

**WYROK**

**z dnia 1 lutego 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2013 r. przez **ProSystem Spółkę Akcyjną we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **SYSCO Group Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **ProSystem Spółkę Akcyjną we Wrocławiu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ProSystem Spółkę Akcyjną we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od **ProSystem Spółki Akcyjnej we Wrocławiu** na rzecz **Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu** 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 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, instalację oraz konfigurację 5 macierzy dyskowych w Ośrodkach Zarządzania Informacją działających przy Sądach Okręgowych w Elblągu, Wrocławiu, Krośnie, Siedlcach i Słupsku na potrzeby archiwizacji e-protokołu, według opisu technicznego zawartego w załączniku nr 6 SIWZ.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 10 stycznia 2013 roku wykonawca PROSYSTEM Spółka Akcyjna we Wrocławiu (dalej: odwołująca się) wniosła odwołanie zarzucając zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy Pzp przeprowadzenie oceny ofert złożonych przez Sysco Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, działającej jako lider konsorcjum Sysco Group Sp. z o.o. w Warszawie i Comp. S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie polegające na zaniechaniu wykluczenia ww. wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji uznanie, że najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca Sysco Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, działający jako lider konsorcjum Sysco Group Sp. z o.o. w Warszawie i Comp. S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołująca się zarzuciła naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt. 3 oraz ust. 4, art. 29 ust. 1, art. 30 ust. 6, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia ww. wykonawców z udziału w postępowaniu z powodu zamieszczenia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a to dotyczących spełnienia przez oferowane dostawy warunków określonych przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz załączniku nr 6 do SIWZ „Opis wymogu technicznego macierzy” w punktach 11, 15 i 33 oraz 25 tegoż załącznika nr 6.

Odwołująca się wniosła o uchylenie decyzji zamawiającego w przedmiocie wyboru wykonawcy Sysco Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, działającej jako lider konsorcjum Sysco Group Sp. z o.o. w Warszawie i Comp. S.A. z siedzibą w Warszawie a

także o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert ww. wykonawców, z uwzględnieniem okoliczności uzasadniających wykluczenie ww. wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp i traktowanie ich ofert jako odrzuconych.

W uzasadnieniu odwołująca się podniosła, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) z dnia 8.10.2012 r. (rozdział III, pkt. 12) oferenci na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy warunków określonych przez zamawiającego załączali do ofert pisemne oświadczenie o treści zgodnej z załącznikiem nr 6 do s.i.w.z., gdzie oświadcza: kto będzie producentem macierzy dyskowych, jaki będzie to model oraz czy oferowane macierze dyskowe będą spełniać wymogi techniczne opisane w punktach od 1 do 36 załącznika nr 6.

W postępowaniu złożono cztery oferty, z czego konsorcjum Sysco Group Sp. z o.o. w Warszawie oraz Comp S. A. na kwotę 2.938.470,00 zł brutto, Comtegra Sp. z o.o. z Warszawy na kwotę 3196862,25 zł oraz PROSYSTEM SA we Wrocławiu na kwotę 3440000,00 zł brutto. Oferta odwołującej się była trzecia pod względem ceny (od najniższej).

Zamawiający pismem z dnia 28.11.2012 r. wezwał Sysco Group Sp. z o.o. (jako lidera konsorcjum) do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty, a dokładnie załącznika nr 6 do s.i.w.z. Pytanie zamawiającego dotyczyło między innymi pozycji nr 11 załącznika nr 6 i zmierzało do uzyskania precyzyjnej informacji czy oferowana przez tego wykonawcę macierz pozwala utworzyć grupy dyskowe w technologii RAID na poziomach: 0,1,5,6,10 w zakresie wszystkich obsługiwanych zasobów dyskowych. Asumptem do tego pytania, były informacje zawarte w powszechnie dostępnej karcie katalogowej producenta macierzy NetApp v3220, z których wynikało, że proponowane urządzenie wspiera jedynie RAID 4 oraz RAID -DP oraz technologię SyncMirror.

