dyskowa I oraz pkt 10 - Macierz dyskowa II, oferowana macierz miała umożliwić rozbudowę i stworzenie konfiguracji odpornej na awarię pojedynczej półki bez utraty danych przy zastosowaniu RAID 5. W tym przypadku, wskazując na dokumentację producenta ze strony internetowej, wykonawca stwierdził, że macierz pozwala na dołączanie dodatkowych pętli SAS, jednakże z racji, że pętle te nie są zamknięte nie ma możliwości zabezpieczenia się przed awarią całej, dowolnej półki, tak, aby zapewnić dostęp do dysków w pozostałych półkach dyskowych i w przypadku konfiguracji z trzema obudowami, awaria środkowej półki dyskowej powoduje niedostępność dysków znajdujących się w półce najniżej położonej, a tym samym zaoferowana macierz nie spełnia wymogów z pkt 9 i 8 określonych dla tych macierzy. W odniesieniu do czwartej grupy parametrów - pkt 19 - Macierz dyskowa I oraz pkt 18 - Macierz dyskowa II wykonawca stwierdził, że zgodnie z wymaganiami macierz musi oferować zarządzanie poprzez sieć LAN oraz port szeregowy. Zgodnie z dokumentacją producenta macierz dyskowa V3700 może być wyposażona w porty pełniące funkcje: karty 6 Gb SAS, 8Gb FC, 1Gb iSCSI, lub 10Gb iSCSI / FCoE z interfejsami dostępowymi do macierzy, zapewniające dostęp do danych oraz porty USB wykorzystywane podczas instalacji oprogramowania macierzy i porty 1Gbit Ethernet do podłączenia serwerów oraz zarządzania, a także porty 6Gbit SAS do podłączenia serwerów i dodatkowych półek dyskowych. To oznacza, zdaniem wykonawcy, że zaoferowana macierz dyskowa pozwala na zarządzanie tylko poprzez sieć LAN (porty 1Gbit Ethernet), natomiast nie pozwala na zarządzanie przez porty szeregowy i tym samym macierz V3700 nie spełnia wymogów z pkt 19 i 18. W odniesieniu do Macierzy dyskowej II –

jak już podano – wykonawca stwierdził, że zaoferowana macierz dyskowa II – po modyfikacji parametru z pkt 3 poz. 9 załącznika nr 1 nie zapewnia możliwości jej rozbudowy o kolejne dyski tego typu - o wielkości 2, 5 cala lub 3, 5 cala do min. 100 dysków. Wykonawca, wskazując na dokumentację ze strony internetowej producenta podał, że macierz zaoferowana przez wykonawcę Qumak S.A. nie umożliwia rozbudowy do 100 dysków w typie zgodnym z zastosowanymi w ofercie, w tym przypadku dysków SAS/NL- SAS o wielkości 3, 5, albowiem macierz IBM Storwize V3700 pozwala na rozbudowę do 60 dysków 3, 5 lub na rozbudowę do 120 dysków 2, 5 lub na kombinacje dwóch tych typów dysków, a to oznacza niezgodność tej oferty ze specyfikacją. W odniesieniu do urządzenia mobilnego z poz. 13 załącznika nr 1 Odwołujący stwierdził, że oferowane urządzenie mobilne Samsung P5100 Galaxy Tab 2 nie spełnia wymagania „Wbudowanej kamery rozdzielczości, co najmniej 3.2 Mpix”. Powołując się również na dokumentację producenta ze strony internetowej, wykonawca stwierdził, że zaoferowane urządzenie nie posiada kamery obsługującej rozdzielczości, co najmniej 3.2 Mpix. Odnosnie pkt 12 i 13 w poz. 4 Opisu przedmiotu zamówienia wykonawca podał, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca w ramach Systemu kopii zaoferował: [pkt 12] oprogramowanie w pełni współpracujące z oferowanym urządzeniem oraz, aby to oprogramowanie [pkt 13] w pełni współpracujące z oferowanym urządzeniem umożliwiało wykonywanie cyklicznych backupów (planowanie zadań wykonywanych automatycznie) oraz restorów, oraz współpracowało poprzez agentów z systemami operacyjnymi z rodziny Linux i Microsoft [zarówno, 32 jaki i 64 bitowych] i umożliwiało poprzez interfejs graficzny i tekstowy dostęp do historii backupów, do generowania raportów wykonań, do zarządzania nośnikami pamięci oraz tworzenie puli nośników. Wykonawca wskazał na wymagany w pkt 14 okres gwarancji producenta [min. 3 lata] realizowanej w miejscu instalacji sprzętu, czas reakcji do następnego dnia roboczego od momentu zgłoszenia awarii, oraz możliwość zgłaszania awarii bez ograniczenia czasowego i podkreślił, że Zamawiający jednoznacznie wskazał, że system kopii musi składać się z urządzeń oraz dodatkowego oprogramowania. Stwierdził także, że Zamawiający nie zdefiniował ilości agentów dla systemów operacyjnych, a zatem ilość ta powinna być Nielimitowana. Dodatkowo stwierdził, że Zamawiający oczekiwał gwarancji producenta, a zatem dołączone oprogramowanie musi być produktem komercyjnym, a nie typu „open source”. Tymczasem Wykonawca Qumak - nie zaoferował oprogramowania, ale jedynie samą bibliotekę taśmową IBM TS3100, co wynika z treści jego oferty. Wykonawca podkreślił należy, że w przedmiotowym przypadku - nie ma możliwości, aby wykonawca Qumak zaoferował oprogramowanie „wewnętrzne” IBM w ramach „zestawu” spełniające wymagania, SIWZ, ponieważ IBM nie ma takiego oprogramowania. W odniesieniu do powyższego elementu, Zamawiający nie dokonał wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający

może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający - pomimo dokonania oceny ofert pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ nie skorzystał z tej procedury, co stanowi istotne zaniechanie ze strony Zamawiającego. Wykonawca stwierdził także, że przedmiotowe niezgodności nie mogły zostać usunięte poprzez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem błędy wskazane w ofercie wykonawcy Qumak S.A. nie były „innymi omyłkami” w rozumieniu tego przepisu, kwalifikującymi je do poprawienia. Zamawiający nie mógłby bowiem samodzielnie poprawić wskazanych niezgodności z treścią siwz, bowiem w praktyce jedyną drogą usunięcia przedmiotowych niezgodności musiałoby być zaoferowanie przez Wykonawcę Qumak nowych urządzeń. Dalej podał, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest to dokument podstawowy, o wiążącym charakterze, stanowiący punkt odniesienia dla wszystkich stron postępowania o udzielenie zamówienia i Zamawiający zobowiązany jest do dokonywania czynności w postępowaniu zgodnie z zapisanymi w specyfikacji wymaganiami. Z kolei wykonawcy zobowiązani są do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przygotowania merytorycznej treści oferty w sposób odpowiadający opisanym wymaganiom zamawiającego. Odwołujący wskazał również na naruszenie art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, z uwagi na zastrzeżone przez wykonawcę, Qumak, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnienia, które w ocenie Odwołującego nie stanowiły takiej tajemnicy, a jedynie uniemożliwiły weryfikację ich prawdziwości przez Odwołującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Qumak S.A. wniósł o oddalenie odwołania w całości stwierdzając, że podnoszone zarzuty nie są zasadne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Przede wszystkim stwierdził, że zaoferowana przez wykonawcę Qumak S.A. macierz dyskowa IBM Storwize V3700 spełnia wymagane parametry, a zarzuty oparte są na nieprecyzyjnej informacji uzyskanej ze stron internetowych oraz na nadinterpretacji wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odnośnie pierwszego z zarzutów dotyczącego wymagań określonych w pkt 6 i 14 dla macierzy dyskowej I (oraz pkt 5 i 15 dla macierzy dyskowej II) podał, że na podstawie wyniku jego kwerendy konfiguracji, odpowiadającej wymaganiom SIWZ, uzyskał informację o możliwości bezpośredniego podłączenia serwerów z systemami Windows. Zdaniem Zamawiającego sformułowanie „bezpośrednie podłączenie” nie wykluczyło komunikacji między serwerem i macierzą przy pomocy switch' a (przełącznika FC), gdyż co do zasady serwerów typu blade nie można w żaden inny sposób połączyć z czymkolwiek (nie zawierają one w sobie żadnego portu) i cała komunikacja z otoczeniem