W odpowiedzi na to pytanie wykonawca Sysco Group Sp. z o.o. w dniu 06.12.20102 r. oświadczył: „ W ocenie Konsorcjum, z uwagi na fakt, iż zamawiany system ma pełnić rolę wirtualizatora zasobów dyskowych i dla zewnętrznych zasobów dyskowych obsługiwane będą wymagane poziomy RAID. (...) ” Z wypowiedzi lidera konsorcjum nie wynika, że deklaruje on, iż oferowane przez niego macierze dyskowe będą zapewniać wymagane poziomy zabezpieczeń RAID.

Również w dniu 28.11.2012 r. zamawiający skierował takie samo pytanie do wykonawcy Comtegra Sp. z o.o., a ta udzieliła odpowiedzi identycznej jak Sysco Group Sp. z o.o. (również z błędami pisarskimi).

Wobec braku jasnej, stanowczej i precyzyjnej odpowiedzi zamawiający ponowił swoje pytanie w piśmie z dnia 21.12.2012 r., przywołując oficjalną dokumentację producenta NetApp „Data ONTAP® 8.1 Storage Manageme For 7-Mode”. W odpowiedzi z dnia 27.12.2012 r. Sysco Group Sp. z o.o. oświadczyło, iż oferowane macierze dyskowe będą dostarczone wraz z oprogramowaniem opartym o system operacyjny Data ONTAP 8.1.2 i przywołał źródło informacji, tj. informacje branżowe producenta sprzętu i oprogramowania NetApp. Odpowiadając konkretnie na pytanie zamawiającego lider konsorcjum podtrzymał odpowiedź udzieloną uprzednio w piśmie z dnia 28.11.2012 r. Analogiczna sytuacja miała miejsce w stosunku do oferty Comtegra Sp. z o.o., która jednak oświadczyła, że zaproponowane przez nią rozwiązanie jest równoważne, lecz nie wyjaśniła na czym to zamienne rozwiązanie polega. Oznacza to, jednak że wprost przyznano, że wymóg z pkt. 11 nie jest spełniony.

Zamawiający pismem z dnia 21.12.2012 r., przywołując oficjalną dokumentację producenta NetApp, zadał wykonawcom pytanie dotyczące punktu 15 i 33 załącznika nr 6 do SIWZ. W odpowiedzi z dnia 27.12.2012 r. Sysco Group Sp. z o.o. oświadczyło, iż oferowane macierze dyskowe będą dostarczone wraz z oprogramowaniem opartym o system operacyjny Data ONTAP 8.1.2 i przywołał źródło informacji, tj. informacje branżowe producenta sprzętu i oprogramowania NetApp, który ma możliwość skalowania do 24 kontrolerów. Analogiczne pytanie i odpowiedź miały miejsce w stosunku do oferty Comtegra Sp. z o.o.

Odwołująca się podniosła, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp wykonawca, który podał nieprawdziwą informację, a więc taką, która nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistym stanie faktycznym i ma (lub może mieć) wpływ na postępowanie, podlega wykluczeniu, a jego ofertę uważa się za odrzuconą.

Odwołująca się zarzuciła, iż zamawiający dokonując oceny ofert oraz wyjaśnień wykonawców, nie uwzględnił wszystkich okoliczności faktycznych i dokumentów, jakie zebrał, co doprowadziło do wadliwej oceny funkcjonalności i zgodności z s.i.w.z. rozwiązań zawartych w ofertach Sysco Group Sp., z o.o. i Comp SA (konsorcjum) oraz Comtegra Sp. z o.o.

Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ opisał wszystkie techniczne wymagania jakie mają spełniać dostarczone macierze dyskowe, wymagał również wskazania producenta sprzętu i jego modelu (typu). Specyfikacja techniczna w załączniku nr 6 do s.i.w.z. precyzuje, więc wszystkie wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia, które to warunki muszą być spełnione łącznie przez każdą z dostarczanych macierzy, a nie urządzenia, które mają z nią

współpracować i nie są objęte przedmiotem zamówienia. Co więcej zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania do s.i.w.z., wskazał jedynie dwa przykładowe typy posiadanych już urządzeń dyskowych i uczynił to wyłącznie w celu ułatwienia wykonawcom sporządzenia ofert, a nie w celu modyfikacji wymogów technicznych. Na żadnym etapie postępowania zamawiający nie zmienił treści s.i.w.z., a więc wymagania stawiane dostawie niezmiennie są i były określone w załączniku nr 6 do s.i.w.z.. Zamawiający nie oświadczył również, że przedmiot umowy będzie wykorzystywany tylko w jeden sposób i skonfigurowany jedynie z określonym innym sprzętem zamawiającego. Oznacza to, że warunki z załącznika nr 6 muszą być łącznie spełnione przez każdą z macierzy dyskowych, a ocena spełnienia tych warunków następuje niezależnie od cech i funkcji innego sprzętu, nieobjętego zamówieniem, a jedynie potencjalnie współpracującego z macierzami.

Zdaniem odwołującej się zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia ofert Sysco Group Sp. z o.o. i Comp SA (konsorcjum) oraz Comtegra Sp. z o.o. narusza przepisy ustawy pzp, albowiem wykonawcy ci zamieścili w swoich ofertach i wyjaśnieniach nieprawdziwe oświadczenia. Zaproponowany przez nich sprzęt - macierz dyskowa NetApp v3220 w trybie 7-mode nie spełnia warunków opisanych w SIWZ w następujących punktach załącznika nr 6 do

PUNKT 11 załącznika nr 6 do SIWZ

W punkcie 11 zamawiający wymaga spełnienia przez przedmiot oferty warunku: „Macierz musi obsługiwać poziomy RAID 0,1,5,6,10”

Oferowane przez wykonawców Sysco Group Sp. z o.o. (lider konsorcjum) i Comtegra Sp. z o.o. urządzenie NetApp v3220 7-mode wspiera jedynie poziomy RAID 4 oraz RAID-DP w celach zabezpieczenia danych składowanych na macierzy. Jest to wiedza powszechna oraz dostępna w każdym opracowaniu, materiałach szkoleniowych oraz dokumentacji technicznej produktu. W oficjalnej dokumentacji producenta dla systemu Data ONTAP 8.1.2 Storage Management Guide strona 99 rozdział „How Data ONTAP uses RAID to protect your data and data availability” znajduje się zapis, iż „ Dla własnej przestrzeni dyskowej system Data ONTAP używa poziomów RAID-DP lub RAID 4 celem zabezpieczenia integralności danych wewnątrz grup dysków nawet w przypadku kiedy jeden lub dwa dyski ulegną uszkodzeniu. Dla macierzy firm trzecich Data ONTAP paskuje dane przez LUN'y macierzy używając RAID 0. Macierze dyskowe (firm trzecich), nie DATA ONTAP zapewnia ochronę RAID dla zasobów udostępniając je do Data ONTAP.

Informacje te zawarte są w dokumentacji technicznej producenta macierzy dyskowych i dotyczą sprzętu oferowanego przez ww. wykonawców oraz systemu operacyjnego, jaki wskazali (Data ONTAP 8.1.2). Adres strony podał wykonawca Sysco Group Sp. z o.o. w piśmie z dnia 27.12.2012 r. Odwołująca się jako dowód wskazała: 1. „Data ONTAP 8.1.2 Storage Management Guide” (instrukcja zarządzania macierzą) - zapis na nośniku optycznym, 2. Oświadczenie IBM z dnia 08.01.2013 r. 3. Zeznania świadka J..... N....., certyfikowanego inżyniera firmy NetApp