odbywa się poprzez switch' e stanowiące integralny, konieczny element serwera (i przedmiot zamówienia). dalej podał, że (...) Weryfikując zgodność oferty przystępującego z SIWZ, Zamawiający sprawdził, czy wszystkie wymagania zostały spełnione. Zamawiający stwierdził, że oferowana macierz spełnia zarówno wymaganie określone w pkt 6 (5), jak i w pkt 14 (15). SIWZ nie precyzowała, iż obsługa wszystkich wymaganych systemów operacyjnych musi następować poprzez „bezpośrednie połączenie” (niezależnie od sposobu rozumienia tego wymagania). Gdyby rzeczywiście takie były wymagania Zamawiającego, musiałyby zostać określone w treści pkt 14 (13), np. poprzez sformułowanie „musi obsługiwać poprzez bezpośrednie podłączenie serwerów następujące systemy”. Odnośnie drugiego z zarzutów [odnośnie nie spełniania przez oferowaną macierz dyskową IBM Storwize V3700 parametru „możliwość dynamicznej zmiany rozmiaru segmentu dla wolumenów logicznych”] Zamawiający stwierdził, że nie zdefiniował (nie dookreślił) pojęcia „dynamicznej zmiany” i przyjął, że każda technologia umożliwiająca „dokonanie zmian rozmiaru segmentu dla wolumenów logicznych” w trakcie pracy systemu jest akceptowalna. Oferowana macierz umożliwia osiągnięcie tej funkcjonalności poprzez mechanizm wewnętrznej wirtualizacji umożliwiający duplikowanie wolumenów logicznych przy jednoczesnej zmianie ich rozmiaru. Mimo, że nie jest to „płynna” zmiana rozmiaru i jej dokonanie wiąże się z koniecznością dysponowania odpowiednim miejscem (przestrzenią dyskową lub innym nośnikiem), trzeba uznać, że wymaganie określone w SIWZ zostało spełnione. Odnośnie wymagania: „Awaria dowolnej półki dyskowej nie może powodować przerwania dostępu do dysków w pozostałych półkach dyskowych” oraz „Macierz musi umożliwiać rozbudowę i stworzenie konfiguracji odpornej na awarie pojedynczej półki bez utraty danych przy zastosowaniu RAID „, podał, że z uwagi na (...) redundantność wszystkich krytycznych elementów macierzy zapewniony jest dostęp do dysków w pozostałych półkach poprzez drugi, działający komponent. Tak więc awaria nawet kilku różnych typów komponentów w ramach jednej półki nie przerywa dostępu do pozostałych. Dopiero awaria dwóch komponentów tego samego typu uniemożliwia dostęp do danych. Oznacza to spełnienie wymagań SIWZ, gdyż pojedyncza awaria nie zakłóca działania innych półek”. Odnośnie wymagania; cyt. „Macierz musi oferować zarządzanie poprzez sieć LAN oraz port szeregowy”. Podał, że Odwołujący wskazał, że oferowana macierz umożliwia zarządzanie, co prawda - w ograniczonym zakresie poprzez port USB. Sama nazwa tego portu: Universal Serial Bus - uniwersalna magistrala szeregową wskazuje, że jest to port szeregowy. Ponieważ Zamawiający nie określił w jakim zakresie zarządzanie poprzez port szeregowy musi zostać zapewnione, zdaniem Zamawiającego oferta wykonawcy Qumak spełnia również to wymaganie SIWZ. Także jego zdaniem zaoferowana macierz dyskowa II zapewnia wymaganą „Możliwość rozbudowy o kolejne dyski tego typu, możliwość rozbudowy min do 100 dysków”. Zwrócił uwagę na odpowiedź „Zamawiający dopuści zaoferowanie macierzy, która pozwala na rozbudowę dyskami 2, 5 cala oraz 3, 5 do