Z wyjaśnień złożonych dnia 27.12.2012 r. w odpowiedzi na pytania zamawiającego odnośnie wpieranych poziomów RAID ww. obaj wykonawcy określają, iż przedmiot oferty NetApp v3220 spełnia wymagania poprzez wspieranie poziomów RAID 0,1,5,6,10 na zewnętrznych macierzach firm trzecich. Jak wynika z powyższego cytatu dokumentacji NetAPP to nie oferowana macierz a współpracująca z nią (wirtualizowana) macierz zewnętrzna firmy trzeciej dostarcza zabezpieczenie na odpowiednim poziomie RAID. Tym samym nie jest możliwe niezależne od innego sprzętu (spoza zamówienia) użycie mechanizmów RAID 0,1,5,6,10 na oferowanej macierzy NetApp v3220. Co więcej nie będzie możliwe użycie dowolnego z poziomów RAID, nawet na macierzy wirtualizowanej firmy trzeciej, jeżeli to ona nie będzie posiadała wsparcia danego poziomu RAID. S.i.w.z. oraz późniejsze wyjaśnienia w żadnym miejscu nie wspominają, że przedmiot przetargu będzie jedynie wirtualizorem dla macierzy firm trzecich. Specyfikacja w punkcie 11 jak i odpowiedzi na pytania załączone do specyfikacji jednoznacznie wskazują, że zamawiający wymaga spełniania warunków w zakresie przedmiotu oferty a nie urządzeń trzecich. Odwołująca się uważa, że oferty firm Sysco Group Sp. z. o. o. (jako lidera konsorcjum) oraz Comtegra Sp. z o.o., proponujące urządzenie NetApp v3220 powinny zostać potraktowane jako odrzucone, z uwagi na nieprawdziwe oświadczenie wykonawców, którzy je złożyli, iż ich dostawa spełnienia warunki techniczne punktu 11 załącznika nr 6 do SIWZ.

PUNKT 15 i 33 załącznika nr 6 do SIWZ

W punkcie 15 i 33 załącznika nr 6 do s.i.w.z. zamawiający wymaga spełniania warunku „Możliwość liniowej skalowalności parametrów wydajnościowych zasobów dyskowych poprzez dodawanie kolejnych kontrolerów” oraz „Macierz musi umożliwiać klastrowanie celem zwiększenia wydajności i pojemności, Zamawiający wymaga jednocześnie w punkcie 2 załącznika 6 do SIWZ „Macierz musi cechować brak pojedynczego punktu awarii.” Oznacza to, iż każdy z elementów oferowanej macierzy musi być redundantny (co najmniej podwójny). W odpowiedzi na pytania zamawiającego z dnia 28.11.2012 r. Wykonawcy Sysco Group Sp. z o.o. i Comtegra Sp. z o.o. oświadczyli, iż oferowana macierz jest w trybie 7-

mode. W odpowiedzi na prośbę zamawiającego o wyjaśnienia z dnia 21.12.2012 r. ww. wykonawcy oferujący urządzenie NetApp v3220 7-mode oświadczają, iż oferowane rozwiązanie jest już w wersji klastrowej, co ich zdaniem jest warunkiem koniecznym, aby spełnić warunek z punktu 2 załącznika nr 6 do SIWZ.