minimum 100 dysków” udzieloną w związku z pytaniem nr 1: (...) Dotyczy macierz dyskowa II Ze względu na fakt, iż żaden z producentów macierzy nie posiada w ofercie macierzy spełniającej łącznie wszystkie parametry zwracamy się z pytaniem: a) czy Zamawiający dopuści zaoferowanie macierzy dyskowej wyposażonej w dyski o pojemności 3TB każdy? (Aktualnie są to jedne z największych dostępnych dysków w tego typu klasie urządzeń.) b) czy Zamawiający dopuści zaoferowanie macierzy, która pozwala na rozbudowę dyskami 2, 5 cala oraz 3, 5 do minimum 100 dysków?” Zamawiający stwierdził także, że zaoferowane urządzenie mobilne przez wykonawcę Qumak spełnia wymagania „Wbudowanej kamery rozdzielczości co najmniej 3.2 MPIX”, albowiem to wymaganie odnosi się do matrycy zabudowanej w kamerze, nie do rozdzielczości wykonywanych nią zdjęć. Matryca zabudowana w oferowanym urządzeniu mobilnym spełnia wymagania Zamawiającego (co zostało zweryfikowane również na stronie internetowej producenta), Natomiast rozdzielczość wykonywanych zdjęć może być w szerokim zakresie ustawiana stosownie do potrzeb użytkownika i nie podlegała ocenie. Odnośnie zarzutu z poz. 4 Formularza cenowego [oprogramowanie wymagane w pozycji „System kopii”- poz. 4 załącznika nr 1] stwierdził, że Zamawiający w żadnym postanowieniu SIWZ nie zakazał oferowania oprogramowania typu „open source”. Stwierdził także, że Odwołujący wywodzi taki zakaz z wymagań dotyczących gwarancji, gdy tymczasem wymagania dotyczące gwarancji w sposób oczywisty odnoszą się do sprzętu (choćby sformułowanie „gwarancja realizowana w miejscu instalacji sprzętu”). W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 8 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stwierdził, że nie miał podstaw do kwestionowania stanowiska Przystępującego i podał jednocześnie, że wobec zgody przystępującego, Odwołujący uzyskał w dniu 24 października br wgląd do wyjaśnień.

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący podtrzymał na rozprawie zarzuty, dotyczące nie potwierdzenia w ofercie przez wykonawcę Qumak S.A. wymagań w zakresie:

- 1) macierzy dyskowych [IBM Storwize V3700] - określonych w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz], i tak w przypadku macierzy dyskowej I [poz. 8] parametrów z pkt 6 i pkt 9 oraz pkt 11 i pkt 13, a także z pkt 14 i pkt 19, a w odniesieniu do macierzy dyskowej II [poz. 9] - z pkt 5 i pkt 8 oraz z pkt 10 i pkt 12, a także



- z pkt 13 i pkt 18 oraz nie zapewniania przez Macierz II wymaganej możliwości rozbudowy o kolejne dyski tego typu min. do 120 dysków;
- 2) urządzenia mobilnego – określonego pod poz.13 załącznika nr 1 do specyfikacji parametrów z pkt 8 oraz
  - 3) oprogramowania wymaganego pkt 12 i 13 dla „Systemu kopii” w zw. z pkt 14

Rozpoznając w takim zakresie odwołanie Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie wykonawca nie udowodnił podnoszonych w odwołaniu niezgodności treści oferty wykonawcy Qumak ze specyfikacją i tym samym nie mógł być uwzględniony z odwołania zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.3 ustawy Pzp.

W okolicznościach niniejszej sprawy, dokonując oceny zasadności zarzutów, Izba miała na uwadze przede wszystkim dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontradyktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie ciężar dowodzenia, w pierwszej kolejności dotyczył Odwołującego [zgodnie z paremią rzymską *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*], albowiem to wykonawca, podnosząc zarzut naruszenia w tym postępowaniu art. 7 ust.1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdził, że oferta wykonawcy Qumak nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie wskazanych parametrów z załącznika nr 1 do specyfikacji – Opis przedmiotu zamówienia.

Na dowód swoich twierdzeń, przedstawiając jednocześnie własną, możliwą interpretację spornych wymagań, Odwołujący powołał się na wydruki ze stron internetowych producenta. Powołał się także na korespondencję mailową z przedstawicielem firmy Arrowecs oraz firmy System Storage Solution Consultant Systems and Technology.