Odwołująca się twierdzi, iż specyfikacja przedmiotu zamówienia wymaga, aby dostarczone rozwiązanie posiadało „Możliwość liniowej skalowalności parametrów wydajnościowych zasobów dyskowych poprzez dodawanie kolejnych kontrolerów”. Obiektywnie ustalone fakty, na podstawie wiarygodnych dowodów powołanych powyżej, oraz „Technical Report High-Availability Pair Controller Configuration Overview and Best Practices TR-3450”, dowodzą iż oferowana macierz NetApp v3220 7-mode nie posiada możliwości dołączania dodatkowych kontrolerów. W wyjaśnieniach z dnia 21.12.2012 r. wykonawcy twierdzą, iż system operacyjny macierzy Data ONTAP 8.1.2 ma możliwość skalowania do 24 kontrolerów. Z oficjalnych dokumentów producenta wynika, że system operacyjny Data ONTAP 8.1.2 występuje w dwóch wersjach: 7-mode oraz Cluster-Mode. Odwołująca się wyjaśniła, iż zamawiający został wprowadzony przez ww. wykonawców w błąd gdyż jedynie macierz v3220 w trybie Cluster-Mode, której nie oferują, posiada możliwość rozbudowy o dodatkowe kontrolery, jak również posiada możliwość klastrowania macierzy.

Fakt ten potwierdza dokumentacja „High- Availability Pair Controller Configuration Overview and Best Practices” w punkcie 2.4 „Data ONTAP 8.0 wprowadza nową generację systemów macierzowych umożliwiając skalowanie wielu par kontrolerów HA macierzy w pojedynczy klastrowy. Wcześniej termin klastrowy odnosił się do pary kontrolerów, ale wersja Data ONTAP 8.0 Cluster-Mode wyraźnie wyznacza różnicę pomiędzy parą kontrolerów w macierzy a klastrem. Para kontrolerów HA składa się z dwóch partnerskich węzłów. Klastrowy składa się z wielu par kontrolerów HA. Pary kontrolerów HA są połączone w jedną przestrzeń adresową, wspólną dla klastra, dostępną poprzez wewnętrzną sieć nazywaną siecią klastrową. Konfiguracja pary kontrolerów HA utrzymuje taką samą elastyczność jak w systemie w trybie 7-mode. Tryb Cluster-Mode dostarcza dodatkowych korzyści w postaci możliwości przenoszenia danych bez przerw w dostępie do nich, w obrębie klastra rozszerzając możliwości rozwiązania z pojedynczą parą kontrolerów HA oraz rozszerzając możliwości NDO systemów pamięci masowej NetAPP.”.

Cytowana dokumentacja wyraźnie wskazuje, że macierz w trybie 7-mode pracować może tylko z jedną parą kontrolerów HA, bez możliwości dodawania kolejnych kontrolerów.

Dopiero macierz Cluster-Mode umożliwiła rozbudowę o dodatkowe kontrolery oraz łączenie par kontrolerów HA w klaster.

W wyjaśnieniach z dnia 21.12.2012 r. ww. wykonawcy twierdzą, iż cytowany dokument dotyczy innej wersji oprogramowania 8.0 niż oferowana 8.1.2. Data ONTAP w wersji 8.1.2 jest kolejną aktualizacją wersji 8. Wszystkie dokumenty do wersji starszych tej samej rodziny są aktualne a nowsze zawierają poprawione błędy oraz nowe funkcjonalności. System operacyjny w wersji 8.1.2 nie wprowadza nic nowego w zakresie omawianej funkcjonalności. Na dowód odwołująca się załączyła dokument Release Notes dla kolejnych wersji do 8.1.2 włącznie, który zawiera wszelkie zmiany z stosunku do poprzednich wersji oprogramowania. Oferowane rozwiązanie NetApp v3220 7-mode nie spełnia punktów 15 jak 33 załącznika nr 6 do SIWZ.

PUNKT 25 załącznika nr 6 do SIWZ

W punkcie 25 załącznika numer 6 do SIWZ zamawiający wymagał „Macierz musi mieć możliwość wykonania kopii danych typu Snapshot (PIT) wolumenów, również pomiędzy różnymi typami macierzy dyskowych. Zasoby źródłowe kopii PIT oraz docelowe kopii PIT mogą być zabezpieczone różnymi poziomami RAID i egzystować na różnych technologicznie dyskach stałych”. Dodatkowo zamawiający w dokumencie L.Dz.D-31-547/2012/Z z dnia 29.10.2012 w odpowiedzi na pytanie 7 oraz dokumencie L.Dz.D-31-537/2012/Z z dnia 25.10.2012 w odpowiedzi na pytanie 9 określa dokładnie, że chodzi o składowanie kopii danych na innej zewnętrznej macierzy. Oferowane rozwiązanie NetAPP v3220 nie ma możliwości wykonywania kopii danych typu Snapshot wolumenów pomiędzy różnymi typami macierzy dyskowych. Kopie danych mogą znajdować się tylko na tych samych grupach dyskowych co dane źródłowe.

Wynika to z architektury systemu Data ONTP opisanej w dokumencie firmy NetApp „Technical Report A Storage Networking Appliance TR-3001”

Zdaniem odwołującej się wykonawcy Sysco Group Sp. z o.o. i Comp SA (konsorcjum) oraz Comtegra Sp. z o.o. złożyli nieprawdziwe oświadczenie do co spełnienia przez oferowany przez nich przedmiot zamówienia warunków technicznych z punktu 11, 15 i 33 oraz 25 załącznika nr 6 do SIWZ. Co więcej zrobili to świadomie, bo zamawiający pytał ich konkretnie o te warunki techniczne macierzy dyskowych, prosząc o szczegółową, stanowczą i precyzyjną odpowiedź. Wykonawcy Ci udzielili wyjaśnień, ale nie odpowiedzieli na postawione pytania. Jakkolwiek zastosowanie sankcji przewidzianej w art. 24 ust. 2 pkt. 2 nie jest uzależnione od przyczyn złożenia nieprawdziwej informacji, tym nie mniej treść

załącznika nr 6 do SIWZ, treść ofert wykonawców, zadanych im przez zamawiającego pytań i udzielonych odpowiedzi w zestawieniu z oficjalną, wiarygodną i aktualną dokumentacją techniczną producenta, dobitnie wskazują na złożenie nieprawdziwego oświadczenia przez ww. wykonawców. Co więcej, sami wykonawcy podając producenta, typ oraz wersję systemu operacyjnego przywołali dokumenty źródłowe, z których wynikają okoliczności przeciwne do ich oświadczeń.

Odwołujący się podniosła, iż spełniona została również druga przesłanka wykluczenia tych wykonawców, tj. wpływ nieprawdziwych oświadczeń na wynik postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 stycznia 2013 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w załączniku nr 6 opisał wymogi techniczne do macierzy, w tym:

Pkt 11 – „Macierz musi obsługiwać poziomy RAID 0, 1, 5, 6, 10”

Pkt 15 – „Możliwość liniowej skalowalności parametrów wydajnościowych zasobów dyskowych poprzez dodawanie kolejnych kontrolerów”

Pkt 33 – „Macierz musi umożliwiać klastrowanie celem zwiększenia wydajności i pojemności”

Pkt 25 – „macierz musi mieć możliwość wykonania kopii danych typu Snapshot (PIT) wolumenów, również pomiędzy różnymi typami macierzy dyskowych. Zasoby źródłowe kopii PIT oraz docelowe kopii PIT mogą być zabezpieczone różnymi poziomami RAID i egzystować na różnych technologicznie dyskach stałych”.

Pismem z dnia 26 października 2012 roku udzielił wyjaśnień do treści s.i.w.z., w tym na pytanie 4 o treści: „Z załącznika nr 6 do SIWZ oraz odpowiedzi na pytania, opublikowanych 23.10.2012 r., wynika, że Zamawiający ma określone wymogi co do wydajności i bezpieczeństwa zamawianych rozwiązań, które nie zostały sparametryzowane. Opisane w załączniku nr 6 do SIWZ technologie nie są jedynymi, które mogą zapewnić odpowiedni poziom wydajności rozwiązania i bezpieczeństwa przechowywanych na nim danych. Nie należą również do najtańszych, co jest sprzeczne z istotnym interesem