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że powołane przez wykonawcę wydruki z katalogów przedstawiane na stronach internetowych producentów i ich przedstawicieli, mają przede wszystkim walor marketingowy i w niniejszej sprawie nie mogły stanowić dowodu na potwierdzenie stanowiska Odwołującego. Także wskazana korespondencja mailowa, nie

potwierdzająca uprawnienia osób [bliżej nie znanych i tym samym anonimowych], co do wypowiedzenia się odnośnie warunków wymaganych w tym postępowaniu, nie może korzystać z waloru dowodu, szczególnie gdy Zamawiający mógł powoływać się w tej sprawie na dokument wystawiony przez producenta oraz na opinię biegłego.

Izba stwierdza także, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jako dokument podstawowy, o wiążącym charakterze, stanowi punkt odniesienia dla wykonawcy przy sporządzaniu oferty, a dla zamawiającego przy ocenie zgodności treści oferty z wymaganiami specyfikacji. Podkreślenia wymaga, że wykonawca po złożeniu oferty nie może interpretować postanowień siwz w sposób powodujący negatywne skutki dla innego oferenta tylko dlatego, że dane wymaganie może być rozumiane na dwa sposoby. Jeżeli zatem wątpliwości nie zostały usunięte w trybie pytań kierowanych do zamawiającego na podstawie art. 38 ustawy Pzp, to na etapie oceny ofert każdy dopuszczalny sposób rozumienia danego wymagania – o ile jest zgodny z celem postępowania - musi być dopuszczony przez zamawiającego.

Izba stwierdza również, że dla rozstrzygnięcia tej sprawy zasadnicze znaczenie – jak już wskazano - miały dwa dowody, pierwszy z nich to oświadczenie Dyrektora Generalnego IBM, przedłożone na rozprawie, a drugi – to dowód z opinii biegłego powołanego przez Zamawiającego dla specjalistycznej oceny ofert w tym postępowaniu pod względem spełniania minimalnych warunków technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia - znajdujący się w dokumentacji postępowania i przedłożony do akt sprawy.

W oświadczeniu złożonym w piśmie z dnia 21.10.2013 r. Dyrektor Generalny IBM - uprawniony do działania w imieniu spółki - poświadczył, że macierz IBM Storwize V3700 spełnia wszystkie kwestionowane przez Odwołującego parametry.

Także biegły w opinii z dnia 26 września 2013 r. potwierdził zgodność oferty wykonawcy z wymaganiami specyfikacji m.in. co do wymagania z poz. 13 pkt 8 załącznika nr 1 do specyfikacji [Wbudowanej kamery rozdzielczości co najmniej 3.2 Mpix] dla urządzenia mobilnego Samsung P5100 Galaxy Tab 2, podnosząc, że z parametru opisanego w spornym punkcie można wnioskować, że chodzi o właściwości techniczne matrycy aparatu, a nie maksymalną rozdzielczość zapisywanych zdjęć. Biegły ten we wnioskach końcowych – podsumowanie i rekomendacja - rekomendował wykonawcę QUMAK S.A. przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Dowód z oświadczenia producenta IBM oraz z opinii biegłego, wobec wyłącznie wydruków ze stron internetowych producenta powołanych przez Odwołującego, mogły mieć rozstrzygające znaczenie w tej sprawie, tym bardziej, że wykonawca nie kwestionował w toku rozprawy tych stanowisk, co do ich rzetelności i prawdziwości, poddając tylko w wątpliwość stanowisko IBM, które jego zdaniem jest asekuracyjne, jednakże nie wykazując na jakich okolicznościach te wątpliwości zostały oparte.

Izba, odnośnie zarzutu braku oprogramowania wymienionego w pozycji 4 „System kopii”-załącznika nr 1 pkt 12 i 13 w związku z pkt 14 dodatkowo stwierdza, że podzieliła pogląd Zamawiającego o braku zakazu oferowania oprogramowania typu „open source” z uwagi na to, że zarzut ten Odwołujący niezasadnie wywodził z wymagań dotyczących gwarancji, które to wymagania w sposób oczywisty odnoszą się do sprzętu (choćby sformułowanie „gwarancja realizowana w miejscu instalacji sprzętu”) i w przypadku oprogramowania nie mają zastosowania zasady odnoszące się do gwarancji.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....