publicznym, czyli ograniczają możliwość zakupu tańszych rozwiązań spełniających parametry pod kątem funkcjonalności, wydajności, jak również bezpieczeństwa. Czy zamawiający dopuści zastosowanie w oferowanym rozwiązaniu technologii równoważnych do tych określonych w załączniku nr 6 do SIWZ?”. Na wskazane pytanie zamawiający odpowiedział: „Zamawiający dopuści każde rozwiązanie, które jest równoważne i spełnia wszystkie wyspecyfikowane warunki minimalne”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Sysco Group Sp. z o.o. (przystępujący) i Comp SA (przystępujący) oraz Comtegra Sp. z o.o. zaoferowali macierz dyskową NetApp v3220 w trybie 7-mode.

W dniu 28 listopada 2012 roku zamawiający wystosował pismo do przystępującego, w którym poprosił o sprecyzowanie, czy proponowana macierz jest 7-mode czy cluster-mode, a także – czy oferowana macierz czy oferowana macierz pozwala utworzyć grupy dyskowe w technologii RAID poziomach 0, 1, 5, 6, 10 w zakresie wszystkich obsługiwanych zasobów dyskowych?

Pismem z dnia 6 grudnia 2012 roku przystępujący odpowiedział, co następuje:

„Ad pyt. 1. W ocenie Konsorcjum oferowana macierz jest 7-mode”.

„Ad pyt. 2. Punkt 11 załącznika nr 6 do SIWZ. W ocenie Konsorcjum, z uwagi na fakt, iż zamawiany system ma pełnić rolę wirtualizatora zasobów dyskowych i dla zewnętrznych zasobów dyskowych obsługiwane są wszystkie wymagane poziomy RAID. Ponadto wskazać należy, iż Zamawiający nie precyzował na których grup dyskowych jakie poziomy RAID mają być wspierane – podał jedynie zewnętrzne systemy jakie mają być obsługiwane i dla tych zasobów, w naszej ocenie, macierz V3220 spełnia wymagania Zamawiającego”.

Analogiczne pytania zamawiający zadał wykonawcy Comtegra. Wykonawca udzielił takich odpowiedzi, jak przystępujący.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak już wskazano w ustaleniach faktycznych pismem z dnia 26 października 2012 roku, zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 4 wskazał, że dopuści każde rozwiązanie, które jest równoważne i spełnia wszystkie wyspecyfikowane warunki minimalne.

Z powyższego można było wywnioskować (co zresztą zamawiający potwierdził na rozprawie), iż istotne dla niego było zapewnienie pewnych określonych funkcjonalności. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogli zatem wywnioskować, iż ważne jest przede wszystkim, by zaoferowane urządzenie odznaczało się wymaganą użytecznością, nie zaś to, czy samodzielnie spełnia wszystkie pozycje wyszczególnione w załączniku nr 6 do s.i.w.z.

Izba zaznacza, że zarówno specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jak również jej wyjaśnienia i modyfikacje podlegają wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 Kodeksu cywilnego. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym i najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określa ona wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z przystąpienia do postępowania. Jest swoistym zaproszeniem wykonawców do składania ofert. Z kolei wyjaśnienia udzielane w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i wykonawców. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją jej treści. Jest ona wiążąca dla uczestników postępowania i stanowi wyznacznik interpretacji postanowień umowy.

A zatem, jeżeli zamawiający w wyjaśnieniach do s.i.w.z. wskazał, że dopuści każde rozwiązanie równoważne, nie określając wszakże dopuszczalnego zakresu równoważności, uznać należy, iż zaoferowane przez przystępującego i wykonawcę Comtegra urządzenie spełnia wymogi s.i.w.z.

Z kolei, jeżeli intencją zamawiającego było, by wykonawcy zaoferowali urządzenie, które samodzielnie spełniało wszystkie cechy wyszczególnione w załączniku nr 6 do s.i.w.z., nie powinien był informować wykonawców o możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych, które zapewniały co prawda wymagane funkcjonalności, jednakże za

pomocą innych parametrów niż wyspecyfikowane we wskazanym załączniku. Z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów wynika, iż zapisy s.i.w.z. muszą być na tyle jednoznaczne, aby nie dopuszczały rozbieżności interpretacyjnych, a wszelkie wątpliwości nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawców. Takie stanowisko znalazło się m.in. w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 28 maja 2007 roku sygn. akt UZP/ZO/0-604/07 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 636/08.

Nie bez znaczenia jest fakt, że odwołujący się, pomimo, że w istocie podniósł niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., nie zarzucił naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, t.j. podanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Ponieważ Izba, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, Izba rozpoznała zarzut wyłącznie w granicach ewentualnego wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wykluczenie związane z przedkładaniem fałszywych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie dwie przesłanki: wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę, np. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofercie, wyjaśnieniach treści oferty itd. i mogą dotyczyć wszelkich elementów postępowania (nie tylko dokumentów przedkładanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale także treści oferty).

Z literalnego brzmienia przepisu wynika, że przesłanka wykluczenia zachodzi, jeżeli złożono nieprawdziwe informacje, niezależnie od tego, czy było to działanie intencjonalne wykonawcy, czy też niezamierzona omyłka, błąd w ich przekazaniu. Jednakże przepis dyrektywy 2004/18/WE, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy: „Jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji”. A zatem wykluczeniu podlega taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając.

Zasadność takiej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdza orzecznictwo sądów okręgowych, w tym Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie (wyrok z dnia 19 lipca 2012 roku sygn. akt IV Ca 638/12) oraz Sądu Okręgowego w Toruniu (wyrok z dnia 6 grudnia 2012 roku sygn. akt VI Ga 134/12).

Jak wskazał Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w przywołanym wyżej wyroku, jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania działań w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż nie sposób mówić tu o jakimkolwiek, a zwłaszcza celowym, wprowadzeniu w błąd zamawiającego, który w odpowiedzi na pytania dot. s.i.w.z. przyznał, że dopuści rozwiązania równoważne i stanowisko to podtrzymał na rozprawie.

Należy przy tym zauważyć, że odwołujący się podnosił jedynie, iż zaoferowana przez przystępującego i wykonawcę Comtegra macierz samodzielnie nie spełnia wymogów zawartych w pkt. 11, 15, 33 i 25 załącznika nr 6 do s.i.w.z. Na te okoliczności złożył też wnioski dowodowe. W ocenie Izby dowodzenie w tym przedmiocie nie ma znaczenia wobec stanowiska zamawiającego, iż istotne są dla niego rozwiązania funkcjonalne, a nie fakt, że macierz samodzielnie wskazanych funkcji nie posiada.

W ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługują również pozostałe zarzuty. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 oraz art. 30 ust. 6 ustawy Pzp. Obydwa te zarzuty odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia, a zatem powinny być podnoszone w terminie licznym od dnia upublicznienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zaś od daty powzięcia wiadomości o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zarzuty te Izba uznała zatem za spóźnione i pozostawiła je bez rozpoznania.

Chybiony jest również zarzut naruszenia art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ ustanawia on wymóg dla wykonawcy sporządzenia oferty zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku KIO z dnia 8 sierpnia 2011 roku KIO 1548/11, iż to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest adresatem normy prawnej wyrażonej w tym przepisie. Nie jest nim natomiast zamawiający. Z przepisem tym koreluje co prawda przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp statuujący obowiązek dla zamawiającego odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, niemniej jednak – jak to już wyżej wskazano – odwołujący się nie podniósł zarzutu naruszenia tego przepisu.

Nietrafiony jest także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Dyspozycja tego przepisu nie dotyczy bowiem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....